

CAPÍTULO 3. NOCIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL DERECHO CONTRACTUAL

Arthur Rosett

Síntesis curricular del autor	117
Nota introductoria al capítulo	119
<i>Boris Kozolchyk y John Molloy</i>	
I. Introducción	123
1. ¿Por qué estudiar el derecho contractual de Estados Unidos?	123
2. El derecho contractual excluye algunas áreas especializadas	124
3. Diferencia entre ventas mercantiles y ventas al consumidor	124
4. Las sanciones legales por el incumplimiento del contrato son más limitadas que los medios de reparación contemplados en otras áreas del derecho	125
5. La armonización del derecho contractual	125
6. El creciente mercado mundial	126
II. Siete temas que definen y limitan las expectativas del derecho contractual en Estados Unidos	126
7. Los conflictos de valor crean límites en la doctrina	126
a) ¿Cuáles promesas son legalmente exigibles y por qué?	127
b) ¿Cuáles son los límites de la acción <i>ex contractu</i> ?	127
c) El conflicto entre los contratos y otras obligaciones legales	128
d) ¿Qué es el contrato?	128
e) ¿Los terceros tienen interés legal en el contrato?	128
f) Circunstancias del cumplimiento	128
g) Límites a la ejecución forzosa de los contratos	129
III. ¿Qué promesas son jurídicamente exigibles y por qué?	129
8. Ninguna teoría explica por qué algunos acuerdos se seleccionan para ser ejecutados por la ley	129
9. El derecho contractual judicial predomina sobre el legislado	130
a) Dicotomía entre declarar el derecho y decidir los hechos	130
b) El derecho a un juicio por jurado hace que el proceso judicial sea impredecible	130
c) Las reglas legisladas del derecho contractual frecuentemente se interpretan a la luz de decisiones judiciales	130
d) El derecho contractual como derecho local y armonización nacional	131
10. Las promesas son la raíz del contrato, pero ¿qué es una promesa?	131
11. Las promesas son manifestaciones objetivas, no intenciones subjetivas	132
12. Las declaraciones que no son serias o que carecen de fuerza vinculatoria no son promesas	132
13. Promesas condicionadas	133
14. Promesas ilusorias	133
15. La “satisfacción” como condición	134

16. Sin consentimiento no hay promesa	134
a) Capacidad	134
b) Capacidad mental	135
c) Intoxicación	135
d) Minoría de edad	135
e) Analfabetismo o lenguas extranjeras	135
17. Coacción e influencia indebida	136
18. Fraude y declaración falsa	136
19. Error	136
a) Malentendido	136
b) El error en la escritura	137
c) Error en el cumplimiento	137
d) El error que recae sobre motivos determinantes de la voluntad	137
20. La falta de escrúpulos (<i>unconscionability</i>) y deber de buena fe y trato justo	138
21. El requisito del intercambio de prestaciones (<i>consideration</i>)	139
22. El intercambio de prestaciones rara vez es un problema en los contratos mercantiles	140
23. Aplicaciones de la doctrina del intercambio de prestaciones	140
a) Promesas de donación	140
b) La promesa como <i>consideration</i> de una promesa	140
c) <i>Consideration</i> preexistente y obligación moral	141
d) Deber preexistente	141
i) Deber oficial	142
ii) Modificación de un contrato aún no ejecutado (<i>executory</i>)	142
iii) Perdón, quita y espera	142
24. Formalidades, confiabilidad y restitución	143
a) Formalidades	143
i) Promesas bajo sello	143
ii) Promesas escritas	143
iii) Leyes que requieren contratos por escrito (Statute of Frauds)	144
b) Confiabilidad	144
c) Restitución	145
IV. Los límites de los derechos de acción contractuales	146
25. El equivalente económico del cumplimiento es la medida para determinar los daños causados por el incumplimiento	146
26. Los daños por incumplimiento del contrato se recuperan por los costos ahorrados	146

27. Daños “contemplados por las partes” al momento de celebrar el contrato	147
a) Conocimiento	147
b) Negociación	147
c) Motivo para conocer	147
28. Igualdad en los límites de los recursos contractuales	147
a) Cumplimiento específico	148
b) Daños líquidos exigibles y cláusulas penales	148
c) Recurso restitutorio	149
i) La medida de los daños a recuperar es equivalente al valor del enriquecimiento obtenido	149
ii) La acción de restitución para quienes hayan incumplido	149
iii) La acción de restitución por una cantidad superior al precio del contrato	150
d) Incumplimiento del contrato como acto ilícito	150
V. El conflicto entre el contrato y otras obligaciones jurídicas; los límites de la autonomía	151
29. Las limitaciones a la facultad de contratar	151
a) Responsabilidad por actos ilícitos	151
b) Regulación gubernamental, contratos ilegales y contratos contra el orden público	151
i) La autonomía en los contratos mercantiles	152
ii) Menor autonomía en el área de protección al consumidor	152
iii) Limitaciones derivadas de los intereses específicos de otras personas	152
30. Responsabilidad por productos defectuosos	152
VI. ¿Qué es el contrato? interpretación y condicionalidad	153
31. Ambigüedad inherente en el lenguaje del contrato	153
32. Significado objetivo contra subjetivo	154
33. Acuerdos expresos e implícitos	155
a) Promesas implícitas en el lenguaje mismo del contrato	155
b) Promesas implícitas en el contexto	155
c) Promesas implícitas según el significado del negocio en cuestión	155
d) Promesas implícitas en las expectativas sociales y obligaciones generales de buena fe y justicia	155
e) Usos y costumbres mercantiles	156
34. La prueba extra documental de la intención (<i>parol evidence rule</i>)	157
a) Excepciones a la regla	157
i) La regla se aplica solamente a un contrato integrado	157
ii) Interpretación en vista de las circunstancias colaterales	157
b) La regla incrementa el papel del juez de primera instancia, en relación con el jurado, y el papel del Tribunal de Apelación, en relación con el juez de primera instancia	157

35. ¿Cuándo se forma un contrato? La oferta y la aceptación	158
a) La oferta	158
b) La aceptación	159
c) Extinción de la oferta	159
36. Las ofertas en contraste con las invitaciones para contratar	159
37. Contrato escrito o la transcripción del contrato verbal	159
38. El concepto de la oferta continua	160
39. Las opciones contractuales	160
a) La opción comprada	160
b) Ofertas contractuales en firme	160
c) Inicio del cumplimiento por el destinatario de la oferta	160
d) Otra conducta de confiabilidad	161
40. La aceptación	161
41. Ofertas cruzadas: aceptaciones modificadas, calificadas o equívocas	161
42. La contratación a distancia; las reglas del buzón	161
VII. El conflicto entre el efecto del contrato entre las partes y frente a terceros	162
43. Los intereses de terceras personas	162
a) Los terceros beneficiarios	162
b) La identificación de los beneficiarios con derechos	162
44. Cesión de los derechos contractuales	163
45. Delegación de obligaciones	163
46. Interferencia ilícita con el contrato e interferencia con las ventajas del contrato	163
VIII. Cumplimiento e incumplimiento	164
47. Controversias derivadas del cumplimiento	164
48. Los elementos del cumplimiento; ¿condición o promesa?	165
a) Condiciones implícitas	165
b) Condiciones expresas	166
49. Hechos supervinientes: imposibilidad, impracticabilidad, impedimento y error	166
50. Otras excusas para el incumplimiento	167
51. ¿Cuáles son las consecuencias de las excusas?	168
52. Incumplimiento sustancial. ¿Cuándo un incumplimiento es sustancial?	168
a) Privación de beneficios	168
b) Determinación adecuada de daños	168
c) Alcance de la pérdida	169
d) Posibilidad de subsanar	169
e) Calidad de la buena fe y el trato justo	169
53. Distinción entre la condición y el incumplimiento sustancial	169
54. Repudio	169
a) Repudio anticipado	169
b) Efecto del repudio en la relación subsistente	169
c) Repudio equívoco y el papel de las garantías	170
d) ¿Qué puede hacer la parte afectada cuando se entera de un repudio?	170
55. Deber de aceptar el repudio	170
IX. Limitaciones de las instituciones relativas a la ejecución de los contratos	171

CAPÍTULO 3

NOCIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL DERECHO CONTRACTUAL

ARTHUR ROSETT

El profesor Rosett ha impartido la materia de derecho contractual en la Universidad de California en Los Ángeles desde 1976. Es autor del libro *Contract Law and its Application* (Westbury N. Y., Foundation Press, 1994), que actualmente se encuentra en su quinta edición. También enseña la materia de transacciones empresariales internacionales y algunos cursos de derecho comparado. Después de graduarse de la Columbia Law School trabajó como secretario en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, y practicó como abogado del gobierno y como particular durante ocho años antes de ser maestro de tiempo completo. Es miembro del American Law Institute desde 1972, y fue director de la American Society for Comparative Law. Fue elegido miembro de la International Academy of Comparative Law. Ha trabajado como consultor nacional para el International Institute for Unification of Private Law (Unidroit), es editor del *American Journal of Comparative Law* y consejero del comité editorial del *Journal of Law and Psychiatry*. Es miembro del Committee in Legal Educational Exchange with China (CLEEC) y ha impartido clases como profesor invitado en varias facultades de derecho en China, Japón, Alemania, Italia, Francia, Hungría, Chile y México.

NOTA INTRODUCTORIA AL CAPÍTULO

BORIS KOZOLCHYK
JOHN MOLLOY

El lector no encontrará en este capítulo la distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles. La razón se debe a que en el derecho de Estados Unidos, en contraste con el derecho de muchos países de tradición romanista, no se hace esta distinción. En general, las mismas reglas que se aplican a los contratos que se clasifican como contratos “civiles”, es decir, sin fines de lucro, en países de derecho romanista son igualmente aplicables a otros contratos, incluyendo aquellos que pueden ser clasificados como contratos mercantiles y viceversa. Algunos contratos que son utilizados como herramientas del comercio (instrumentos negociables, contratos de compraventa de mercaderías, etc.) se han seleccionado para que se les aplique el UCC (Uniform Commercial Code), ley que será tratada en el tercer volumen de esta obra.

La doctrina del intercambio de prestaciones (consideration) es esencial para el entendimiento del derecho contractual de Estados Unidos y es una de las razones por las que este derecho no distingue entre contratos civiles y mercantiles. Para entender esta cuestión, el lector debe estudiar cuidadosamente la §23. Es importante notar que el concepto de consideration se tradujo como “intercambio de prestaciones” más que como “causa”, a pesar del hecho de que hay ciertos puntos de similitud entre estos conceptos. El concepto de intercambio de prestaciones puede incluir un valor de intercambio, que el autor señala, tales como las obligaciones de una naturaleza equitativa o moral.

Una de las diferencias más importantes entre el concepto de “contrato” en el derecho de Estados Unidos y el de los países de derecho romanista, está relacionada con la flexibilidad y la informalidad que predomina en Estados Unidos. Las secciones §§8-24 describen no sólo las promesas informales, sino también las conductas que indican la existencia de un contrato y que pueden hacerse cumplir como los contratos vinculantes. Este derecho permite también la interpretación del contrato, aun cuando se encuentre por escrito, considerando las circunstan-

cias que lo rodean y que influyen en la interpretación, incluyendo las expectativas de las partes (véase §34).

El lector debe saber que en el derecho de Estados Unidos no existe un equivalente de la escritura pública, del orden de los documentos notariados, como en los países latinoamericanos. El notario público en el derecho de Estados Unidos sólo certifica que, en una fecha específica, una o más de las partes firmaron uno o más documentos en su presencia, los cuales pudieron haber sido redactados por el notario o por otras personas. Un notario no necesita ser abogado y de hecho carece generalmente de cualquier formación legal.

Por otra parte, en contraste con lo que ocurre en los países de derecho romanista, el derecho contractual se entrelaza con el derecho de los actos ilícitos. Uno de los contratos más comunes, como es el de compraventa de mercaderías, puede llevar consigo obligaciones extra-contractuales, tales como la responsabilidad objetiva por un producto defectuoso. Véanse los capítulos 15 (sobre responsabilidad por productos defectuosos) y 20 (sobre protección a los consumidores) que serán publicados en el tercer y cuarto volumen respectivamente. Mutatis mutandis, el derecho de Estados Unidos permite que una de las partes en un contrato demande a las terceras personas que dolosamente interfirieran con la realización del contrato. Véase §21(d) de este capítulo y §64 del capítulo 5 (“Nociones fundamentales sobre los actos ilícitos [Torts]”). El derecho procesal que regula el incumplimiento de los contratos es también muy distinto del que prevalece en la mayoría de los países de derecho romanista. Los alegatos en el derecho de Estados Unidos son más informales que los que ordinariamente son permitidos en estos países. Véanse, por ejemplo, §§28, 49 y 54 de este capítulo.

El derecho de Estados Unidos permite a una de las partes rescindir el contrato por incumplimiento de la otra parte, incluyendo los incumplimientos que surgen antes de la fecha de cumplimiento, y quizás entrar en un convenio modificatorio sin la necesidad de la aprobación del juez. Véase también la §1 del capítulo 7, para lo relativo al concepto de la autarquía de las partes litigantes y de sus abogados en asuntos de procedimiento civil. En asuntos de resolución de controversias, es importante entender el amplio poder discrecional de los jueces estadounidenses para determinar las condiciones de todo lo que es razonable al determinar la intención de las partes y la forma de cumplimiento de los contratos (véase §33, infra).

Otra diferencia importante en el campo de la resolución de controversias de los contratos en Estados Unidos es que cada parte tiene derecho a un juicio por jurado para resolver las disputas sobre los hechos, es decir, para determinar lo que verdaderamente ocurrió, por ejemplo lo que las partes dijeron o lo que hicieron y,

si la parte actuó de manera razonable ya que la razonabilidad es uno de los hechos que determina el resultado conforme al derecho. Véase §9, infra.

Otro punto de interés comparativo es que conforme al derecho de Estados Unidos, en caso de incumplimiento, en muchas ocasiones el derecho impone el deber sobre el cumplimiento de la parte para actuar efectivamente y minimizar el daño sufrido (véase §26, infra).

NOCIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL DERECHO CONTRACTUAL

ARTHUR ROSETT

I. INTRODUCCIÓN

1. *¿Por qué estudiar el derecho contractual de Estados Unidos?* Podría esperarse que el derecho contractual fuera similar en todos los países. Después de todo, el concepto de acuerdos obligatorios es universal; es difícil imaginar algún sistema jurídico en el que no se requiera que las personas cumplan con sus promesas, o donde no se utilicen las sanciones establecidas por la ley para obligar a las partes a pagar por las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de algún contrato. El contrato, como institución económica y social, es fundamental para la sociedad basada en la libre empresa y autonomía privada, aunque él también juega un papel importante en las sociedades basadas en regímenes autoritarios, socialistas o en algún otro sistema no capitalista. Desde la perspectiva de la universalidad del contrato, ¿de qué manera el derecho contractual estadounidense podría diferenciarse del de otros países, particularmente el de México?

Mientras todas las naciones siguen un sistema legal de obligaciones basadas en el acuerdo, la doctrina del derecho contractual difiere entre las naciones civilizadas de manera importante, aunque la diferencia en los resultados prácticos de las controversias comunes y previsibles (reglas de derecho contractual) no difiera tanto como la explicación doctrinal de dichas reglas.

Las diferencias doctrinales surgen de tradiciones intelectuales y culturales que varían dependiendo de cada sociedad. Los resultados tienden a estar matizados por intereses económicos y, por lo tanto, con el aumento de la integración de los sistemas económicos son susceptibles de compartirse entre diversos países, más que la doctrina misma.

Por lo tanto, un conocimiento firme del derecho contractual estadounidense —y de cualquier otra nación que involucre transacciones comercia-

les— es necesario para asegurar que los acuerdos se establezcan de manera común en sus propios términos y significado legal.

2. *El derecho contractual excluye algunas áreas especializadas.* El derecho contractual describe aquellas situaciones donde las relaciones y obligaciones jurídicas están basadas en acuerdos que contienen promesas. Cuando el derecho de los contratos se define de esta manera, su alcance es muy amplio. Tal definición no sólo incluye convenios mercantiles, de protección al consumidor y otros acuerdos de carácter económico, sino que abarca todas las obligaciones jurídicas basadas en acuerdos voluntarios. Esto puede incluir empresas, sociedades, derecho bursátil, derecho laboral, operaciones sobre bienes raíces, seguros, matrimonio y operaciones sobre el patrimonio de las familias.

A pesar de que los principios del derecho contractual se utilizan ocasionalmente en todas estas situaciones, podría cometerse un error al describir el ámbito del derecho de contratos tan ampliamente. En muchas de las áreas al margen del derecho contractual se han hecho análisis jurídicos que han cobrado importancia. Recurrir a la doctrina de los contratos, como fuente para solucionar una controversia relacionada con un asunto bursátil o un contrato colectivo de trabajo, por mencionar sólo dos ejemplos, sería un hecho poco frecuente.

En este capítulo haremos especial referencia a los contratos mercantiles, principalmente los de compraventa de bienes o servicios, la construcción, la instalación de equipo, transferencia de tecnología y otros similares.

3. *Diferencia entre ventas mercantiles y ventas al consumidor.* En Estados Unidos, desde la adopción del Uniform Commercial Code (UCC), hecha prácticamente por todos los estados hace una generación, se ha marcado una distinción entre las ventas mercantiles que involucran a comerciantes y las ventas a consumidores. Las reglas de las ventas al consumidor son un tema complejo: en Estados Unidos ellas se encuentran en leyes federales y estatales, con independencia del derecho contractual. No obstante, este capítulo hará referencia a las normas de ventas al consumidor para esclarecer algún punto doctrinal.¹ Aunque la distinción entre comerciantes y consumidores está fijada por la ley en Estados Unidos, no se convierte en una fuente de distinciones importantes como en México y otros países de tradición romanista. En particular, la distinción de la calidad de entidad de derecho público de las personas descritas en el artículo 3 del Código de Comercio mexicano, en contraste con la calidad de los negocios de derecho privado regulados por

1 Véanse los capítulos de Frederick H. Miller, “Compraventas y arrendamientos de bienes muebles (UCC, arts. 2, 2A y 6)”, cap. 19, y Donald B. King, “El derecho de la protección al consumidor”, cap. 20, que serán publicados en el tercer volumen de esta obra.

el Código Civil, no es significativa en el derecho estadounidense. Además, los negocios mercantiles tampoco están sujetos a alguna clase de supervisión o inspección gubernamental, como lo contempla el derecho mexicano.

4. *Las sanciones legales por el incumplimiento del contrato son más limitadas que los medios de reparación contemplados en otras áreas del derecho.* El contrato es un concepto universal y puede encontrarse en todos los grupos humanos, aunque en la mayoría de las sociedades modernas la extensión de la protección jurídica a las obligaciones que surgen de los convenios es limitada. Los derechos de acción (*remedies*) disponibles para la parte perjudicada son significativamente más restringidos que aquéllos disponibles para los perjudicados por el incumplimiento de otra clase de obligaciones. En muchos casos, el incumplimiento de una obligación contractual proveerá a la parte perjudicada con una pequeña, o tal vez ninguna, indemnización por las pérdidas reales.

Antes de iniciar una descripción del sistema jurídico que produce dicho resultado, debemos mencionar que el derecho no es el único, ni el principal soporte social de las promesas contractuales. La gente que no cumple con sus promesas sufre sanciones metajurídicas. Incluso en una sociedad secular moderna en donde las presiones de la religión, la moral y la familia se han debilitado, la persona que no cumple con una promesa pierde prestigio y la posibilidad de negociar fácilmente con otros miembros de la comunidad. En el caso de un negocio a distancia, entre extraños, la tentación de romper el convenio a cambio de una ventaja en el corto plazo puede ser fuerte, pero en el mundo moderno los medios de comunicación sobre la reputación crediticia son cada vez más rápidos y confiables. Quienes no cumplen con sus promesas encontrarán dificultades para hacer negocios la próxima vez.

5. *La armonización del derecho contractual.* Actualmente, las culturas nacionales se encuentran bajo una gran presión para adaptarse a un nuevo marco de realidades sociales y económicas. En Estados Unidos, como en muchos otros países, el derecho contractual tradicional se encuentra ante un reto para ajustarse a un clima económico diferente y a valores sociales cambiantes. Estos cambios pueden percibirse en la reducida importancia atribuida a las doctrinas tradicionales como la del intercambio de prestaciones (*consideration*) y en el surgimiento de una nueva reglamentación de materias ya definidas anteriormente, como el nacimiento de la responsabilidad contractual al momento de la celebración de un contrato.

En Estados Unidos el derecho de los contratos ha sido, a lo largo de la historia, predominantemente de carácter estatal. Las variaciones en las normas aplicables en diferentes lugares del país, particularmente las reglas del *common law* elaboradas por un juez, fueron sustanciales. Durante el siglo XX,

una considerable integración económica creó un verdadero mercado nacional. Como respuesta, la doctrina contractual ha sido armonizada hasta el punto donde existen pocas diferencias de estado a estado. Este movimiento ha sido apoyado por las leyes modelo y las leyes uniformes adoptadas por la mayoría de los estados, lo cual se percibe claramente en la adopción del UCC. El *common law* de los contratos creado por el juez en el nivel local, también ha sido ajustado mediante el trabajo del American Law Institute y sus *Restatements of the Law of Contracts*. Tal vez los elementos más importantes para la armonización jurídica nacional, han sido el desarrollo de una bibliografía jurídica, comprendida en los informes de casos, diarios oficiales y trabajos académicos, así como el surgimiento de escuelas nacionales de derecho, que han creado un cuerpo de abogados con una preparación común.

6. *El creciente mercado mundial*. En años recientes, el proceso nacional de armonización y la conciliación del derecho mercantil y contractual han sido superados por un creciente orden internacional cada vez más complejo, que regula una economía mundial sin fronteras. Las normas nacionales están siendo reconsideradas en el nuevo contexto del comercio internacional y, ahí donde crean alguna tensión internacional, suelen modificarse con el propósito de lograr resultados más armónicos en todo el mundo. En algunas ocasiones, las reformas al derecho en el nivel internacional son complementadas por un régimen que crea normas especiales para los negocios internacionales, dejando a las normas nacionales la regulación del comercio nacional. Esto se contempla en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (UNCISG), la cual ha sido adoptada, desde 1988, por más de cuarenta países incluyendo a Estados Unidos y México. Podría pensarse que es extraño tratar de unificar el derecho en el mundo, reemplazando lo que había sido un grupo de normas nacionales por dos grupos de normas, uno para las operaciones nacionales y otro para las internacionales. Sin embargo, como la mayoría de los países —para los cuales el comercio es importante— adopta esta tendencia, parece que el alcance internacional podría encauzar el desarrollo del derecho nacional, de tal manera que nos llevaría de regreso a un solo grupo de normas para todas las operaciones.

II. SIETE TEMAS QUE DEFINEN Y LIMITAN LAS EXPECTATIVAS DEL DERECHO CONTRACTUAL EN ESTADOS UNIDOS

7. *Los conflictos de valor crean límites en la doctrina*. En lugar de comenzar nuestra discusión sobre la doctrina de derecho contractual de Estados Unidos

con una explicación histórica y teórica sobre la manera como llegamos a donde estamos, utilizaremos el derecho comparado, que nos indica todos los aspectos problemáticos del derecho contractual estadounidense que deben observarse, cada uno de los cuales puede encontrarse con alguna diferencia en otros sistemas jurídicos, incluyendo el de México. Estos temas son fundamentales para el desarrollo contemporáneo del derecho estadounidense de contratos. Dichos temas también son significativos porque es muy probable que aparezcan en el derecho contractual mexicano durante su desarrollo.

Inicialmente enumero cada uno de estos temas en términos conceptuales. Sin embargo, lo abstracto de la presentación inicial no debe causar confusión, ya que también espero mostrar que, en la vida mercantil moderna, estos temas inciden de manera importante en la aplicación cotidiana de cualquier sistema de derecho contractual. Estos temas son de interés no porque estemos apegados a la teoría en sí misma, sino porque describen las condiciones limitantes del funcionamiento efectivo de nuestro sistema jurídico en la práctica. Cada uno de estos temas funciona como un límite a la efectividad del derecho contractual. Todos marcan una frontera donde la eficacia de los principios jurídicos basados en convenios pierde fuerza y es superada por otros intereses sociales importantes. También debería ser obvio que cada tema localiza un área de tensión dialéctica entre dos valores, donde cada uno reclama su lugar. Cada tema describe un punto, en el cual el sentido común detrás de un valor es tan extenso que entra en conflicto con la amplia aplicación de otro valor igualmente válido. Como estableció hace casi un siglo nuestro gran maestro y juez Oliver Wendell Holmes jr.: “Tales asuntos son realmente campos de batalla, en los que no existen los medios para determinar de manera permanente lo que se considera apropiado y en los cuales la resolución sólo incluye la preferencia de un cierto grupo en un determinado tiempo y lugar.”

a) *¿Cuáles promesas son legalmente exigibles y por qué?* Éste es el primero de los siete temas. El derecho no obliga a cumplir todas las promesas, pero ni el derecho estadounidense, ni otros sistemas jurídicos señalan un criterio claro para identificar aquellas obligaciones que son legalmente exigibles.

b) *¿Cuáles son los límites de la acción ex contractu?* En todos los sistemas jurídicos modernos las acciones *ex contractu* se encuentran limitadas por los supuestos económicos de los recursos contractuales legales. La indemnización debida a la parte perjudicada está limitada por el valor de la conducta prometida. En el derecho angloamericano, esta perspectiva ha producido un conjunto de acciones contractuales menos generoso que el otorgado por el incumplimiento de otras obligaciones no contractuales. La determinación de pérdidas reconocidas como daños es mucho más limitada. En la mayoría

de los casos el derecho otorga a la parte perjudicada una sustitución del cumplimiento mediante el pago de daños. Una orden judicial de cumplimiento específico es poco común. Como resultado, los recursos disponibles para la parte perjudicada son generalmente inadecuados. El derecho ha respondido a esta debilidad creando un conjunto de recursos suplementarios que por lo menos aseguren que la parte que incumplió con el contrato no se enriquezca de manera ilegítima.

c) *El conflicto entre los contratos y otras obligaciones legales.* Las obligaciones basadas en contratos tienden a ser tratadas de manera distinta que otras obligaciones legales y están sujetas a otros recursos legales. A pesar de estas diferencias, la distinción entre obligaciones basadas en el contrato y aquellas que se basan en otras obligaciones legales suele ser indistinta e incierta. Muchas demandas pueden calificarse como contractuales o bien pueden estar fundamentadas en un acto ilícito u otro tipo de obligaciones. En virtud de que caracterizar el resultado de las acciones y procedimientos como contractuales resulta significativo, se vuelve necesario encontrar algunas bases para la caracterización.

d) *¿Qué es el contrato?* En muchas lenguas el término “contrato” es ambiguo. Se puede referir al estado mental específico de acuerdo entre dos o más partes. Frecuentemente se trata de un documento, el contrato, que contiene el acuerdo de las partes. Otras veces, el término “contrato” se refiere a la relación o negocio en su totalidad que incluye el documento mismo y los términos específicamente acordados, pero también incluye los términos pactados, aunque no escritos, implícitos en lo que las partes acordaron explícitamente, y las expectativas sociales y jurídicas se consideran incluidas aunque las partes no estén conscientes de ellas.

Existe conflicto entre el concepto informal del contrato (entendido como el acuerdo total entre las partes) y el concepto formal del mismo (como objeto). Este problema se aprecia en la dificultad de identificar, por medio del derecho y la interpretación, el contenido del contrato, cuando este último no está completamente integrado en un escrito. También se percibe en la dificultad experimentada en la determinación del momento en el que el acuerdo parcial se convierte en una obligación contractual jurídicamente coercible.

e) *¿Los terceros tienen interés legal en el contrato?* Este tema explora el conflicto del contrato como un asunto privado entre las partes que lo celebran y el contrato como una operación social en la que los terceros y la comunidad podrían tener intereses que limitan la libertad de las partes.

f) *Circunstancias del cumplimiento.* La mayoría de los contratos contiene obligaciones de tracto sucesivo. Si alguna de las partes no cumple con su obliga-

ción en el plazo debido, la ley debe decidir cuáles serán las consecuencias del incumplimiento en las obligaciones pendientes. ¿Cuándo se crea el derecho de reclamar daños por un incumplimiento? ¿Cuándo se suspenden las obligaciones restantes de las otras partes? ¿Cuándo opera el incumplimiento para dar por terminadas las obligaciones pendientes de un contrato? Este conjunto de preguntas define los hechos supervinientes que ocurren durante la existencia del contrato como la imposibilidad de cumplir con el contrato por cualquier causa, lo que excusa el cumplimiento posterior del mismo.

g) *Límites a la ejecución forzosa de los contratos.* Éste es el séptimo tema universal. Los tribunales de Estados Unidos con frecuencia están contruidos de mármol. A pesar de su impresionante fachada, el derecho no puede cumplir con las grandes expectativas generadas por la majestuosidad del tribunal. En todo sistema jurídico, el costo del litigio, la posibilidad de retrasos y otras debilidades humanas, limitan la capacidad de los tribunales para impartir justicia pronta y expedita. La preocupación por obtener resultados justos en un proceso formal que puede retrasar las decisiones por años y una definición estrecha de los intereses que protege el derecho contractual, suelen dejar a la parte perjudicada sin indemnización. Como los medios de reparación de los contratos son muy limitados, es probable que una condena por daños no retribuya totalmente a la parte perjudicada el costo real del litigio, aun en una operación mercantil importante. Estas limitaciones han llevado a muchos empresarios a evitar el uso de las acciones jurídicas, contemplando mecanismos alternativos para la solución de controversias, como el arbitraje, la conciliación y otros similares. Además, dichas limitaciones a las instituciones jurídicas debilitan la capacidad del derecho para hacer cumplir los contratos.

III. ¿QUÉ PROMESAS SON JURÍDICAMENTE EXIGIBLES Y POR QUÉ?

8. *Ninguna teoría explica por qué algunos acuerdos se seleccionan para ser ejecutados por la ley.* Un enfoque sistemático del derecho podría sugerir que debe haber una razón simple y convincente para que el derecho haga exigibles las promesas y, por lo tanto, debería permitirnos identificar aquellas obligaciones que el derecho hará cumplir y aquellas que no. Sin embargo, el derecho civil codificado en el mundo, frecuentemente presupone, aunque no justifica claramente, el principio básico de cumplimiento obligatorio de los contratos.² La ausencia de una sola perspectiva sistemática del contrato hace que la

2 Véase el Código Civil mexicano, arts. 1792-1797.

identificación de promesas a ser ejecutadas sea más complicada para el derecho estadounidense.

9. *El derecho contractual judicial predomina sobre el legislado.* El derecho angloamericano, particularmente el contractual, es *common law*, en el sentido de que se ha desarrollado a partir de normas elaboradas por los jueces al decidir casos, en lugar de hacerlo por un código sistemático u otra legislación coherente. En muchos estados de Estados Unidos el derecho sobre esta materia puede encontrarse en la jurisprudencia y, en gran medida, todavía no está escrito en las leyes. Este derecho se establece, define y modifica por decisiones judiciales. En lugar de razonar deductivamente a partir de los principios fundamentales del derecho, se espera que los jueces decidan sobre el caso específico que se les presente. Con el tiempo, las sentencias se acumulan y entonces puede surgir un enfoque general de los casos.

a) *Dicotomía entre declarar el derecho y decidir los hechos.* En el *common law* los jueces no deciden los casos ellos solos; desde las primeras etapas del derecho contractual en el *common law*, los jurados participan en la determinación de los hechos a los cuales se aplicará la decisión tomada por el juez. Esta división de autoridad entre juez y jurado enfatiza fuertemente la diferencia entre determinaciones de hecho y de derecho, diferencia que con frecuencia es artificial.

b) *El derecho a un juicio por jurado hace que el proceso judicial sea impredecible.* La posibilidad de un juicio por jurado todavía da forma a la manera como las normas jurídicas son establecidas por los tribunales estadounidenses, aunque los juicios por asuntos contractuales se han abolido en Inglaterra y Canadá. En Estados Unidos, los juicios por jurado en esta materia son cada vez más escasos y tienen lugar en no más de uno o dos casos por cada cien en la mayoría de los lugares. Sin embargo, todavía existe la posibilidad de que la interpretación de un contrato mercantil complejo, por ejemplo, sea hecha por un jurado compuesto por ciudadanos comunes elegidos al azar entre la comunidad, y no por expertos en derecho. Aun cuando el derecho a un juicio por jurado no sea invocado, se espera que los tribunales apliquen reglas de evidencia que restrinjan la información que puede ser utilizada para alcanzar una decisión. Muchos abogados creen que el potencial que tiene un jurado de ser juzgador de los hechos (*factfinder*), establece límites a su capacidad para predecir el resultado de casos futuros.

c) *Las reglas legisladas del derecho contractual frecuentemente se interpretan a la luz de decisiones judiciales.* Aun en estados como California, que han tenido un Código Civil con muchas normas de derecho contractual durante más de un siglo, la organización y alcance de dichos códigos son muy diferentes

de las adoptadas por los códigos de habla no inglesa. Las disposiciones de los códigos en la práctica estadounidense se manejan típicamente como reformulaciones de las decisiones de los casos y rara vez establecen un principio general mediante el cual otros casos puedan decidirse de manera análoga. Desde 1950, prácticamente cada estado ha adoptado el UCC, cuyo artículo 2 contiene varias disposiciones sobre contratos de compraventa de mercaderías. No obstante, el *common law*, la especificidad y el carácter judicial de las normas jurídicas de los contratos permanecen vigentes.

d) *El derecho contractual como derecho local y armonización nacional.* En el sistema constitucional federal estadounidense, el derecho contractual es derecho estatal. Teóricamente, cada estado tiene sus propias disposiciones contractuales, aunque durante el siglo XX las variaciones de estado a estado se han reducido por la armonización de la cultura jurídica en Estados Unidos. El desarrollo de una economía de mercado integrada, la importancia de un sistema común de educación y autorización del ejercicio profesional, el incremento de una bibliografía jurídica común y el uso de las mismas autoridades doctrinarias, reducen las diferencias locales de estado a estado. También es importante en esta consideración el trabajo del American Law Institute, que durante medio siglo ha promulgado los *Restatements* sobre derecho contractual que armonizan normas de *common law* y el de las comisiones para unificar el derecho estatal, las cuales han elaborado y apoyado la adopción en la mayoría de los estados de leyes y códigos comunes como el UCC.

10. *Las promesas son la raíz del contrato, pero ¿qué es una promesa?* El derecho contractual se refiere a promesas. Una razón importante para hacer cumplir los convenios es que la parte promete cumplir. La mayoría de la gente, de cualquier época y cultura, piensa que las personas deben cumplir sus promesas. La definición de contrato que se encuentra en el segundo *Restatement* sobre derecho contractual, enfatiza este elemento: “Un contrato es una promesa o conjunto de promesas, para cuyo incumplimiento la ley prevé un derecho de acción (*remedy*), o cuyo cumplimiento es reconocido de alguna manera por el derecho, como un deber.”³ Más allá del énfasis en el elemento de la promesa, esta definición del contrato es circular, es decir, la cuestión es determinar si un negocio es un contrato, precisamente para poder decidir si debe ser legalmente coercible. Además, la definición de promesa también es bastante circular y contextual, como lo establece la siguiente sección del *Re-*

3 *Restatement Second, Contracts*, §1 (en adelante, todas las citas a este *Restatement* se harán mediante la identificación *RS Contracts 2d*, seguida del número de sección correspondiente).

statement: “Una promesa es una manifestación de la intención de hacer o no hacer de una manera determinada, hecha para que el promisorio entienda que se ha comprometido”.⁴ La coercibilidad de las promesas depende de si el beneficiario tiene una justificación para creer que la conducta de la contraparte es vinculante. ¿Cómo se decidiría, en caso de controversia, si la creencia del beneficiario fue correcta? De cierta forma, la respuesta dependería de los aspectos formales y lingüísticos de la conducta. Si la persona dice “yo prometo” o firma un documento que dice “contrato” al inicio, la respuesta será obvia. Pero no todas las promesas son expresas, ni incluyen inevitablemente las palabras “yo prometo”. Por el contrario, no todas las oraciones que comienzan con estas palabras son legalmente coercibles. Debe haber una manifestación externa al propio acto, probablemente derivada del contexto social y de las expectativas culturales, que justifique la creencia del beneficiario. La definición establecida por el *Restatement* es de poca ayuda para la identificación de estos factores.⁵

11. *Las promesas son manifestaciones objetivas, no intenciones subjetivas.* Las promesas son actos externos; una persona puede tener una intención de hacer algo sin externarla, pero esa intención sólo se convierte en promesa cuando es expresada. Sin embargo, una de las razones fundamentales para que pensemos que una promesa es importante, depende en gran parte de la aparente reflexión de un estado mental interno, la intención de la persona que la hizo. Más allá de la forma y el lenguaje, determinar que una promesa es obligatoria depende de suposiciones psicológicas como la intención, la conciencia y la voluntad, que nos llevan a apreciar la conducta como un consentimiento y compromiso del obligado. Esto vincula al derecho contractual con las ideas de autonomía personal, individualismo y responsabilidad.

12. *Las declaraciones que no son serias, o que carecen de fuerza vinculatoria, no son promesas.* En el contexto de los negocios mercantiles, normalmente habría razones importantes para concluir que el elemento de obligatoriedad está satisfecho. Las operaciones comerciales son, por lo general, asuntos serios; las partes se encuentran con la finalidad de hacer negocios juntos y la creencia del beneficiario de que la fuerza vinculatoria existe, parece justificada. Sin embargo, no todos los negocios se realizan en una oficina o por correspondencia; además, el contexto puede sugerir que las partes no fueron serias y no estaban negociando, y que las declaraciones verbales que pudie-

⁴ *RS Contracts 2d*, §2 (1).

⁵ En contraste, el Código de Comercio mexicano en su artículo 78 parece decir que la obligación implica lo que el obligado entiende, no lo que entienda el beneficiario.

ran parecer promesas no deben entenderse como tales. Las ocasiones son pocas, pero algunos tribunales han concluido que tales operaciones fueron hechas en broma y no con el ánimo de comprometerse, y por lo tanto no son coercibles.⁶

Más comunes son las declaraciones hechas en el curso de las negociaciones que son tan vagas, imprecisas o poco comprometidas, como para considerarse promesas con consecuencias jurídicas.⁷

13. *Promesas condicionadas.* El caso más común, incluso universal, en donde hay una duda acerca de cuándo un comportamiento, que aparenta ser una promesa, contiene una verdadera vinculación, es cuando el alcance de la promesa está limitado por una condición. Las condiciones limitan casi todas las promesas. Todas las obligaciones son declaraciones sobre una intención respecto al futuro. Todas son condicionadas por una contingencia futura que frecuentemente no se expresa. Por ejemplo, si Juan promete pintar mañana el exterior de la casa de Pablo, es probable que el clima sea conveniente para pintar. Un tribunal probablemente entiende que la actuación podría retrasarse o perdonarse si hay una fuerte tormenta que haga impráctico aplicar la pintura en la superficie mojada de la casa, o si el viento sopla tan fuerte que sería peligroso colocar una escalera sobre la casa. Es probable que la promesa esté condicionada a la suposición de que Juan estará vivo mañana. Si no lo está, no tendría caso decir que él está incumpliendo por no estar presente para trabajar. ¿Qué va a hacer Juan si la casa se quema esta noche? Pocos jueces sensatos considerarían como obligación pintar las ruinas quemadas.

14. *Promesas ilusorias.* La realización de un acontecimiento que condiciona la promesa justifica el retraso o excusa del cumplimiento. Cuando existe una gran probabilidad de que la condición se realice o cuando está completamente bajo el control de la parte que prometió, queda muy poco de la promesa y aparece como ilusoria. Un ejemplo común en donde se presenta esta posibilidad es una promesa condicionada a la satisfacción de una de las partes. Los tribunales casi no han tenido problemas para hacer cumplir dichas promesas, ya que hay algunas maneras objetivas para determinar las bases del cumplimiento. Pero una declaración como “yo cumpliré si quiero, pero no lo haré si

⁶ Véase, por ejemplo, *Barnes vs. Treece*, 549 P.2d 1152, 1155 (Wash. App. 1976). “Cuando las expresiones se hacen en broma y una persona razonable así lo entiende o lo puede entender, no pueden interpretarse como una oferta y ser aceptadas para formar un contrato.”

⁷ Véase, por ejemplo, *Beck vs. Goodwin*, 456 So.2d 758, 760 (Miss. 1984). Este caso sostuvo que el contrato respectivo es “demasiado vago” e incierto como para constituir un contrato exigible, por cuyo incumplimiento se pudieran reclamar daños y perjuicios.

no quiero” no es una promesa. La condición es tan amplia y depende tanto del capricho del obligado que la declaración carece de intención vinculante. Cuando la condición es tan limitante que absorbe a la promesa, hacemos referencia a ella como una *promesa espejo o una promesa ilusoria*.

15. La “satisfacción” como condición. Una clase común de condición expresa limita la obligación de una de las partes, al requerir que el cumplimiento de la otra parte sea satisfactorio. Si se prevén medidas objetivas para determinar la satisfacción, podría parecer que no hay problema con dicha cláusula. En efecto, tal satisfacción es una manera de establecer los requisitos del cumplimiento. Aun así, hay algunos casos de cumplimiento que dependen en gran parte de juicios estéticos y de buen gusto, los cuales no dependen de declaraciones matemáticas precisas. Partiendo de que la satisfacción es puramente subjetiva y depende exclusivamente del capricho de la parte que va a ser satisfecha, las promesas basadas en ella parecen ilusorias y representan únicamente una promesa de cumplir si la parte así lo desea. Los tribunales señalan una distinción entre la satisfacción de las cláusulas que, en efecto, requieren que el cumplimiento se mida por sí mismo (por ejemplo, que la máquina genere poder a la capacidad prometida), y aquellas que giran en torno al gusto personal (por ejemplo, si el retrato realizado por el artista le gusta al cliente). Algunos tribunales requieren que la satisfacción o ausencia de ella se base en una causa razonable y no únicamente en la buena fe. En muchos contratos de construcción el parámetro de satisfacción radica en la determinación de un tercero, un arquitecto o ingeniero.

16. *Sin consentimiento no hay promesa*. La promesa involucra un acto voluntario del obligado. En todas las situaciones donde existe un problema con el consentimiento, hay algo en el obligado que nos hace dudar de sus verdaderas intenciones. Sin embargo, hay que advertir que los elementos clave generalmente causan dudas sobre si la conducta del beneficiario es correcta y el contenido del trato es razonable.

a) *Capacidad*. Un contrato requiere una manifestación de la voluntad entre dos personas, por lo menos, con capacidad para contratar. Por lo tanto, su ausencia puede ocasionar que una aparente promesa sea nula o anulable. Un contrato anulable es aquel que puede ser revocado por el beneficiario en cualquier momento antes de que la capacidad haya sido restaurada. Si ha existido un incumplimiento conforme a dicho contrato, éste es anulable sólo en términos de *equity*.⁸

⁸ *RS Contracts 2d*, §15(b).

b) *Capacidad mental*. Cuando por una enfermedad mental, defecto o intoxicación, la mente de la persona parece estar actuando de manera diferente a las personas que consideramos como “normales”, nos encontramos en la posición de dudar si esa persona tiene capacidad mental para formular un intento de actuar o no en determinada forma. Cuando se decide que el promitente carece de dicha capacidad, se puede concluir que esa promesa no es ejecutable.⁹ De manera similar, las personas cuya anormalidad mental ha sido legalmente determinada, es decir, aquellas personas sujetas a tutela por determinación judicial, no pueden incurrir en deberes contractuales.¹⁰ Una persona que sufre seriamente de incapacidad mental, no puede tener la capacidad de entrar a la negociación de un acuerdo. En tal caso, puede crearse un contrato “anulable”. Es anulable por la persona mentalmente incapaz, si no pudo comprender de manera razonable la naturaleza y las consecuencias del negocio, o si no pudo actuar razonablemente en relación con éste y la otra parte tiene razones para conocer su condición.¹¹

c) *Intoxicación*. Si una de las partes tiene conocimiento de que la otra está intoxicada, a tal grado que se encuentra temporalmente incapacitada (como en §16(b) *supra*), dicha persona tiene derecho a revocar el contrato, de la misma manera que la persona mentalmente enferma.¹²

d) *Minoría de edad*. En casi todos los estados se ha establecido que cumplir 18 años constituye la mayoría de edad. Los contratos hechos por menores de edad pueden ser anulables por ellos cuando alcancen la mayoría de edad y un tiempo posterior razonable. Algunos estados requieren que el menor devuelva la prestación recibida para anular el contrato, pero muchos estados no, permitiendo así al menor quedarse con la prestación recibida.¹³

e) *Analfabetismo o lenguas extranjeras*. No hay requisito alguno que exija que las partes contratantes deban saber leer y escribir, pero debe existir la habilidad para expresar el consentimiento en el acuerdo. Una persona puede aceptar un escrito como la integración del contrato, sin leerlo y sin tener la habilidad para hacerlo. Sin embargo, a pesar de la negligencia de la parte que no leyó el contrato, no precluye su derecho para obtener la modificación del contrato en un tribunal de *equity*, para expresar la verdadera intención de las partes.¹⁴ Cuan-

9 *Ibid.*, §§12, comment c, y 17.

10 *Ibid.*, §13.

11 *Ibid.*, §15(b).

12 *Ibid.*, §16.

13 *Ibid.*, §§2 y 14.

14 *Ibid.*, §§155 y 157.

do una persona es iletrada o habla una lengua extranjera y es inducida a contratar por una declaración falsa o un artificio, la parte afectada podrá anular el contrato.¹⁵

17. *Coacción e influencia indebida.* Si hay coacción de naturaleza física, de tal manera que una persona sea obligada físicamente a firmar un contrato o a manifestar su consentimiento cuando no tiene intención de hacerlo, entonces no existe consentimiento, un elemento básico de un contrato exigible. La falta de dicho consentimiento produce la nulidad de cualquier acuerdo basado en tal conducta coaccionada.¹⁶ Si una de las partes otorga su consentimiento para la celebración de un contrato, pero la manifestación del mismo es inducida por una amenaza impropia de la otra parte, lo cual no deja al contratante una alternativa razonable, el contrato es anulable a elección de la parte sujeta a coacción. Una amenaza podría ser propia, y por lo tanto coactiva de acuerdo con esta regla. Ordinariamente, uno puede amenazar a alguien con una demanda para obligarlo a pagar una deuda, o cumplir un contrato. Una amenaza es impropia, por lo general, si se amenaza con cometer un crimen o un acto ilícito, o si es una amenaza de persecución penal, aunque sea hecha con la creencia de buena fe que la persona es culpable del crimen del que será acusada, la amenaza por sí misma podría considerarse chantaje.¹⁷

18. *Fraude y declaración falsa.* De manera general, una persona que contrata bajo declaración falsa puede anular la ejecución del contrato, mediante bases más amplias que aquellas que le permitirían obtener una indemnización por responsabilidad civil por fraude.¹⁸

19. *Error.* El contrato está basado en la suposición de que las partes pueden arreglar sus negocios racionalmente. Un límite problemático a este principio son aquellas situaciones en las que el contrato no refleja exactamente la realidad y, por lo tanto, el contrato celebrado es erróneo en relación con las circunstancias básicas. Un error es la confusión de un concepto y describe por lo menos cuatro situaciones diferentes con distintos análisis jurídicos:

a) *Malentendido.* Algunas veces, el error describe una falla total en las comunicaciones. Las partes utilizan una expresión para describir los términos del contrato, que de hecho tiene más de un sentido y es imposible determinar

15 *Corbin on Contracts*, §607 (1960).

16 *RS Contracts 2d*, §174.

17 *Ibid.*, §176.

18 Las cuestiones sobre el grado de reparación de daños por fraude y declaración falsa en actos ilícitos, se discuten en el trabajo de Dan B. Dobbs, "Nociones fundamentales sobre los actos ilícitos (*torts*)", cap. 5, §71, en este mismo volumen.

el significado que ellas tenían en mente. Por ejemplo, las partes acuerdan la compraventa de ciertos bienes que llegarán a Veracruz en un barco llamado “Linda”. Sin embargo, existen dos barcos con el mismo nombre y el vendedor tenía en mente a uno, mientras el comprador pensaba en el otro. Podría ser que ambos barcos llegaran al mismo tiempo o que su hora de llegada no fuera importante. Pero si la llegada del barco a una hora determinada es importante, es claro que el aparente acuerdo está basado en un malentendido y no hay manera de señalar cuál de las partes está en lo correcto. En tal caso, el tribunal no tendrá más opción que declarar que no hay contrato que ejecutar.¹⁹

b) *El error en la escritura.* Un ejemplo podría ser cuando las partes llegan a un acuerdo, pero al transcribirlo se comete un error. Esta situación se denomina error en la integración del instrumento. A menos de que exista alguna razón para culpar a alguna de las partes del error, la labor del tribunal es también clara en esta situación; el acuerdo debe ser modificado para que refleje adecuadamente la intención de las partes y así ejecutarlo.²⁰

c) *Error en el cumplimiento.* Una tercera situación incluida en el concepto de error tiene lugar durante el cumplimiento de un convenio. En ella, una de las partes otorga a la otra un beneficio debido a la creencia errónea de que así lo señala el contrato. Si el beneficio es sustancial y el error se comete sin culpa, el tribunal puede ordenar la *restitución* para evitar el *enriquecimiento ilícito*.²¹

d) *El error que recae sobre motivos determinantes de la voluntad.* Más problemáticas y comunes son las situaciones en las que el concepto de error es utilizado para describir un error en los presupuestos del acuerdo. Por ejemplo, José acuerda vender a Enrique una piedra que ambos consideran que es un diamante, pero en realidad es sólo una piedra artificial. Otro ejemplo sería aquel en el que Pedro acuerda venderle a Luis cierto número de artículos de un catálogo, pero las partes han sumado incorrectamente los precios de éstos. Dicho contrato podría ser anulable por cualquiera de las partes, aunque quizás Enrique sea quien tomaría la decisión.²² Muchas veces para la solución de esos problemas en los tribunales de habla inglesa, hay que determinar si el error es mutuo o unilateral, aunque el significado de estos términos es también confuso e indeterminado. Algunos tribunales pueden utilizar estos términos de manera mecánica, aunque con frecuencia no predicen el resultado

19 *RS Contracts 2d*, §20.

20 *Ibid.*, §155.

21 *Ibid.*, §370.

22 *Ibid.*, §152.

más probable. Algunas veces el error se considera unilateral y, por lo tanto, la pérdida corresponde a la parte que lo cometió, ya que se considera que ella tuvo la culpa al cometer el error. Si puede probarse que ambas partes estaban equivocadas en aspectos sustanciales del negocio, podría obtenerse una decisión judicial que les autorice el cumplimiento del convenio erróneo. Si ambas partes tienen la creencia errónea respecto a las suposiciones básicas sobre las que se celebró el contrato, regularmente dicho contrato es anulable por la parte afectada.

Volviendo al ejemplo del diamante, si el error hubiera sido a la inversa, y Enrique y José hubieran creído que la piedra era un pedazo de vidrio cuando realmente era un diamante, y si José fuera un joyero profesional y Enrique un consumidor inexperto que compra un diamante por primera vez, podría ser razonable que, tomando en cuenta la autenticidad de la piedra, el riesgo del error lo absorbiera el vendedor y se negara así la rescisión.²³ Sin embargo, cuando una parte está equivocada y la otra no, puede haber una tendencia a culpar a la parte que cometió el error; asimismo, si el error es evidentemente material, una parte podría probar que la otra tomó ventaja y la situación constituye entonces un fraude.

20. *La falta de escrúpulos (unconscionability) y deber de buena fe y trato justo.* De acuerdo con el *Restatement* y el UCC, todos los contratos incluyen un deber de las partes para conducirse de buena fe. Ésta tiene diversos significados, incluyendo honestidad en los hechos y conductas entre las partes contratantes, confianza en los propósitos del contrato y en las expectativas justificadas de las partes, así como evitar la “mala fe”, que se refiere a una conducta deshonesta, injusta o irracional.²⁴ La doctrina sobre la falta de escrúpulos se dirige en contra de dos formas de mala fe: la opresión y la sorpresa injusta hacia una de las partes.²⁵ La primera se denomina en ocasiones como “sustancial” y la segunda como “procesal”.²⁶ Generalmente, la falta de escrúpulos involucra la ausencia de una decisión coherente por parte de alguno de las contratantes, así como los términos irrazonables y no favorables hacia la otra parte.

23 *Ibid.*, §§153 y 154.

24 *Ibid.*, §205 y comment a; UCC, §§1-201(19), 1-203.

25 UCC §2-302, comment 1.

26 En el comentario 1 del UCC, §2-302, se define a la lesión como: “Ya sea que a la luz de los antecedentes comerciales generales y de las necesidades al caso particular de intercambio comercial, las cláusulas involucradas sean tan desiguales que causen lesión conforme a las circunstancias existentes al momento de hacer el contrato.”

Cuando un tribunal determina que un contrato —o alguna de sus cláusulas— es excesivamente oneroso o desproporcionado, el “tribunal puede rehusarse a ejecutar el contrato, o puede determinar que se lleve a cabo el contrato sin la cláusula lesiva y así evitar cualquier tipo de lesión”.²⁷ Por lo regular, el derecho de acción apropiado consiste en negar conductas específicas, o tal vez otorgar el pago de daños en dinero para indemnizar a las partes por una condición previa al contrato. En ocasiones la parte culpable se puede exponer a una mayor responsabilidad, particularmente por términos desproporcionados.²⁸

21. *El requisito del intercambio de prestaciones (consideration)*. El antiguo *common law* en Inglaterra no era favorable a la ejecución forzosa de los contratos. Aquella sociedad feudal medieval estaba fundamentalmente interesada en la tenencia de la tierra que apoyaba a la base militar del régimen real. A los tribunales eclesiásticos les preocupaba el incumplimiento de las promesas, como un quebrantamiento de la fe, y los tribunales locales conocían de los pocos casos de negocios mercantiles en aquella época. Sólo después del transcurso de varios siglos, el *common law* respondió a las nuevas realidades mercantiles de la sociedad y trazó una base general para la ejecución de las promesas como un deber jurídico. Cuando se desarrolló el interés en dicha ejecución, la atención principal se centraba en los acuerdos de compraventa, intercambio y trueque. Esta idea general se conoce desde hace mucho tiempo y data de la época de Aristóteles.

Básicamente, es injusto permitir que el contratante incumpla una promesa por la que ya ha recibido un pago. Es muy fácil ver cómo el beneficiario de una promesa, que ya ha pagado por ella, resulta perjudicado si no se cumple la misma. A lo largo del tiempo, el concepto del intercambio de prestaciones (*consideration*), entendido como la señal de un tipo de promesa que debía ser ejecutada, se convirtió en una prueba exclusiva de la fuerza vinculatoria. Finalmente, se consideró que una promesa sin *consideration* no podía exigirse conforme a derecho. Durante los siglos XVIII y XIX este concepto se fijó en una doctrina estricta y en un criterio para el rechazo de la ejecución de las promesas, que los jueces de aquella época no veían con buenos ojos. Durante el siglo XX, la corriente cambió en Estados Unidos y se comenzó a prestar mayor atención a los límites de la doctrina de la *consideration*, aunque en ocasiones todavía es posible encontrar antiguas referencias de los tribunales. En la actualidad, sólo algunos académicos señalarían que el intercambio de prestaciones no es la prueba exclusiva de fuerza vinculatoria de las obliga-

27 *RS Contracts 2d*, §208.

28 *Ibid.*, comment g.

ciones, aunque podría haber diferencias sustanciales en relación con su vitalidad. Algunos podrán afirmar que los casos en los que el derecho hace ejecutar las promesas que no se apoyan en el intercambio de prestaciones son excepcionales; otros dirán que las excepciones se han integrado a la regla. Sin embargo, nadie puede negar que el intercambio de prestaciones continúa ejerciendo una influencia en el pensamiento de los abogados estadounidenses, aun cuando ya no se considera como un requisito indispensable para la ejecución. En su contexto moderno, esta doctrina se refiere al elemento de intercambio requerido para que el contrato sea exigible como un compromiso. La *consideration* es el precio de la obligación.²⁹

22. *El intercambio de prestaciones rara vez es un problema en los contratos mercantiles.* En el contexto de este capítulo, donde se hace hincapié en los contratos mercantiles, la *consideration* no es de gran importancia, ya que los contratos mercantiles en su mayoría se celebran por medio de un intercambio de prestaciones, y no es difícil encontrar el precio de las obligaciones. En la actualidad, hay muy pocos casos serios en los que la doctrina del intercambio de prestaciones permite encontrar la imposibilidad de ejecutar una promesa, particularmente en lo que se refiere a las promesas mercantiles.

23. *Aplicaciones de la doctrina del intercambio de prestaciones.* A pesar de la notable disminución en el número de casos en donde la doctrina del intercambio de prestaciones da pie para que el tribunal declare inválido un contrato, quedan aún situaciones que merecen algún comentario.

a) *Promesas de donación.* La distinción básica tradicional se hace entre los acuerdos que implican un intercambio de prestaciones y una promesa de donar la cual no está apoyada en tal intercambio y no es exigible. Esta distinción refleja las preocupaciones de los países de tradición romanista, donde el derecho convalida la donación, pero también contiene normas para proteger al donante en relación con la ejecución de promesas excesivas y con donatarios ingratos.³⁰ Cuando la *consideration* se utiliza de esta manera, sólo impide la ejecución de promesas de donación que no se han hecho por falta de entrega del objeto donado. Una vez que la donación se ha perfeccionado, normalmente por medio de la entrega, la doctrina del intercambio de prestaciones no es aplicable para revocar la donación.

b) *La promesa como consideration de una promesa.* Cuando el beneficiario paga la promesa en efectivo o con sus servicios, es fácil ver que él ha cumplido

²⁹ *Ibid.*, §17.

³⁰ Véanse el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch), arts. 519, 530(1), y el Código Civil Francés, arts. 953, 955.

do y, por lo tanto, debe ser protegido. Durante generaciones, el *common law* tuvo dificultades en los casos en que el intercambio consistía únicamente de promesas. ¿Es posible considerar una promesa como una cosa de valor que hace que la promesa recibida a cambio sea exigible? Una promesa es valiosa sólo si es exigible, y esto conduce a una noción circular de valor intercambiado. Con el tiempo, el derecho superó los pruritos conceptuales y comenzó a describir al contrato, considerado como un intercambio de promesas, como un *contrato bilateral*, a diferencia de un contrato en donde existe una promesa a cambio de la conducta del beneficiario; este tipo de contrato a la larga se conoció como *contrato unilateral*. La distinción cumplió con el objetivo útil de apoyar la exigibilidad cuando se trataba de intercambio de promesas, pero creó complicaciones en los diferentes significados asignados al concepto de contrato unilateral. Afortunadamente, el segundo *Restatement* de derecho contractual ha eliminado los términos de contratos unilaterales, aunque la mayoría de sus útiles funciones subyace ahora en una categoría llamada *contratos opcionales*.³¹

c) *Consideration preexistente y obligación moral*. La lógica de la doctrina del intercambio de prestaciones crea problemas cuando se pacta una promesa con una *consideration* preexistente, o que no es obligatoria por ley. Por ejemplo, Alberto realiza servicios de gran valor como un favor a Ricardo. De hecho, literalmente salva la vida de Ricardo. Éste, a cambio, promete recompensar los gastos de Alberto relacionados con el rescate. ¿Cómo puede considerarse la buena acción de Alberto como el precio dado a cambio de la promesa de Ricardo, cuando los servicios se prestaron antes de que la promesa fuera hecha? Los tribunales han minimizado esta clase de análisis y en algunos estados, incluyendo Nueva York y California, se han adoptado leyes diseñadas para reducir su impacto. El *Restatement*³² reconoce una excepción a la doctrina del intercambio de prestaciones con el propósito de revisar estos casos “en la medida necesaria para prevenir una injusticia”. Sin embargo, esta clase de problemas tiene menor importancia, en particular desde que surgen sólo excepcionalmente en el contexto mercantil.³³

d) *Deber preexistente*. Las reglas del deber preexistente son analíticamente similares al intercambio de prestaciones preexistente, aunque la terminología se utiliza en distintas situaciones de hecho. La idea subyacente es que si una

31 *RS Contracts 2d*, §45.

32 *Ibid.*, §86.

33 Véase el trabajo de Boris Kozolchyyk, “El crédito documentario (UCC art. 5)”, cap. 23, que será publicado posteriormente en el tercer volumen de esta obra.

persona recibe una promesa, ya tenía el deber de cumplir la conducta prometida a cambio; esta promesa recíproca no puede proveer una causa. La confusión que deriva de las situaciones de obligaciones preexistentes puede atenuarse si se tiene en mente las tres distintas situaciones en las que esa terminología es utilizada.

i) *Deber oficial*. Estos casos involucran a la gente a la que se le paga por desempeñar su trabajo propiamente. El empleado que induce al cliente a que le haga una promesa de remuneración o gratificación por hacer su trabajo, o el policía al que se le promete una recompensa por atrapar a un criminal, son ejemplos típicos. Estas situaciones sugieren corrupción. Se supone que los policías deben capturar criminales sin necesidad de dichos pagos, y es por ello que están en la nómina pública. Los tribunales no suelen aprobar esa clase de demandas.

ii) *Modificación de un contrato aún no ejecutado* (executory). Debe existir una manera de hacer correcciones y modificaciones a un contrato durante su cumplimiento, a la luz de la experiencia. Además, un contrato no tendrá mucho significado si una de las partes puede regresar y demandar más dinero, en caso de que las cosas no hayan funcionado como se había esperado. La función del contrato es limitar la libertad de las partes en ese sentido. Una manera de describir el malestar por la modificación de un contrato, es explicarlo en términos de la doctrina del intercambio de prestaciones: que el contratante está bajo un deber preexistente de cumplimiento y, por lo tanto, la modificación no tiene una nueva *consideration*. Una antigua perspectiva formalista sobre estos problemas podría señalar que el proceso de modificación consiste en dos partes: un acuerdo de rescindir el contrato anterior y después otro acuerdo con un intercambio de nuevas promesas. Una segunda perspectiva, más pragmática, ha enfatizado la equidad sustantiva de la modificación y las circunstancias que la motivan. Se permiten modificaciones razonables y las reglas obligatorias preexistentes se ignoran; por el contrario, las modificaciones injustas no son exigibles. Un tercer enfoque más amplio y permisivo parece dominar y está contemplado en el UCC, en el *Restatement*³⁴ y en las leyes de varios estados, incluyendo California.³⁵ Esta perspectiva señala que, por lo general, las modificaciones no requieren causa y son exigibles siempre que no se deriven de coacción, violencia o extorsión.

iii) *Perdón, quita y espera*. El derecho inglés del siglo XIX insistió que cuando un acreedor acuerda aceptar una cantidad menor del monto total de

34 Véase *RS Contracts 2d*, §89.

35 California Civil Code, §§1697-98.

la deuda, arreglo que implica fijar una cantidad determinada en lugar del total de la obligación, la promesa del acreedor aceptando dicha cantidad no tiene *consideration* y por lo tanto no es ejecutable. No está claro si ésta fue la regla en la mayoría de los estados estadounidenses, pero algunas aplicaciones continúan presentando problemas. Una aplicación problemática que perdura se refiere a las situaciones en que se da un cheque por una parte de la deuda como satisfacción de su *totalidad*. El acreedor endosa el cheque para manifestar que no está aceptándolo como si fuera un pago completo. El UCC³⁶ se modificó recientemente para crear una solución compleja y poco clara a esta situación. Actualmente, California, por ejemplo, tiene dos leyes que parecen tocar este tema y sugieren resultados inconsistentes.

24. *Formalidades, confiabilidad y restitución.* De hecho, el principio del intercambio de prestaciones nunca fue una característica exclusiva de las promesas exigibles. Dentro de la doctrina del intercambio de prestaciones siempre han existido tres ideas principales que limitan su generalidad y aplicación.

a) *Formalidades.* Mucho antes de que el *common law* desarrollara una perspectiva general sobre la exigibilidad de los contratos, concedió el cumplimiento forzoso para cierto tipo de promesas hechas de manera formal, sin considerar la causa, y rehusó la ejecución forzosa de otras con causa, por falta de forma.

i) *Promesas bajo sello.* Mucho antes de que el *common law* desarrollara un enfoque general para la ejecución de los contratos, hacía exigible cierto tipo de promesas realizadas con el uso del sello personal del beneficiario añadido formalmente al documento. Las promesas selladas no requerían de un intercambio de prestaciones en los estados que mantenían las antiguas reglas sobre esta materia. La mayoría de los estados eliminó la eficacia de los sellos durante el siglo pasado, pero existe un número importante de estados en donde esta regla mantiene un significado legal.³⁷

ii) *Promesas escritas.* Hace algunos siglos, el *common law* coqueteó con la idea de que todas las promesas formalmente escritas debían ser exigibles sin tomar en cuenta el principio del intercambio de prestaciones. Esta idea perdió fuerza después de la muerte de su gran defensor, lord Mansfield, pero ha resurgido en algunas ocasiones desde entonces. Dicha idea puede apreciarse en las leyes modernas y en el UCC, donde se establece que los convenios —para mantener abierta una oferta de venta durante un periodo menor a tres meses—, son obligatorios sin *consideration*.³⁸ Debe destacarse que a diferencia del sistema roma-

36 UCC, §3-311.

37 *RS Contracts 2d*, §96, y UCC §2-203.

38 UCC §2-205.

nista, no existen escrituras públicas en el *common law*. Es decir, una promesa hecha o protocolizada ante un notario estadounidense, no será exigible o dispensada de los requisitos de la *consideration*. En Estados Unidos el notario público tiene generalmente la función más limitada de atestiguar la ejecución de documentos y contratos, para que puedan ser registrados en oficinas públicas y para que sean más fácilmente aceptados como prueba en un tribunal.

iii) *Leyes que requieren contratos por escrito (Statute of Frauds)*. Cada estado tiene una regla derivada de la Statute of Frauds inglesa, la cual requiere que cierta clase de contratos se dé por escrito con el fin de que ellos sean exigibles. Hay que notar que la Statute of Frauds no establece una formalidad, es decir, no señala que si un contrato está por escrito, entonces es exigible. Por el contrario, establece que si un contrato no está por escrito no es exigible. Aunque todas estas leyes son hijas de la Statute inglesa, durante los trescientos años que han transcurrido desde que ésta se creó, esas hijas se han diversificado cada vez más y por lo mismo no pueden agruparse fácilmente. En la mayoría de los estados estas reglas siguen siendo legisladas, pero en varios estados son totalmente judiciales. Generalmente, los contratos de venta de derechos sobre la tierra se requieren por escrito y siempre ha habido un requisito similar para la venta de bienes de un valor determinado.³⁹ Existen muchas excepciones y este requisito parece ir en camino de su eliminación. Inglaterra derogó la Statute en 1934. Cuando Estados Unidos firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (UNCISG) en 1988, no hizo las reservas en esta materia. Por lo tanto, en los contratos de compraventa internacional entre Estados Unidos y México, la Statute of Frauds ya no se aplica. Se rumora que esta regla también será derogada en la revisión del UCC que actualmente se está llevando a cabo.

b) *Confiabilidad*. La teoría del intercambio de prestaciones y la confiabilidad son muy cercanas, ya que tienen que ver con la exigibilidad de las promesas. Generalmente, uno y otra se inducen recíprocamente. La situación típica es el pago como *consideration*. El beneficiario actúa confiando en la promesa y a cambio paga por ella a la otra parte. La prestación por la promesa es la *consideration* y no presenta mayores complicaciones. Cuando la prestación no está motivada por la promesa o acto de la otra parte, la situación se complica y se relaciona con el concepto poco claro de *estoppel*. Cuando el promitente ha recibido el pago de la promesa, no puede negar su obligatoriedad. Si uno induce la confiabilidad al emitir una promesa no puede retractarse. Hace medio siglo, siguiendo los precedentes del *common law*,

³⁹ *Ibid.*, §2-201.

el *Restatement* de los contratos extendió la aplicación de la regla del *estoppel* promisorio. En su versión actual esta regla menciona:

Promesa que razonablemente induce un acto o la tolerancia de un acto u omisión: 1) Cuando un promitente considera razonablemente que su promesa motiva un acto o tolerancia de parte del beneficiario o de un tercero, y que de hecho induzca tal acto o tolerancia, [dicha promesa] se considera obligatoria y es exigible con el fin de evitar la injusticia. El recurso por el incumplimiento puede estar limitado cuando la justicia lo requiera.⁴⁰

Interpretado de manera amplia, el *estoppel* promisorio absorbe a la teoría del intercambio de prestaciones y a gran parte del derecho contractual, pero en la práctica pocos tribunales lo interpretan así. Por lo regular, lo limitan a determinadas situaciones: promesas de contribuciones caritativas que posteriormente son retractadas, cotizaciones erróneas de los subcontratistas que inducen un precio global equivocado por parte del contratista y responsabilidad precontractual. Ésta es un área incierta del derecho y las soluciones varían entre los tribunales de los diferentes estados.

c) *Restitución*. Cuando una parte cumple con un acuerdo, parece injusto permitir que la otra parte se quede con el beneficio de tal cumplimiento sin una contraprestación. El concepto de la restitución establece una base para ejecutar los convenios con el fin de evitar el enriquecimiento ilícito al proporcionar una indemnización del enriquecimiento obtenido. Otro aspecto relacionado con la restitución se apoya con más fuerza en la probabilidad de que cualquier convenio debe incluir una obligación implícita de pagar el precio razonable del trabajo y materiales utilizados en el cumplimiento parcial (*quantum meruit*). Cuando la responsabilidad tiene como base dominante la idea de restitución, pueden surgir diferentes medidas para la indemnización otorgada en relación con la pérdida del valor de una promesa expresa. Se discutirá esta idea posteriormente para aclarar estos aspectos de la restitución. Se menciona aquí a esta última porque también proporciona una base distintiva respecto a la ejecución de los convenios o acuerdos.

40 *RS Contracts 2d*, §90.

IV. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN CONTRACTUALES

Por definición, la fuente de las obligaciones contractuales es el acuerdo de las partes y el contrato mismo, por lo tanto, es la mayor fuente de derechos de acción si el contrato no se cumple.

25. *El equivalente económico del cumplimiento es la medida para determinar los daños causados por el incumplimiento.* Algunos sistemas jurídicos pugnan por la ejecución forzosa de las promesas como un derecho de acción en caso de incumplimiento, aunque por cuestiones prácticas, en cualquier parte del mundo, a la parte perjudicada por regla general se le deja únicamente un recurso alternativo contra el incumplimiento. Es decir, la parte perjudicada recibe, por los daños, una suma de dinero considerada como el equivalente económico del cumplimiento. Este asunto nunca se ha explicado mejor que como lo hizo el ministro Oliver Wendell Holmes jr. en el siglo pasado: “La única consecuencia universal de una promesa es que la ley obliga al promitente a pagar los daños si el evento prometido no llega a ocurrir.” El deber moral de quien incumple no afecta el cálculo de los daños. Holmes se refirió a los daños como una elección, moralmente indiferente, entre el cumplimiento tal como fue prometido y el pago de los daños. Este enfoque conceptual implica que el incumplimiento en sí mismo no es tratado como un delito o como una causa para pagar daños punitivos. Igualmente, implica que la medida por daños es muy conservadora. La extensión de las consecuencias por las que la parte que incumple debe responsabilizarse es estrecha y queda definida por la intención de las partes en la celebración, la cual es previsible en ese momento,⁴¹ y es independiente del grado de culpa por el incumplimiento.⁴² Sólo en circunstancias muy poco comunes, un daño psicológico se indemniza en una acción contractual.⁴³

26. *Los daños por incumplimiento del contrato se recuperan por los costos ahorrados.* Un corolario del equivalente económico del cumplimiento es que la parte perjudicada sólo tiene derecho a una suma de dinero que la pondrá en la posición en que hubiera estado si el contrato se hubiera cumplido. Por lo tanto, la recuperación debe nivelarse por lo que se ahorra en el momento de que no se realiza el contrato y por las pérdidas que no fueron consecuencia inevitable del incumplimiento. Esto significa que las consecuencias que

41 *Ibid.*, §351.

42 *Ibid.*, §355.

43 *Ibid.*, §353.

surgen del incumplimiento y dan lugar a una demanda por daños son muy conservadoras.⁴⁴

27. *Daños “contemplados por las partes” al momento de celebrar el contrato.* La doctrina conocida como la regla en *Hadley vs. Baxendale* (un caso inglés)⁴⁵ establece que los daños recuperables por el incumplimiento del contrato se limitan a “aquellos daños que surgen naturalmente del incumplimiento y aquellos que razonablemente se suponen haber sido previstos por las partes al momento de celebrar el contrato”. Ha pasado casi un siglo y medio desde que se dio a conocer esta doctrina y sigue siendo fuente de cierta controversia, con por lo menos tres diferentes interpretaciones de su significado.

a) *Conocimiento.* El término “contemplados por las partes” significa que en el momento de celebrarse el contrato, las partes debieron estar conscientes de la existencia de un riesgo y, por lo tanto, se supone que debieron tomar en cuenta la posibilidad.

b) *Negociación.* El juez Holmes tuvo un enfoque más estrecho al indicar que el conocimiento de la posibilidad de pérdida es insuficiente para ser “previsto por las partes”; los daños deben ser negociados por ellas en el momento de celebrar el contrato.

c) *Motivo para conocer.* La regla del UCC, como se establece en la §2-715, amplía la definición de los daños recuperables como consecuencia de una venta de mercaderías, al definirlos de acuerdo con un estándar de previsibilidad para incluir “cualquier pérdida que resulte de requerimientos generales o particulares, así como de necesidades, que el vendedor debió haber conocido en el momento de la celebración del contrato”; aunque de esta manera se reducen las pérdidas recuperables al limitarlas a aquellas “que no puedan ser evitadas razonablemente por reemplazo (comprando los bienes de otra fuente en el mercado) o de otra manera”. El criterio establecido por el *Restatement* no es muy diferente: “Razón para considerar un resultado probable del incumplimiento cuando se celebró el contrato”.⁴⁶

28. *Igualdad en los límites de los recursos contractuales.* La visión de los recursos contractuales que acabamos de presentar es un poco sombría. La característica económica en la ejecución de los contratos opera como un límite importante en la práctica de los recursos contractuales. No hay mucho sentido en enfatizar la importancia del derecho contractual si al final es incapaz de proteger a aquellos que, apoyándose en las promesas en su conjunto, son pri-

44 *Ibid.*, §350.

45 156 *Eng. Rep.* 145 (1854).

46 *RS Contracts 2d*, §351.

vados de sus expectativas. Una de las mayores críticas al derecho contractual moderno es ciertamente su poca efectividad, a pesar de los diversos intentos durante siglos para definir un conjunto de recursos que reconocen y protegen las expectativas justas de las partes contratantes y que, aun así, sirven a las metas económicas del derecho. De hecho, esta privación de expectativas, derivada de lo estrecho de los límites en los daños contractuales, ha engendrado un número de respuestas, recursos alternativos, que hasta cierto punto compensan por lo menos la debilidad de la estructura básica. Consideremos algunas de estas alternativas.

a) *Cumplimiento específico*. Normalmente es imposible lograr el cumplimiento específico de las promesas. El incumplimiento ocurre porque el obligado no puede cumplir y no hay orden judicial que pueda cambiar la realidad. Además, aun si el cumplimiento fuera posible, puede ser económicamente ineficente, lo cual es una de las principales causas por las que se incumplió.

b) *Daños líquidos exigibles y cláusulas penales*. La segunda alternativa que se acepta en algunas partes del mundo es la que se utiliza para adjudicar daños líquidos y fijos que con frecuencia se calculan como un porcentaje de la compra; ella ha tenido una triste y larga historia en los tribunales de Estados Unidos, que se inclinan por etiquetarla peyorativamente como “penalidad”. Si la cantidad especificada contempla de manera razonable el monto de los daños que realmente se puedan sufrir por motivo del retraso, los tribunales conservarán tal estipulación; en cambio, si la cantidad especificada es injustamente desproporcionada, esta estipulación será considerada como una “pena” y no es ejecutable de acuerdo con la noción del interés público.⁴⁷ Si las penas son lo suficientemente altas, las partes se verán motivadas a cumplir, aunque al mismo tiempo el costo social puede ser muy alto. De tal manera, el valor moral del cumplimiento de las obligaciones puede traer como consecuencia la pérdida de la eficiencia económica. Además, la fijación de una pena desproporcionada respecto al incumplimiento puede convertir a una falta menor que carece de daño moral en una catástrofe motivada por la parte que incumple.

Desde la generación pasada, los tribunales y la legislación estadounidenses han apoyado fuertemente el pago de daños cuando la cantidad fijada es “razonable en razón del daño anticipado o actual causado por el incumplimiento, por las dificultades al probar las pérdidas y por la imposibilidad de obtener por otro medio un recurso adecuado”.⁴⁸ Las cláusulas de daños líquidi-

⁴⁷ *Ibid.*, §356.

⁴⁸ Véase UCC, § 2-718.

dos exigibles tienen más probabilidades de confirmarse en la práctica si la medida de los daños en ellas es proporcional al incumplimiento y si toman en cuenta la seriedad del mismo. Ejemplo de estas cláusulas son las que miden los daños por el retraso en el cumplimiento: una cláusula que disponga que por cada día de retraso en la entrega de la mercancía, el vendedor pagará al comprador 1 000 dólares por concepto de daños.

c) *Recurso restitutorio*. Una tercera alternativa, que el derecho angloamericano ha utilizado a lo largo de muchos siglos, consiste en permitir que un conjunto de recursos alternativos se desarrolle al lado de los daños contractuales y en utilizar esta alternativa para evitar los casos más graves de injusticia con motivo de las reglas sobre daños. El mejor ejemplo de esto es el conjunto de recursos restitutorios, muchas veces descritos por el término latino *quantum meruit*, que ha operado durante mucho tiempo asegurando la indemnización por las ganancias conferidas y evitando el enriquecimiento ilícito con anterioridad al concepto de contrato y de la acción *ex contractu*. El *quantum meruit* se inicia como una promesa expresa de pagar el valor razonable de lo recibido. Con el tiempo esta obligación expresa se vuelve tácita para llegar a ser ficticia. Las raíces de esta clase de contratos tácitos para la restitución de valores se remonta al derecho romano. Desde el principio, las acciones de restitución siempre han existido junto a otras demandas contractuales; comúnmente, son una alternativa a una demanda de daños solicitada por separado en el mismo proceso judicial. El actor puede obtener indemnización mediante cualquiera de las teorías, daños o *quantum meruit*, pero no ambos. En algún punto, el demandante debe elegir algún derecho de acción.

i) *La medida de los daños a recuperar es equivalente al valor del enriquecimiento obtenido*. La recuperación en los casos de restitución frecuentemente involucra la obligación de otorgar a la parte afectada el “valor del enriquecimiento obtenido” o el monto del “enriquecimiento ilícito”, pero la naturaleza de dicho valor puede no ser tan clara. El valor básico que por lo regular se concede al actor que no ha incumplido, es el valor en el mercado del enriquecimiento obtenido.⁴⁹

ii) *La acción de restitución para quienes hayan incumplido*. En ciertos estados *quantum meruit* se encuentra a disposición de aquellos actores que también han incumplido el contrato, pero que, con buena fe para tratar de cumplir, le han conferido una ganancia sustancial a la otra parte. En tales casos, el

49 *RS Contracts 2d*, §371.

valor concedido se tiende a determinar por el valor del cumplimiento en relación con el demandado y no con el precio del mercado.⁵⁰

iii) *La acción de restitución por una cantidad superior al precio del contrato.* La relación entre restitución y contrato aparece nuevamente cuando surge la posibilidad de una indemnización por restitución mayor que el valor del contrato. Con frecuencia, los tribunales permiten esta clase de reparación del daño a los actores que no han incumplido, y la niegan a los demandantes que incumplen.⁵¹

d) *Incumplimiento del contrato como acto ilícito.* Un ejemplo reciente de este esfuerzo para crear una alternativa a los daños contractuales inadecuados es la tendencia a identificar como acto ilícito el incumplimiento intencional y grave del contrato, permitiendo así que la parte perjudicada sea indemnizada con un monto mayor por pérdidas no económicas. Esta tendencia de caracterizar como acto ilícito el incumplimiento de un contrato lleva nuestra discusión de los recursos al siguiente tema, que describe el conflicto entre las nociones de derecho contractual y aquellas, más generales, de responsabilidad civil. Esta tendencia a tratar el incumplimiento contractual como un acto ilícito, permite al derecho reconocer que algunos incumplimientos tienen una fuerte característica de falta moral. Actualmente, pocos académicos cuestionarían la conveniencia básica del crecimiento, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, de las normas que han sometido a aquellos que venden artículos defectuosos que causan lesiones físicas a los consumidores, o a aquellos profesionistas, como los doctores, abogados o contadores que incurren en negligencia profesional, a pagar daños que se calculan mediante el estándar de la responsabilidad civil, y no del contractual. En ocasiones, se llega a este resultado creando un nuevo tipo de responsabilidad, algunas veces mediante el señalamiento de que este tipo de acto es un ilícito, otras al seguir identificando la conducta como incumplimiento del contrato, pero con un conjunto especial de recursos ligado a él. El resultado tiene el mismo impacto económico. Las víctimas reciben una cantidad más generosa como indemnización por el perjuicio, pero los costos sociales y la distorsión económica de esta responsabilidad son, en muchos casos, significativos. En este sentido, el derecho estadounidense ha sido causa de serios malentendidos e infelicidad en el trato comercial con nuestros socios de otros países.

50 *Ibid.*, §374.

51 *Ibid.*, §374, comments b y d.

V. EL CONFLICTO ENTRE EL CONTRATO Y OTRAS OBLIGACIONES JURÍDICAS; LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA

29. *Las limitaciones a la facultad de contratar.* El contrato no es un principio jurídico ni una fuente de obligaciones aisladas. En materia de creación de obligaciones, las alternativas son voluntarias o se derivan del mandato del soberano. Experiencias recientes alrededor del mundo han demostrado ampliamente las limitaciones humanas para planear acertadamente, así como las dificultades sistemáticas de la burocracia para mejorar las condiciones materiales de la sociedad. Ciertamente, esto ha sido un impulso fuerte para la reforma en México y ha motivado a los estadounidenses a votar por candidatos presidenciales conservadores en cinco de las siete elecciones nacionales pasadas. A pesar de esta preferencia por el contrato, no todas las obligaciones jurídicas provienen de los contratos, ni siquiera en los regímenes más liberales. Inevitablemente existen algunas obligaciones que la sociedad impone a la gente, así como algunas responsabilidades que los ciudadanos asumen, estén de acuerdo o no. Por lo menos otros tres tipos de obligaciones limitan la autarquía contractual:

a) *Responsabilidad por actos ilícitos.* En primer lugar, las obligaciones contractuales operan al lado de obligaciones jurídicas basadas en otras teorías de ilícito civil (*tort*) que producen definiciones sobre la extensión de la responsabilidad, diferentes entre sí y potencialmente conflictivas. Lo más importante es que otras fuentes de las obligaciones traen consigo otro grupo de acciones, incluyendo diferentes medidas para determinar los daños.

b) *Regulación gubernamental, contratos ilegales y contratos contra el orden público.* En segundo lugar, las obligaciones contractuales están limitadas por otras formas de regulación gubernamental, que a menudo establecen reglas jurídicas imperativas que invalidan y declaran ilegales las estipulaciones contractuales conflictivas. El Estado dicta ciertas reglas y normalmente no permite que la gente celebre contratos de manera que contravenga estas reglas o que mediante el contrato las desconozcan. Diferentes sociedades, en distintas épocas, han colocado este límite en diversos lugares.

Conforme al derecho contractual, las estipulaciones de las partes crean obligaciones jurídicas que el Estado obliga a cumplir. En este sentido, los contratos representan una manera de crear derecho. La autonomía de las partes que permite crear reglas para sus relaciones está limitada por la fuerza subsistente del Estado de ordenar reglas a través de la ley. En la misma medida en que la ley establece una regla contractual, se limita a las partes contratantes. Otra manera de describir dicha situación, es señalando que el contrato es ilegal y que da lugar a las exigencias de la ley. La frontera entre las obligacio-

nes derivadas del contrato y aquellas que provienen de otras obligaciones más genéricamente impuestas, es donde se ubican los problemas más inquietantes del derecho mercantil estadounidense hoy en día. El conflicto existente entre las obligaciones definidas contractualmente y las obligaciones definidas socialmente es perturbador, ya que lo que el contrato crea también lo puede modificar; en cambio, lo que la sociedad impone lo hace sin considerar la voluntad de las partes.

i) *La autonomía en los contratos mercantiles.* Determinar si una estipulación contractual es válida o inválida por la aplicación obligatoria del derecho es, a menudo, incierto. En el derecho mercantil la autonomía de las partes se concede ampliamente, tanto en el Uniform Commercial Code como en la UNCISG. A menos que el acuerdo de las partes se encuentre explícitamente excluido, las partes pueden variar el derecho mediante acuerdo, pero sólo dentro de los límites de legalidad determinados por el derecho legislado y las decisiones de orden público de los tribunales.

ii) *Menor autonomía en el área de protección al consumidor.* Las leyes que regulan los contratos de los consumidores y la competencia, no ven con simpatía a los contratos que modifican lo establecido en ellas. En comparación, el derecho de familia tradicionalmente fue imperativo por naturaleza, pero reformas recientes a la ley en casi todos los estados les conceden a los contratantes, por ejemplo, facultades más amplias para variar las consecuencias jurídicas y el régimen de propiedad conyugal.⁵²

iii) *Limitaciones derivadas de los intereses específicos de otras personas.* En tercer lugar, las obligaciones autónomas e individualistas que provienen del contrato pueden ser incompatibles con los intereses de una comunidad más amplia, que pudiera tener interés en el contrato. Muchas veces nos referimos a esto como interés de terceros beneficiarios (véase §53, *infra*) y la obligación de que no se debe interferir con el beneficio esperado del contrato (véase §56, *infra*).

30. *Responsabilidad por productos defectuosos.* Un ejemplo ilustrará el problema general. Las partes en los contratos de compraventa definen las especificaciones de los bienes, ellos compran y venden y mediante el contrato son libres de ampliar o limitar las características exigidas del producto. Si un comprador quiere tuercas y tornillos baratos para el uso diario, puede definir las especificaciones mínimas para que el vendedor pueda producir los bienes

52 Véase Tina Boudreaux, “*McAlpine vs. McAlpine: The Louisiana Supreme Court Reverses its Stance on Antenuptial Waivers of Permanent Alimony*”, *Tulane Law Review*, vol. 71, 1997, p. 1339.

a bajo precio. Dicho comprador puede aclarar que sería aceptable que cierto porcentaje de las tuercas y tornillos no cumplan con las especificaciones, e incluso puede estipular que el vendedor no será responsable si algunas de las tuercas fallan en condiciones normales de uso. Si otro comprador quiere tuercas y tornillos especiales para utilizarlos en un cohete que va a ser enviado a la luna, donde la calidad más que el precio es el elemento principal, el contrato puede especificar una calidad superior. Lo importante aquí es que las partes se encuentran en la mejor posición para definir lo que quieren, con el fin de establecer criterios de cumplimiento y para ampliar o limitar las obligaciones del vendedor de los bienes. En Estados Unidos y muchos otros países desarrollados, los estándares de la responsabilidad por productos defectuosos del fabricante rebasaron este marco desde el siglo pasado, y ahora reconocen la preocupación de la sociedad por dichos productos. Toda la sociedad está interesada en reducir el exceso de productos peligrosos; toda la sociedad debe pagar el costo de cuidar a los afectados y todos los miembros de la sociedad corren el riesgo de que los productos peligrosos de alguien más les pueda perjudicar.

En consecuencia, la responsabilidad por daños se impone, independientemente del contrato, a aquellos que ofrecen productos defectuosos y la sociedad no tolerará ningún intento de las partes de una compraventa para eludir, mediante algún acuerdo entre ellas, esa responsabilidad impuesta por la sociedad misma.⁵³

VI. ¿QUÉ ES EL CONTRATO? INTERPRETACIÓN Y CONDICIONALIDAD

31. *Ambigüedad inherente en el lenguaje del contrato.* Pocos acuerdos están completos y son inteligibles. Nadie puede incluir, ni siquiera en el convenio más simple, todas las suposiciones y expectativas sobre las cuales está basado. El contrato tendría que ser de cientos de hojas, ser negociado por meticulosos abogados por años y, al final, gran parte del esfuerzo se hubiera puesto en asuntos que es muy poco probable que sucedan, y que todos conocerían aunque no se hubieran incluido. Ésta sería una maravillosa manera de asegurar el empleo para los abogados, pero no serviría para los intereses económicos de la sociedad.

Por lo tanto, hasta el contrato más claro y rutinario debe completarse mediante un proceso de interpretación que le da significado a los símbolos

53 Véase *RS Torts 2d*, §402A, y David Leebron, “La responsabilidad por productos defectuosos”, cap. 15, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

incompletos utilizados por las partes para expresar su intención contractual. En cada caso, un intérprete debe asignarle un significado a la conducta convenida, sin embargo, existe un número de vías antagónicas y sobrepuestas para lograr esta tarea.

32. *Significado objetivo contra subjetivo.* El derecho de Estados Unidos ha debatido durante mucho tiempo sobre si el contrato debe interpretarse, a la luz de la intención subjetiva de las partes al contratar, o si debe interpretarse en términos objetivos, de acuerdo con lo que generalmente se entiende por las palabras y actos de las partes al celebrar un contrato. Hay sólidos argumentos que respaldan ambas posturas.

La decisión que deberá predominar depende de la selección entre dos puntos de vista admisibles y contrarios del contrato. Si el énfasis se pone en el contrato como una expresión de la autonomía de las partes, entonces el propósito de la interpretación es vindicar la intención de las partes que hicieron el contrato y darle a los términos el significado que tenían en mente. Si el énfasis se pone en el contrato como acto jurídico objetivo, que afecta tanto a las partes como a terceros, entonces las partes deben expresar su acuerdo de manera que pueda ser entendido por otros. Con frecuencia, los bancos hacen préstamos utilizando contratos como garantías mobiliarias, y otras personas dependen de los contratos y de la habilidad para leerlos de manera ordinaria y con sentido común.

De cualquier manera, si se pone demasiado énfasis en la intención subjetiva de las partes, el tribunal que debe determinarla queda obligado a una imposible tarea de leer la mente; como sostuvo un gran juez hace varios siglos: “Ni siquiera el diablo conoce los pensamientos del hombre.” Por lo regular, no hay manera de probar lo que las partes tenían en mente, salvo por actos externos expresados en palabras que tienen significado objetivo. Durante el siglo pasado, los tribunales insistieron en un enfoque objetivo de la interpretación.

La objetividad, al igual que la subjetividad, es un punto de vista. En la vida práctica de un tribunal, una perspectiva objetiva es la que refleja el punto de vista del juez. Por lo tanto, una teoría objetiva de la interpretación por lo general significa que el juez le asigna al contrato el significado que le parece más razonable. Una parte que insiste en una interpretación subjetiva que difiere sustancialmente del significado objetivo comúnmente aceptado, tiene una tarea muy pesada para persuadir que su significado debe ser adoptado.

Este proceso de interpretación se complica más por la posibilidad de un juicio por jurado en un caso contractual (véase §9(b), *supra*). La doctrina afirma que el significado de las comunicaciones orales entre las partes es una cuestión de hecho para ser determinada por un jurado, de una manera no

técnica, mientras que la interpretación de un contrato escrito es más una situación de derecho que le corresponde al juez. En la práctica esta distinción no es fácil de establecer, y en casos difíciles existe la tentación de que los jueces dejen el asunto a discreción del jurado. Los hechos extrínsecos pueden tener alguna relación sobre el significado del lenguaje adoptado, y si hay una disputa acerca de lo que fueron los hechos extrínsecos, puede ser función propia del jurado tomar una decisión al respecto.⁵⁴ Otros hechos interpretativos son los que incluyen los usos y costumbres de la industria que se vuelve una cuestión de hecho para el jurado, en caso de que sea un juicio con jurado.⁵⁵ Actualmente, muy pocos casos de derecho contractual se deciden por jurado, pero la posibilidad de un juicio de esta naturaleza continúa influyendo la interpretación.

33. *Acuerdos expresos e implícitos.* Más allá del problema de determinar cuáles son los términos del contrato, el intérprete debe considerar los términos implícitos de acuerdo con las circunstancias. Debido a que ningún contrato es perfecto ni completo, el intérprete (jurado o tribunal) debe completar el significado del contrato supliendo los términos implícitos con los expresos. Los implícitos pueden incluir las siguientes posibilidades:

a) *Promesas implícitas en el lenguaje mismo del contrato.* Las palabras utilizadas por las partes pueden tener un significado en el diccionario y, en algunos aspectos, un significado diferente de su uso común. No se trata de analizar palabra por palabra; el intérprete debe revisar la totalidad del documento y determinar lo que las partes quisieron decir, sin haberlo expresado cabalmente.

b) *Promesas implícitas en el contexto.* Este rubro expresa la preocupación por aquello que las partes no expresaron, pero que muy probablemente habrían dicho si lo hubieran tenido en mente.

c) *Promesas implícitas según el significado del negocio en cuestión.* Las decisiones judiciales pueden ser influenciadas por el significado que tales promesas deberían tener, según la consideración del tribunal, sin considerar lo que las partes quisieron expresar. Ahora hemos cruzado la línea que existe entre la interpretación para descubrir la intención de las partes y la interpretación para descubrir la intención del contrato.

d) *Promesas implícitas en las expectativas sociales y obligaciones generales de buena fe y justicia.* El trabajo de los tribunales es hacer cumplir los acuerdos que celebran las partes, no reescribirlos para producir lo que el tribunal pien-

54 *RS Contracts 2d*, §212.

55 *Ibid.*, §220.

sa que es un contrato mejor o más justo. Sin embargo, por lo general parece inapropiado asumir que las partes celebraron un contrato evidentemente injusto, o que intentaron exagerar los desequilibrios en la capacidad de negociación de las dos partes. Esta postura puede expresarse en términos de una suposición o implicación interpretativa que las partes intentaban negociar una con otra de manera justa y de buena fe. Entonces, el contrato se interpreta de acuerdo con este enfoque para evitar interpretaciones opresivas o inescrupulosas.

e) *Usos y costumbres mercantiles*. En el ámbito mercantil, es común que en muchas ocasiones las partes hayan negociado entre ellas, o por lo menos con otros en el gremio. Su contrato no es una operación aislada, sino parte de su trabajo diario. Además, las personas que utilizan un vocabulario especializado comprenden rápidamente los contratos mercantiles, y es común que ellas asuman que los términos no necesitan definirse con detalles técnicos, debido a que cuando uno está en el negocio sabe qué esperar en estas situaciones.

El Uniform Commercial Code percibe estas realidades cuando define al contrato de tal manera que éste incluya “la obligación jurídica completa que resulta del acuerdo de las partes, según esta ley, y por otras disposiciones jurídicas aplicables”.⁵⁶ El UCC define más adelante al contrato como el “compromiso de las partes de acuerdo a su lenguaje y otras circunstancias, incluyendo el curso de la negociación, los usos mercantiles y el cumplimiento...”.⁵⁷ El *Restatement* también reconoce el fuerte poder interpretativo de los usos.⁵⁸ En otras palabras, el contrato se encuentra en el contexto total de la negociación al observar el negocio en su conjunto. Estas definiciones y la jerarquía de las preferencias interpretativas contempladas en la §2-208 del UCC, especifican que el trabajo del intérprete es encontrar el significado a partir de una serie de fuentes, reconciliando, en la medida de lo posible, los términos expresos del contrato, el curso de las negociaciones entre las partes en co-acciones pasadas, los usos y costumbres mercantiles, el curso del cumplimiento de ese acuerdo en ocasiones anteriores y otras disposiciones aplicables contempladas en el mismo Código.

34. *La prueba extra documental de la intención* (parol evidence rule). La interacción de las reglas interpretativas subjetivas, además del deseo de fijar un significado objetivo para el contrato, se percibe de forma especialmente dramática cuando el contrato ha sido consignado por completo a un escrito,

56 UCC, §1-201(11); véase, además, Frederick Miller, *op. cit.*

57 UCC, §1-201(3).

58 *RS Contracts 2d*, §220.

o que se encuentra integrado en un escrito. Cuando las partes acuerdan celebrar un contrato escrito, probablemente convienen que el escrito va a incorporar la totalidad del contrato y reemplazar todos los acuerdos preliminares. Esta idea parte del sentido común: si el contrato integra la totalidad de la voluntad, entonces no está permitido contradecir sus términos con prueba extra documental.

Con el tiempo, esta idea se convirtió en una doctrina rígida conocida como la regla relativa a la prueba extra documental. Esta regla señala que “la integración de los acuerdos excluye la modificación de éstos, así como la de acuerdos orales o escritos realizados sobre la misma materia, ya sean estos anteriores o presentes”.⁵⁹

a) *Excepciones a la regla.* Como en la mayoría de los casos, una declaración rígida contiene la semillas de excepciones importantes que reducen sustancialmente el alcance de la misma.

i) *La regla se aplica solamente a un contrato integrado.* Siempre se permite a las partes mostrar que el contrato no está completo, que hubo un acuerdo paralelo, o que fue modificado por algún convenio posterior.

ii) *Interpretación en vista de las circunstancias colaterales.* Mientras que la evidencia externa no se permite para ciertos propósitos (la definición de la regla contempla en forma extrema que la nueva evidencia no podrá “agregar o modificar” los términos del contrato), la regla no elimina la necesidad de interpretar el contrato y dar un significado contextual a los términos aceptados. Cada una de estas limitaciones tiene la capacidad de desvirtuar la regla. Como resultado, la aplicación del ámbito de la regla varía desde lo más arbitrario a lo más flexible. El UCC reconoce esta situación en la §2-202 que prohíbe que la prueba extra documental contradiga un contrato ya integrado, pero la permite para explicar o completar el documento.

b) *La regla incrementa el papel del juez de primera instancia, en relación con el jurado, y el papel del Tribunal de Apelación en relación con el juez de primera instancia.* Quizás el impacto más significativo de la regla relativa a la prueba oral es el de situar a la autoridad interpretativa entre el juez y el jurado en los casos en los que se decide un juicio por jurado. La regla provee una base para que el juez no permita al jurado conocer las pruebas extra documentales del asunto. En la gran mayoría de los casos que se deciden ante un juez sin jurado y que posteriormente son apelados, la regla sirve para aumentar la autoridad del Tribunal de Apelación, a expensas del juez de primera instancia, ya que aumenta la probabilidad de que la interpretación del escrito sea conside-

⁵⁹ *Ibid.*, §§214 y 215.

rada como un asunto de derecho, que es competencia del Tribunal de Apelación, más que una cuestión de hecho, que es competencia del juez de primera instancia y del jurado.

35. *¿Cuándo se forma un contrato? La oferta y la aceptación.* Es importante saber cuándo se ha perfeccionado un contrato, es decir, cuándo una parte está obligada por éste, porque la pretensión (*claim*) de que no hay contrato es siempre una defensa perfecta en cualquier demanda relativa al mismo.

El derecho contractual en el *common law* contempló el perfeccionamiento del contrato en diversos términos estructurales, es decir, la estructura de una negociación típica. ¿Una de las partes ha hecho una propuesta específica a la otra, de tal manera que el oferente se encuentra jurídicamente obligado por esta propuesta?, es decir, ¿existe realmente una “oferta” eficaz? Mientras una oferta se mantenga vigente, la parte a quien está dirigida puede obligarse junto con el oferente dentro de los términos del acuerdo, dando simplemente al oferente lo que se pedía como precio de la oferta. Este intercambio de prestaciones es lo que hemos descrito como causa. Una vez que se ha dado la contraprestación pedida, ninguna de las partes puede retractarse o cambiar los términos del contrato sin el consentimiento de la otra. Este enfoque puede parecer árido y metafísico hasta que uno se percata que es un mero intento de describir en el lenguaje de los abogados la diferencia entre simplemente hablar y realmente negociar. Antes de que haya una oferta y una aceptación que establezca el precio por lo que se ofrece, ninguna de las partes está obligada. A partir de este enfoque, se invirtió mucho esfuerzo en tratar de definir lo que es una oferta y lo que es una aceptación. En la práctica, dichas definiciones tienen un uso limitado, ya que las cuestiones del perfeccionamiento están íntimamente relacionadas con cuestiones de interpretación, o sea, sobre el hecho de si las comunicaciones de las partes sugieren que pensaban limitar su libertad de acción. El perfeccionamiento no es tanto la cuestión de qué es una oferta y qué es una aceptación, como una manera de identificar el momento en que las negociaciones se vuelven jurídicamente obligatorias. En la vida real, el debate consiste en determinar cuándo es demasiado tarde para que una de las partes cambie de opinión, o si una de las partes puede retractarse del trato, o si las cosas ya han ido demasiado lejos. De igual manera, se trata de ver si las partes, aunque no hayan alcanzado el acuerdo final, pueden tener responsabilidades jurídicas bilaterales. Los problemas del perfeccionamiento contractual, en esencia, se refieren a la identificación de tres momentos distintos:

a) *La oferta.* Es el momento en el cual el oferente se ve obligado frente a la aceptación, cuando la parte aceptante puede obligar al oferente respecto a la oferta mediante la entrega de la contraprestación pedida.

b) *La aceptación*. Es el momento en que la oferta se vuelve obligatoria mediante la entrega de la contraprestación.

c) *Extinción de la oferta*. Es el momento en el cual el oferente se libera de su responsabilidad frente a la aceptación, es decir, cuando la oferta pierde la posibilidad de ser aceptada.

36. *Las ofertas en contraste con las invitaciones para contratar*. El derecho contractual estadounidense clásico contempla la distinción entre las *invitaciones para contratar*, representadas por los anuncios, y las *ofertas* de venta que tienen la capacidad de concluir en un contrato una vez aceptadas. Como vimos anteriormente, en la definición de promesa, la definición de oferta contiene un elemento social muy grande, incluyendo la reacción, socialmente justificada, que tenga una persona razonable ante el hecho de que la declaración se considere como una oferta. Ésta es la manifestación de la voluntad para contratar y constituye la justificación de que una persona entienda que su consentimiento fue requerido y por lo mismo perfeccionará el contrato.⁶⁰

37. *Contrato escrito o la transcripción del contrato verbal*. Una instancia importante que se presenta cuando lo que parece una oferta resulta ser una negociación preliminar, surge cuando las partes contemplan la celebración de un contrato escrito y pretenden que antes de la redacción final, todo lo anterior sea preliminar. Esta situación debe distinguirse de los casos en los que las partes contemplan un contrato verbal con una transcripción posterior, con el propósito de satisfacer los requisitos de la Statute of Frauds y otros propósitos. Este problema se incrementa de manera dramática en las operaciones mercantiles complejas, cuando las partes pueden negociar durante meses muchos aspectos del trato y alcanzar un cierto número de acuerdos parciales, así como contemplar que, al final, la totalidad de los acuerdos será incorporada en un contrato final escrito. Durante el curso de estas negociaciones, las partes pueden confiar plenamente en los acuerdos parciales pactados y tomar decisiones importantes, confiando en que se logrará un contrato final. En los países europeos de tradición romanista, estas situaciones se resuelven utilizando los conceptos de *culpa in contrahendo* y de buena fe al contratar. Sin embargo, el *common law* no incorpora estos conceptos; más bien se comprometió con la idea de que ninguna parte está obligada hasta que un contrato esté completo, mediante la entrega de la contraprestación. El derecho estadounidense no ha adoptado una doctrina para fijar la responsabilidad en estas situaciones, aunque en un número de sentencias recientes los tribunales han enfatizado que, para fijar la responsabilidad cuando se forma un acuerdo que

60 *Ibid.*, §24.

todavía no se ha perfeccionado, se recurre al *estoppel* promisorio. Por supuesto, la parte que busca evitar la responsabilidad siempre puede demostrar que no se contempló una operación obligatoria hasta que hubiera un contrato final, completo y por escrito.

38. *El concepto de la oferta continua.* Una oferta crea una responsabilidad para el oferente —y un derecho para el destinatario de la oferta—, que obliga a ambas partes a través de la aceptación. Esta obligación y este derecho continúan hasta que: 1) la oferta es aceptada, rechazada, revocada o retirada; 2) se extingue bajo sus propios términos o por la llegada del plazo.

39. *Las opciones contractuales.* Durante el transcurso de las negociaciones de un acuerdo, ambas partes pretenden tener la facultad de obligar al otro, sin tener que obligarse ellas mismas, hasta que hayan reflexionado sobre el asunto durante más tiempo o quizás hasta que hayan obtenido un mejor trato. En otras palabras, la posición más deseable es la de un beneficiario de una oferta cuando el derecho del oferente para revocar la oferta se ha restringido o eliminado, y el beneficiario tiene la opción de rechazar la oferta. El mejor medio para situarse en esta posición es ser el destinatario de una promesa de opción de la otra parte. El *Restatement* define a la opción de la siguiente manera: “un contrato de opción es una promesa que reúne los requisitos de un contrato y limita el poder del oferente para revocar la oferta”.⁶¹ Ya que una opción obligatoria es un contrato, debe estar apoyada por la *consideration* o por algún principio sustituto. Una oferta continua sin *consideration* se vuelve obligatoria únicamente cuando el destinatario de la oferta hace un pedido u ofrece la contraprestación. Las maneras más viables por las cuales una opción se vuelve obligatoria y limita, por lo tanto, el derecho del oferente para revocarla, son las siguientes:

a) *La opción comprada.* El destinatario puede pagar al oferente por la irrevocabilidad de la oferta.

b) *Ofertas contractuales en firme.* De acuerdo con la §2-205 del UCC y las leyes estatales, como las de Nueva York, una oferta escrita puede estipular que se mantendrá abierta y que se vuelve irrevocable por un periodo limitado sin *consideration*.

c) *Inicio del cumplimiento por el destinatario de la oferta.* De acuerdo con la §45 del *Restatement*, una opción se acepta cuando se inicia el cumplimiento de la prestación por parte del beneficiario y en esos casos se hace irrevocable mientras el beneficiario de la oferta continúe cumpliendo de acuerdo con los términos estipulados.

61 *Ibid.*, §25.

d) *Otra conducta de confiabilidad*. Algunos estados, por medio de decisiones judiciales y la aplicación del *Restatement*, §§45 y 90, han determinado que una opción se puede comprar sin que haya habido confiabilidad. En tales casos la oferta se hace irrevocable según la teoría del *estoppel* promisorio.

40. *La aceptación*. El punto crucial de la aceptación de una oferta es que el oferente es el dueño de la oferta. El oferente puede fijar el precio de la promesa (contraprestación) y establecer los requisitos sobre cómo debe entregarse. Aunque el oferente puede solicitar un modo particular de aceptación, es materia de la interpretación determinar si el oferente está exigiendo esa forma de aceptación o simplemente sugiriéndola.⁶²

41. *Ofertas cruzadas: aceptaciones modificadas, calificadas o equívocas*. Conforme al derecho contractual del *common law*, si la aceptación expresa no concuerda perfectamente con los términos de la oferta, o si añade o modifica dichos términos, no funciona para concluir la formación del contrato, pero se considera una contraoferta.⁶³ En la práctica comercial, esto da lugar a problemas comunes, cuando los términos de la oferta y la aceptación no concuerdan. El UCC⁶⁴ cambia este precepto proveyendo que el contrato es válido, aun cuando la oferta y la aceptación no concuerden. De acuerdo con el UCC, el contrato consiste en aquellos términos en los cuales las partes concuerdan, junto con otros términos suplementarios que se incorporan durante el transcurso del trato, el curso del cumplimiento o el uso del intercambio. Dichos términos adheridos se consideran como propuestas por adhesión al contrato, a menos de que otra parte dé aviso de que el término adherido es inaceptable o que dichas adhesiones alteran materialmente al contrato. La UNCISG tiene, en alguna medida, un acercamiento diferente conforme al art. 19 que es muy limitado en cuanto a la posibilidad de formación de un contrato con contradicciones de comunicación. Se conoce que las modificaciones del UCC están sujetas a cambios sustanciales en las revisiones que se llevan a cabo actualmente.

42. *La contratación a distancia; las reglas del buzón*. ¿Cuándo se vuelve efectiva una aceptación, en caso de que las partes estén negociando a distancia y los medios de comunicación no sean instantáneos? ¿Cuándo se envía la aceptación o cuando se recibe? El derecho señala una distinción entre las aceptaciones, las cuales son efectivas cuando las envían,⁶⁵ y las revocaciones,

⁶² *Ibid.*, §58.

⁶³ *Ibid.*, §§36 y 59.

⁶⁴ Véase UCC, §2-207.

⁶⁵ *RS Contracts 2d*, §63.

rechazos, contrapropuestas y opciones, que se consideran efectivas cuando se reciben.⁶⁶

VII. EL CONFLICTO ENTRE EL EFECTO DEL CONTRATO ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS

43. *Los intereses de terceras personas.* En ocasiones, un contrato es más que un asunto privado entre las partes que lo celebran. Una parte puede transferir sus intereses a una tercera persona mediante la cesión de derechos o asunción de deudas. Una situación similar se presenta cuando las partes, mediante su contrato, crean derechos y responsabilidades que tienen efectos sobre terceros, como puede ser el contrato de seguro de vida a favor del beneficiario. Otro caso en que el contrato afecta los intereses de terceros surge en aquellas situaciones en las que se exige a estos últimos que no interfieran con la relación contractual preexistente.⁶⁷

a) *Los terceros beneficiarios.* Cuando la ley reconoce el derecho de una tercera persona para exigir el cumplimiento de sus intereses en un contrato, se amplía la esfera del contrato para incluir a un tercero. Esto significa que las obligaciones de las partes que contrataron originalmente son concurrentes con los intereses de un tercero y que dichas obligaciones pueden exigirse, tanto por las partes, como por el tercero. De acuerdo con el *RS Contracts 2d*, §311, las partes que contrataron originalmente conservan el derecho de liberar o modificar sus obligaciones, a menos de que el contrato estipule lo contrario. De tal manera, ellos tienen el poder de excluir los intereses del beneficiario.

b) *La identificación de los beneficiarios con derechos.* La cuestión más importante y difícil relacionada con los terceros como beneficiarios, es la de identificar a aquellos beneficiarios que pueden tener algún derecho para exigir el cumplimiento del contrato. El enfoque más antiguo trazó una distinción entre “acreedor” y “beneficiario-donatario”, quienes tienen algunos derechos derivados del contrato, y los “beneficiarios incidentales” que no los tienen. El segundo *Restatement* modifica estas clasificaciones y distingue entre “beneficiarios intencionales”, que tienen derecho a exigir con base en el contrato, y los beneficiarios incidentales, que no pueden hacerlo. Algunos estados ya han adoptado el nuevo enfoque. Por ejemplo, el beneficiario de una póliza de seguro de vida es un beneficiario intencional; los residentes de un

⁶⁶ *Ibid.*, §68.

⁶⁷ Véase Dobbs, *op. cit.*, §63.

pueblo que se beneficiará con un contrato para construir una fábrica son beneficiarios incidentales.⁶⁸

44. *Cesión de los derechos contractuales.* El análisis jurídico de la cesión puede compararse con el de los terceros beneficiarios. Si la creación de un interés de un tercero beneficiario significa la ampliación de la esfera del contrato, una cesión implica una transferencia sucesiva de los derechos contractuales de una parte a otra.⁶⁹ Durante varios siglos, el *common law* tuvo dificultades con la cesión del contrato, pero ahora simplemente puede decirse que, a no ser que un contrato prohíba la cesión o que ésta afecte sustancialmente los intereses del obligado original, las cesiones, en general, son permitidas.⁷⁰ La mayoría de los problemas relacionados con la cesión de contratos desaparece, si uno tiene en mente una cuestión muy simple. En un contrato típico cada una de las partes tiene dos papeles distintos: existen ciertos derechos para recibir el cumplimiento y hay ciertas obligaciones recíprocas de cumplimiento. El término “cesión” se utiliza frecuentemente para describir la transferencia de los derechos y de las obligaciones descritas, aunque técnicamente se limita a la cesión de derechos.

45. *Delegación de obligaciones.* Cuando las obligaciones se transfieren, se debe utilizar preferentemente el término “delegación”. Esta denominación es importante porque la posición jurídica de aquellos que ceden es muy diferente a la de aquellos que delegan. Como se mencionó anteriormente, una cesión es una transferencia sucesiva que al completarse elimina los intereses de la parte que cedió sus derechos y confiere estos derechos al cesionario. Nosotros podemos disponer de nuestros derechos de esta manera, pero la vida no es tan generosa como para permitir deshacernos de nuestras obligaciones tan fácilmente. Cuando una parte delega sus obligaciones crea, en efecto, una obligación adicional, situación en la cual la persona a quien se le debe la obligación (el acreedor) puede exigir el cumplimiento, ya sea del obligado original o del delegado. Sólo se libera al obligado original si el acreedor lo libera y acepta la obligación del delegado.⁷¹

46. *Interferencia ilícita con el contrato e interferencia con las ventajas del contrato.* Este tema considera aquellas circunstancias en las que la existencia de un contrato genera una obligación a un tercero para que respete la exis-

68 *RS Contracts 2d*, §302.

69 Véase el capítulo de Boris Kozolchuk, “Títulos de crédito, y depósitos y cobranzas bancarios (UCC, arts. 3 y 4)”, que será publicado en el tercer volumen de esta obra.

70 *RS Contracts 2d*, §317.

71 *Ibid.*, §318.

tencia de este contrato. El contrato puede verse como una propiedad y la interferencia con el mismo como un despojo de la propiedad del vecino. Este tema se ubica moleestamente entre el contrato y la responsabilidad civil. Se vuelve todavía más confuso porque la responsabilidad civil, a veces, es etiquetada como “interferencia con las ventajas anticipadas”, y en muchos estados no requiere la prueba de un contrato exigible. Difícilmente, este tipo de acción va de acuerdo con los modelos de libre empresa y libre competencia, y no queda claro si se estimula la conducta normal competitiva o las excepciones frente a una demanda de interferencia. A pesar de estas incertidumbres, merece por lo menos ser mencionado porque es muy importante en estados como California y Texas, ya que junto con las demandas derivadas de los contratos en estos estados, es posible encontrarlas por causa de interferencia.⁷²

VIII. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO

47. *Controversias derivadas del cumplimiento.* La mayoría de las controversias se relaciona con el impacto de hechos supervinientes sobre las obligaciones de las partes durante el cumplimiento del contrato. Estas controversias requieren el esclarecimiento del impacto del cumplimiento de una de las partes, —en especial sobre las obligaciones de tracto sucesivo—, y la determinación de aquellos hechos que dan lugar a demandas por daños o excusan el cumplimiento. La variedad de los hechos que pueden afectar las obligaciones de las partes es prácticamente infinita. Los bienes pueden haberse entregado fuera de tiempo, pueden ser de menor calidad o pueden llegar solamente a la mitad de lo prometido. Puede ser que los trabajadores no se hayan presentado a cumplir con sus deberes en caso de enfermedad o accidente. El patrón puede no haber trabajado porque un cliente importante se declaró en quiebra o porque una tormenta inundó la fábrica. En cada una de éstas y muchas otras situaciones, se puede recurrir a un abogado para que aconseje al cliente sobre qué paso debe seguir y qué importancia jurídica se le debe dar a las obligaciones del contrato, a la luz de los hechos. La tarea es asignar significados jurídicos y de hecho a los términos que las partes adoptaron explícitamente en el contrato o que han adquirido tácitamente por medio de su relación. Generalmente, la decisión de que ha habido cumplimiento o incumplimiento del contrato involucra que el tribunal impone términos o condiciones con base en razones sociales, sin considerar la intención de las partes.

72 Véase Dobbs, *op. cit.*, §§63 y 64.

48. *Los elementos del cumplimiento; ¿condición o promesa?* Afortunadamente, un abogado que considera la importancia jurídica de un acontecimiento subsecuente a la relación contractual, opera con un sistema de clasificación muy sencillo. La distinción básica es aquella entre un hecho que *se promete* y un hecho que *condiciona* la promesa. Si un hecho que es una promesa no ocurre, constituye un *incumplimiento* y la consecuencia universal es otorgar derechos de acción por el incumplimiento, particularmente los *daños*. Si un hecho que es una condición no se realiza, es entonces una *falla de la condición* y la consecuencia es que *la obligación de contraprestación de la otra parte se suspende* y, finalmente, podría rescindirse si continúa durante tiempo suficiente como para convertirse en algo significativo. La clasificación de los elementos del cumplimiento es un poco más complicada porque ellos pueden ser *una promesa, una condición, las dos o ninguna*. Si la entrega de los bienes se retrasó y el comprador sufre pérdidas, esto es un incumplimiento de la promesa de entregar en determinada fecha, y la parte afectada tendrá derecho a reclamar los daños sufridos. Mientras los bienes no se entreguen, la obligación del comprador de pagarlos podría suspenderse, esto es, el hecho de no entregar a tiempo también puede operar como condición, liberando al comprador de la obligación de pagar. Si la omisión de entregar persiste, en cierto momento se justificará la terminación del contrato y se extinguirá la obligación del comprador a pagar. Si las mercancías llegan con una demora de quince minutos, es probable que el comprador no sufra pérdidas y esa falta no sea considerada como incumplimiento. De igual manera, si la entrega sólo demora quince minutos, no es probable que se justifique la negación del pago. La falta es real, pero no opera como incumplimiento ni como condición. Cabe destacar que estos conceptos se definen *por sus consecuencias*. Determinar si un elemento del cumplimiento es una promesa, una condición, ambas o ninguna, parece ser una cuestión de categorías lógicas. Esta apariencia es equívoca; sólo es posible determinar que la falla sea una condición, si se consideran las consecuencias de la negociación. Éste es otro ejemplo problemático de la tendencia del derecho contractual de definir los conceptos de manera circular.⁷³

a) *Condiciones implícitas*. La mayoría de las condiciones se considera implícita por un proceso de interpretación que se basa en el sentido común. Si se supone que *A* debe realizar un trabajo y no se señala en qué momento deberá ser pagado, el tribunal que interpretará el contrato proporcionará una

⁷³ Véase Boris Kozolchyck, “El derecho de Estados Unidos desde una perspectiva comparada”, cap. 9, §27, n. 33, en el presente volumen.

condición en donde se establezca que la promesa de *B* de pagar, está condicionada a que el trabajo esté terminado.

b) *Condiciones expresas*. La idea de definir las condiciones por las consecuencias es más difícil, cuando la base para clasificar un acontecimiento como una condición es el hecho de que las partes lo hayan definido como tal expresamente en su contrato, especificando así que el acontecimiento deberá operar como una condición. El derecho contractual se basa en la autonomía de las partes y no hay una razón conceptual general para que una condición expresa no sea efectiva. Aun así, cuando se encuentran condiciones expresas abusivas y sin sentido, podemos predecir con confianza que el tribunal suavizará su impacto mediante el uso de: 1) la interpretación, que concluye que el término no deberá tener el efecto de condición; 2) la determinación de que, a pesar del lenguaje en el contrato original, *el término ha sido modificado durante el transcurso del cumplimiento*; 3) una determinación de que, a pesar que alguna vez hubo condición, su *aplicación precluyó* porque una de las partes no ejerció su derecho a tiempo; 4) la determinación de que una expresión reclamada como condición puede causar una pérdida (*forfeiture*) o es *inescrupulosa* y, por lo tanto, debe ejecutarse; 5) la decisión de que la condición puede operar, pero a la parte perjudicada deberá *concedérsele una acción restitutoria* para evitar el enriquecimiento ilegítimo; 6) la decisión de que el contrato no es un acuerdo completo y único, sino que es *divisible* en plazos y que la condición opera sólo en uno de los plazos, dejando vigente el resto del contrato; 7) la decisión de que considerar la expresión como una condición reduciría las obligaciones del contrato y las haría *ilusorias*.

49. *Hechos supervinientes: imposibilidad, impracticabilidad, impedimento y error*. Con frecuencia, alguna de las partes no podrá cumplir debido a circunstancias que no fueron previstas cuando se perfeccionó el contrato. Quizás los conceptos menos satisfactorios del derecho contractual se presentan en aquellos casos en los que el cumplimiento del contrato es obstaculizado por un evento superviniente que impide el cumplimiento o lo vuelve imposible, impracticable o de algún modo frustra sustancialmente el cumplimiento. También incluye algunos casos en los que el proceso de la elaboración de los contratos estuvo viciado por un error, lo cual debilita las suposiciones en las que se basó el acuerdo (véase §19(d), *supra*).

En su inicio, el *common law* fue riguroso al contemplar estas circunstancias. Insistía en que el cumplimiento se volvía muy difícil o casi imposible, pero para la parte que incumplió no era imposible pagar los daños. Se suponía que el obligado había asumido el riesgo de no poder cumplir, pero aun así tenía que pagar. La celebración de contratos se entendía como la asunción de

los riesgos; la posibilidad de que el cumplimiento se volviera muy costoso era parte del negocio original y el riesgo se reflejaba en el precio. Este punto de vista draconiano ha llevado a las generaciones de abogados a incluir en el contrato cláusulas de caso fortuito o fuerza mayor, justificando el incumplimiento en diversas causas supervinientes. Con el tiempo, la expectativa de que el incumplimiento fuera justificado en ciertas circunstancias llevó a los jueces a considerar implícitamente la existencia de tales cláusulas, como parte de su interpretación, en los casos en que las partes las hubieran omitido. Durante la generación pasada este enfoque del *common law*, que favorecía las excusas basadas en los hechos supervinientes, fue incorporado al UCC y al *Restatement*, así como a las decisiones de los tribunales en la mayoría de los estados.⁷⁴

50. *Otras excusas para el incumplimiento.* Ciertos puntos básicos quedan pendientes. Aún existe una preocupante vaguedad acerca del efecto liberatorio de ciertos hechos supervinientes. Todo el mundo está de acuerdo en que la muerte del empleado en un contrato de prestación de servicios profesionales, la destrucción de bienes específicos en una venta, o la promulgación de disposiciones gubernamentales prohibiendo el contrato, son excusas válidas. En estricto sentido, estos tres tipos de situaciones son el núcleo del concepto de la imposibilidad de cumplimiento.⁷⁵ Es mucho menos claro el hecho de si el cambio de precios, cambios en los planes y políticas del gobierno que no prohíban el contrato, dificultades laborales o de transporte, o fallas en los proveedores pueden constituir una excusa válida. En el mundo moderno, la hiperinflación es una amenaza siempre presente para todos los contratos. Las tasas de inflación superiores a 100 por ciento por año son frecuentes en muchas partes del mundo. La inflación a un índice mucho menor hace que el cumplimiento de un contrato a precio fijo sea catastrófico para un lado, y para el otro una gran ventaja.⁷⁶ La doctrina está de acuerdo en asumir que las partes negocian teniendo en cuenta la posibilidad de que se presente alguna inflación, lo cual es un aspecto previsible en la vida moderna y, por lo tanto, no es una excusa para el incumplimiento del contrato. ¿Pero cómo puede el derecho distinguir entre lo ordinario y lo extraordinario? Se puede afirmar que ningún sistema jurídico en el mundo ha ofrecido una respuesta completamente satisfactoria a esta pregunta.

74 *RS Contracts 2d*, §261-267; UCC §615.

75 *RS Contracts 2d*, §262-263.

76 Véase Lawrence Newman y David Zaslowky, "La resolución de controversias comerciales internacionales", cap. 16, §§114-116, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

51. *¿Cuáles son las consecuencias de las excusas?* Quizás la consecuencia más clara de los hechos supervinientes es que sirven como una excusa; así, la obligación de cumplir que tienen las partes se suspende y con el tiempo se extingue, sin que exista responsabilidad por los daños debido a que el hecho vuelve difícil el cumplimiento. Pero este enfoque probablemente no deja a las partes en una posición igualmente cómoda. Cuando un hecho de efecto liberatorio ocurre durante el cumplimiento, puede suceder que no sea posible suspender todo el contrato. Al dispensar el incumplimiento de alguna de las partes, puede ser que la ley sólo esté trasladando las pérdidas hacia la otra parte igualmente inocente. Sería necesario para un tribunal desempeñar un papel activo poco usual, desenredando el negocio y ajustando las pérdidas por la falta de cumplimiento. Esta necesidad ha sido reconocida por jueces creativos y, de manera limitada, se ha incorporado al Uniform Commercial Code⁷⁷ y a una ley inglesa.⁷⁸ Desafortunadamente, ha sido difícil aplicar esto en la práctica. Al juez se le deja la tarea de encontrar una solución justa, y ni el contrato ni la ley pueden darle suficiente orientación sobre cómo distribuir las cargas entre las dos partes inocentes.

52. *Incumplimiento sustancial. ¿Cuándo un incumplimiento es sustancial?* La distinción entre un simple incumplimiento del contrato y la no realización de una condición contractual se describe frecuentemente en términos de si el incumplimiento es sustancial. Un incumplimiento sustancial es un incumplimiento que es una condición suspendida y que, a la larga, extingue las obligaciones de la contraprestación en el contrato. Un incumplimiento insustancial es simplemente un incumplimiento que da lugar a daños, pero no es una condición que extingue el contrato. Los factores para determinar si el incumplimiento puede extinguir el contrato, es decir, si se considera un incumplimiento sustancial y, por lo tanto, es una condición contractual, se encuentran en el *RS Contracts 2d*, §§241 y 242. El *Restatement* no considera la distinción entre el incumplimiento sustancial e insustancial como un asunto de categorías lógicas determinantes, pero enumera varias circunstancias que considera significativas, como las siguientes:

a) *Privación de beneficios.* Es el grado hasta el cual la parte perjudicada se verá privada de los beneficios que razonablemente esperaba.

b) *Determinación adecuada de daños.* El grado hasta el que la parte perjudicada puede ser adecuadamente indemnizada (por daños) en relación con el beneficio no obtenido.

⁷⁷ §§2-615 y 616.

⁷⁸ The Frustrated Contracts Act de 1943.

c) *Alcance de la pérdida*. El grado de las pérdidas de la parte que no cumplió o no ofreció cumplir.

d) *Posibilidad de subsanar*. Se refiere a que la parte que no cumplió —o no ofreció cumplir— subsane su falta, tomando en cuenta todas las circunstancias, incluyendo garantías razonables.

e) *Calidad de la buena fe y el trato justo*. El grado en el que la conducta de la parte que no cumplió o no ofreció cumplir se encuentra dentro de los parámetros de la buena fe y el trato justo.

53. *Distinción entre la condición y el incumplimiento sustancial*. El *Restatement*⁷⁹ distingue entre las condiciones que suspenden el cumplimiento de la obligación y aquello que constituye una violación sustancial y que, por lo tanto, da por terminado el contrato. La diferencia crucial entre una condición que suspende el contrato y una que lo extingue es el “grado de retraso que la parte afectada considera razonablemente suficiente como para dificultar o evitar que ella pueda realizar arreglos alternativos razonables”.

54. *Repudio*. En innumerables tratos que se frustran, se notifica claramente a la parte inocente que no obtendrá el cumplimiento futuro como se había estipulado. Cuando este aviso llamado comúnmente repudio se recibe en la fecha en que se debe cumplir la obligación, existe una fuerte razón para concluir que el incumplimiento es sustancial. Cuando el vendedor no sólo no entrega las mercancías, sino también anuncia que no cumplirá, es muy probable que el incumplimiento se determine como un hecho sustancial y susceptible de extinguir el contrato.⁸⁰

a) *Repudio anticipado*. Cuando el repudio se recibe antes de la fecha de cumplimiento, se llama incumplimiento por repudio anticipado y su impacto es más difícil de evaluar. Existe la cuestión abstracta y conceptual respecto de cómo una declaración de no cumplir en el futuro puede ser un incumplimiento presente cuando todavía no se debe el cumplimiento. El repudio anticipado del contrato origina varias cuestiones. Ninguna de ellas es en sí misma compleja, pero juntas provocan confusión.

b) *Efecto del repudio en la relación subsistente*. Cuando se expresa la intención de no cumplir en el futuro, o se da un acto positivo voluntario que deja al obligado aparentemente imposibilitado para el cumplimiento, entonces se libera a la otra parte y esto da lugar a una demanda por incumplimiento total cuando se afecta la relación creada por el contrato. Esto significa, casi siempre, que el repudio tiene este efecto inmediato de terminación, excepto en los

79 *RS Contracts 2d*, §242.

80 *Ibid.*, §§250-257.

casos especiales de promesas para pagar dinero a plazos en el futuro (la denominada excepción unilateral), en los que sólo se podrán recuperar los pagos vencidos.⁸¹

c) *Repudio equívoco y el papel de las garantías.* ¿Cuándo se considera un incumplimiento contractual presente como una declaración de la intención de no cumplir en el futuro? Esto es, ¿cuándo puede la parte afectada considerar a un incumplimiento presente como un evento extintivo del contrato? Ésta es simplemente la distinción entre el incumplimiento sustancial e insustancial. Cuando un incumplimiento presente sustancial o insustancial está acompañado por una conducta de repudio, es probable que sea considerado como un hecho extintivo del contrato. Cuando no hay más que el repudio, pero existe una razón fundada para creer que la otra parte caerá en un incumplimiento sustancial, es apropiado pedir una garantía adecuada del cumplimiento; si esta garantía no se recibe en un tiempo razonable, se puede suspender el cumplimiento respecto al contrato y considerar a la conducta como repudio.⁸²

d) *¿Qué puede hacer la parte afectada cuando se entera de un repudio?* Cuando la parte afectada conoce de un repudio puede elegir entre esperar un tiempo razonable, con la esperanza de que la persona que repudia cambie de opinión y cumpla con el contrato, o proceder inmediatamente para demandar por incumplimiento y así liberarse de obligaciones posteriores respecto del contrato.⁸³ La parte repudiante puede retirar su repudio antes de que la parte afectada declare que éste constituye la terminación del contrato, o que cambie sustancialmente su postura.⁸⁴ Debe recordarse, sin embargo, que esta elección de la parte afectada frecuentemente puede ser ilusoria, en virtud de su deber de evitar y mitigar las posibles consecuencias (véase §26, *supra*).

55. *Deber de aceptar el repudio.* ¿Cuándo debe la parte perjudicada considerar un hecho como extintivo? Respuesta: cuando el deber de mitigar y evitar consecuencias entra en juego. Un repudio con la intención de no cumplir no es necesariamente definitivo. La parte que repudia puede retirar el repudio y exigir la continuación del contrato, hasta que la parte perjudicada cambie su postura. Además, si la parte que repudia se retracta y ofrece el cumplimiento conforme al precio pactado, esto sirve como límite para determinar los daños. Independientemente de que se llame desistimiento del repudio,

81 *Ibid.*, §§243-250, y UCC, §2-610.

82 UCC, §2-609; *RS Contracts 2d*, §251.

83 *RS Contracts 2d*, §253 y UCC, §2-610.

84 *RS Contracts 2d*, §256, UCC, §2-611.

subsanación o mitigación de daños, el efecto será el mismo. Cuando un contrato se incumple por repudio antes de la fecha del cumplimiento, los daños se reducirán en función de los hechos supervinientes que excusarían el cumplimiento si sucedieron antes del incumplimiento. Cuando el incumplimiento es anticipado, es decir, se cometió antes de que el cumplimiento fuera exigible, los daños serán inevitables, pero se ajusta por los hechos que se den a conocer durante el proceso judicial. El problema es que esta regla a veces se aplica en casos en que existe un incumplimiento presente, al mismo tiempo que el repudio. En este caso, el enfoque correcto sería considerar al incumplimiento como una extinción que determina los daños desde el momento que se presenta. Los hechos supervinientes no deberán afectar el cálculo de los daños. Todos parecen estar de acuerdo con el principio, pero parece ser que los casos no siempre aplican la regla que señalan.⁸⁵

IX. LIMITACIONES DE LAS INSTITUCIONES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

El tema final que concluye este trabajo proviene menos de la lógica inherente a los principios propios del derecho contractual, que de la ineficacia general de las instituciones de ejecución legal, particularmente los tribunales. En Estados Unidos existen muy pocos contratos entre personas físicas o morales que logran obtener una indemnización por daños que justifique el tiempo y costo necesarios del proceso judicial. Se dice que el arbitraje ofrece una alternativa más efectiva que los tribunales, y que casi 70 por ciento de las controversias contractuales se somete a él para evitar la tardanza y el costo de seguir un juicio ante los tribunales. Mi relación con el arbitraje contractual, que ha durado ya muchos años, me ha permitido observar cómo ha crecido y cambiado esta institución en California. En lo personal, no considero que la mayoría de los arbitrajes haya sido, en años recientes, mucho más eficiente que los procesos judiciales.

Últimamente tanto la mediación, la conciliación y otras formas alternativas para la resolución de controversias, han sido aceptadas por varios académicos como los medios más eficientes y adecuados para resolver controversias, especialmente en el ámbito comercial e industrial.⁸⁶

85 *RS Contracts 2d*, §254.

86 Véase Roger Fisher y Danny Ertel, "El arbitraje y otros mecanismos alternativos para la resolución de controversias", cap. 17, que será publicado en el segundo volumen de esta obra.

Mi frustración me lleva a cuestionar la utilidad de la ejecución forzosa de los contratos. Hay una razón para creer que los derechos de acción legales rara vez son las sanciones que realmente llevan a las personas a mantener sus acuerdos. Es la reputación y el temor a las sanciones de la comunidad para quienes no cumplen con sus obligaciones, lo que hace que la gente cumpla con sus contratos. La cuestión es determinar si dichas sanciones, que están limitadas a una pequeña y personal comunidad comercial de operadores, pueden funcionar eficazmente en los mercados nacionales como el de Estados Unidos, el que se está formando en México, y aquellos mercados internacionales con los que estamos asociados. En tales mercados, las personas hacen negocios con extraños. De acuerdo con esta nueva situación, las acciones judiciales para el incumplimiento de los contratos pueden ser mucho más importantes. Juntos debemos aprender a hacerlos una realidad.