

FORMACION DEL CONTRATO MERCANTIL Y EL PROBLEMA DEL RIESGO. UN ENSAYO SOBRE EL PROCESO JURIDICO ESTADOUNIDENSE

Dale Beck Furnish

En este pequeño ensayo quiero tratar la cuestión del riesgo en el contrato. Lo escribí inspirado por mi visita al Perú en septiembre de 1985, cuando tuve la oportunidad de participar en una mesa redonda sobre el tema, que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Resultó uno de los actos académicos más agradables de mi vida, pues fui el único que aporté conocimientos sobre el sistema norteamericano mientras habían seis magníficos juristas peruanos, todos con una compenetración profunda en el proceso de redacción del Código Civil peruano de 1984. Trajeron a debate aspectos centrales de sus discusiones sobre el Derecho de Contratos, cuando redactaron las normas de los Libros segundo, sexto y séptimo del nuevo Código, y desarrollaron un vibrante intercambio de conceptos y análisis.

Aprendí mucho ese día en la ciudad universitaria. Espero, con este modesto ensayo, corresponder y agradecer la gentileza peruana de admitirme temporalmente en los consejos catedráticos del Fundo Pando, ya que guardo gratos recuerdos del lugar y de su gente. Mi visita a la Facultad de Derecho me hizo recordar mis años formativos en un país predilecto.

Desde cuando empecé a estudiar leyes, se despertó en mi un gran interés por el Derecho latinoamericano. Esa inquietud se consolidó mientras residí en el Perú durante los años 1966 a 1968, eventualmente asistiendo a clases en La Católica y en San Marcos. Después de estar en Chile en 1969 y 1970, comencé mi cátedra y, desde luego, solicité que me fueran asignados cursos de Derecho Comercial, porque en mi país es el único campo substantivo con un código. No me han decepcionado los años de investigación y pedagogía sobre el Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code*, o UCC).

El UCC tiene libros sobre Compra-Venta, Títulos Valores,

Operaciones Bancarias, Créditos Documentarios, Venta de Negocios, Documentos de Título, Acciones en Bolsa, y Garantías Mobiliarias, pero no toca ni Sociedades, ni Seguros, ni la Quiebra. El campo de Derecho Comercial definido por el Código Uniforme describe en microcosmos la vida y el desarrollo del sistema jurídico en los Estados Unidos. Aquí enfocaremos el Libro Segundo, tocante a la compra-venta de bienes mobiliarios, y la evolución de su doctrina sobre la formación del contrato, para aplicarla específicamente al problema del riesgo.

La teoría de formación del contrato, una obligación mutua pactada entre personas particulares, puede descubrir mucho sobre la función y las bases de cualquier sistema jurídico. En el sistema estadounidense, la teoría de formación del contrato se destaca porque avanzó mucho en el último siglo. La teoría existente en 1986 se opone diametralmente a la teoría en vigencia en 1886. Durante ese período de cien años hubo una gran lucha dialéctica, sobre la naturaleza del Derecho y su método. En el campo del Contrato, se pasó de un sistema de reglas jurisprudenciales de gran rigidez y formalidad, a las normas concretas del UCC, conocidas por flexibles y realistas.

Actualmente, en cuestiones de formación del contrato de compra-venta sobre bienes muebles, rigen el UCC y las normas del Libro Segundo. Inclusive, las teorías del UCC aportan tanto a la teoría de formación de contratos de empleo y de servicios, de ventas de bienes raíces, y de construcciones, como a otros contratos fuera del alcance del Libro Segundo del UCC, que hoy en día se convirtió en la fuente principal sobre formación de contratos en general. No obstante, el UCC no estableció fácilmente su predominio en el sistema norteamericano. En cuanto a contratos no controlados expresamente por sus disposiciones, el UCC todavía tiene que compartir su autoridad con otras fuentes como la jurisprudencia, la recopilación de reglas jurisprudenciales en los *Restatement* (1), y leyes especiales.

(1) Véase la parte E. de este ensayo para una descripción más detallada sobre los *Restatement*, donde reseñó su origen y su trayectoria en el Derecho estadounidense. Básicamente, los *Restatement* representan una recopilación de normas y principios extraídos de la jurisprudencia de to-

Es menester fundamentar mi discusión sobre el problema particular del riesgo, con ciertos antecedentes de teoría general. Espero que el lector soporte esas breves referencias sobre el desarrollo de la teoría comprensiva de la formación, porque son imprescindibles para acreditar luego mis comentarios en cuanto al tema del riesgo, que constituirán la última parte del ensayo.

A. *El criterio mercantil del Contrato Estadounidense: El Incumplimiento se compensa con daños y perjuicios*

En general, el Derecho de los Estados Unidos reconoce la autonomía de las partes. Nadie, jamás, ha discutido ese punto. Es regla general, en todos los sistemas jurídicos, que la obligación que implica el contrato, se crea mediante ciertas formalidades que manifiestan necesariamente una intención mutua de comprometerse al objeto del acto jurídico. De ahí que las partes contratantes puedan comprometerse a casi cualquier término que les parezca oportuno, siempre que este sea lícito.

dos los estados. No hay una fuente oficial vigente de reglas “estadounidenses”, porque la Constitución de los Estados Unidos acepta y garantiza las discrepancias que suelen existir entre la doctrina de un estado y otro en cuestiones fuera del alcance de los prerogativas federales. Sin embargo, los *Restatement* pretenden resolver los conflictos en favor de las reglas correctas. Son el labor del Instituto Jurídico Americano *American Law Institute*, o ALI), compuesto de juristas elegidos por sus méritos reconocidos, una élite nacional de abogados en ejercicio, jueces, y catedráticos. Un comité selecto redacta la recopilación de normas en un campo definido, como el de Contratos, a menudo dedicando varios años a la tarea, y en seguida la somete a la revisión y discusión de la asamblea general del Instituto ALI para llegar a un consenso nacional sobre las normas de un Derecho estadounidense de Contratos.

La vigencia de las disposiciones del *Restatement* en el cuerpo del Derecho de cada estado es muy problemática en el sistema estadounidense. Sin lugar a duda, tienen una gran influencia y muchos estados las respetan como una fuente secundaria de normas, a que recurre el tribunal cuando no halla ni en sus leyes ni en su jurisprudencia una regla aplicable a una controversia por resolver.

El impacto del *Restatement* será siempre difícil de especificar en términos oficiales. El desaparecido Charles Clark, jurista eminente que participó en la redacción del primer *Restatement* de Contratos como catedrático en Yale y después como juez en la Corte Federal de Apelacio-

La autonomía de las partes, existente también en el sistema romano-europeo, cobra extraordinaria importancia en los Estados Unidos en el caso de frustrar la obligación contractual. Quizás, el elemento más importante de la teoría del acto jurídico en el sistema estadounidense, en comparación con la teoría desarrollada en los sistemas de Europa y América Latina, es el de las sanciones civiles disponibles en caso de incumplimiento.

En los Estados Unidos, el Derecho compensa al demandante que se halla perjudicado con daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato, con una indemnización monetaria. La posibilidad de demandar por sentencia judicial el cumplimiento de un contrato (un *specific performance*) es remota, aunque existe en el caso de la compra-venta cuando el vendedor ha negado la entrega de un bien único (como un terreno o una obra de arte) al comprador. Aparte de esta situación excepcional, el demandante por incumplimiento de un contrato siempre recibirá derecho a una compensación monetaria, si el tribunal estadounidense falla a su favor. El contrato, en esta visión, es un fenómeno netamente mercantil que tiene un valor en dinero. En la teoría pura estadounidense del Contrato, desde luego, no se admite la posibilidad de daños morales o punitivos.

Quizás podría demostrar la naturaleza de derechos creados por la formación de un contrato con referencia a una sentencia

nes, escribió, “Un *restatement*, pues, no puede tener más autoridad que como el producto de juristas compenetrados en el tema quienes lo han estudiado y deliberado sobre ello. No necesita otra y que podría ser más alta?” Clark, “The Retatement of the Law of Contracts”, 42 *Yale L.J.* 643, 655 (1933).

El renombrado Herbert Goodrich, también catedrático, en Pennsylvania, y juez federal en apelaciones, quien además sirvió varios años como el director del *American Law Institute* encargado con la redacción de los *Restatement*, opinó que un tribunal podría rechazar la norma del *Restatement*, pero “lo haría a sabiendas que niega una regla redactada por gente quien por su educación y su renombre son supuestamente sabios en el tema especial y que las conclusiones de estos especialistas se han discutido y defendido ante un foro de críticos muy hábiles”. Goodrich, “Restatement and Codification”, en A. Reppy (ed), *David Dudley Field Centenary Essays* 241, 244-45 (1949).

muy conocida y comentada en la jurisprudencia norteamericana (2). Una compañía minera contrató con un agricultor para explotar los yacimientos de carbón, que estaban debajo de la superficie de sus tierras en fajas horizontales. Los mineros descubrieron el mineral a pocos metros de la superficie, raspando la capa de suelo con equipo pesado. Este proceso destruye el campo. Deja un terreno árido y quebrantado, donde muchas veces se forman ácidos erosivos por la combinación de la lluvia con los restos del carbón. El contrato dispuso que los mineros tenían la obligación de restaurar el campo a su estado anterior después de haber sacado el carbón.

Extraído todo el carbón, la compañía minera se marchó sin hacer nada por reponer el campo del agricultor. Este reclamó ante la corte, pero la compañía contestó que nunca tuvo el propósito de arreglar el paisaje, pues las reparaciones habrían costado unos \$ 30,000. Reconoció su obligación de pagar al agricultor la diferencia entre el valor comercial de su tierra hecha una ruina y su tierra en condiciones normales: unos \$ 3000, según el testimonio de tasadores de bienes raíces concedores de la zona.

El dinero no le interesó en absoluto al agricultor, el cual pidió el cumplimiento del contrato. No obstante, el tribunal dio la razón a demandado, acogiéndose al principio de que entre las alternativas abiertas al obligado bajo un contrato, siempre cabía la posibilidad de realizar un pago en caso del incumplimiento cuando al primero le convenía económicamente. De otra forma, habría un “desperdicio económico”. Con estos criterios, el buen comerciante debe tener siempre presente como parte de su cálculo comercial el gasto de seguir adelante con un contrato, contra el gasto de dejar incumplida su obligación y dedicar sus recursos a otro objeto más rentable. Así entonces, el comerciante racional estadounidense debe dejar su obligación en el momento en que le favorece más otro negocio, restando el precio de los daños y perjuicios en el primer contrato (3). El Derecho estadounidense fomenta esa actitud, en pro

(2) *Peeveyhouse v. Garland Coal & Mining*, 382 P. 2d 109 (Okla.), *cert. denied*, 375 U.S. 906 (1963).

(3) Obviamente, muchos comerciantes no tomarán ventaja de su derecho judicial, porque podrían sufrir una serie de represalias comerciales y sociales por parte de la persona dañada y de otros comerciantes que les calificarían de irresponsables. Pueden perder su participación en el mercado que les da vida. Esas influencias, por más auténticas que sean, no figuran en la doctrina legal.

de un reparto eficiente de los recursos económicos (4).

B. *Principios de la doctrina de formación de contratos en Harvard y los comienzos de la facultad de Derecho en la época de Darwin.*

En el Derecho Comparado, se ha fijado mucho en el concepto de la *consideration* como el fundamento del contrato en el Derecho anglo-sajón, comparándolo muy a menudo con la teoría de la causa en el Derecho romano-europeo. De la misma manera que la causa representa una explicación parcial y dudosa del Contrato en el Derecho latinoamericano, la *consideration*, nunca fue la única piedra de toque para establecer un contrato en el Derecho estadounidense. Como ocurre en muchas ocasiones, todos los problemas complicados tienen una explicación sencilla... y, aun así, ésta puede estar equivocada. La formación del Contrato depende mucho más que de la *consideration* e implica factores múltiples, que son reflejo de la sociedad compleja y pluralista a la que sirven.

De todos modos, y como es tradicional, empezamos con un análisis de la *consideration*. Explicar bien el papel que desempeña, implica una detallada exégesis sobre el desarrollo vital del sistema jurídico que la genera y la sostiene. A finales del siglo pasado, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard surgió un movimiento académico de influencia prometeana. En aquel entonces no existían las ciento setenta facultades de Derecho de hoy en día, porque los abogados aprendices se educaban en los escritorios de los abogados en ejercicio de la profesión. No se reconocía al Derecho como una disciplina digna de la academia.

En Harvard, el pionero Christopher Columbus Langdell fundó una facultad que predominó durante la siguiente generación, no solamente en la cátedra nacional, sino también en cuanto a la definición doctrinaria del Derecho de su país. Hizo un modelo de facultad de Derecho que conquistó a los Estados Unidos. Las docenas de facultades que actualmente cubren el país se inician todas a

(4) Véase A. Farnsworth, *Contracts* 868-73 (1982); *Restatement Second of Contracts*, S 348 (2).

imagen de la de Harvard, aunque a veces con hondas variaciones locales (5).

La revelación del siglo pasado fueron las teorías de Darwin sobre la evolución. El darwinismo social postuló la misma “ley de la selva” para las instituciones sociales. Entonces, la academia se preocupó en hallar las reglas del orden social, para desmentir la posibilidad de una sociedad sin orden ni razón (6). El Profesor Langdell, director fundador de la Facultad de Derecho de Harvard, tomó como tarea primordial ese reto. Hizo su Facultad con una ética científica. Mientras la ciencia natural estudió la flora y la fauna de la naturaleza, Langdell coleccionó y organizó especímenes del fenómeno jurídico: la jurisprudencia. Los estudiantes, en Harvard, aprendieron el Derecho en su propio laboratorio, disecando los fallos dictados por los jueces para explicar las sentencias.

El primer tema jurídico que preparó Langdell para la docencia a través de la jurisprudencia, fue el campo de Contratos. El mismo Langdell publicó el primer *casebook*, o libro de fallos judiciales ordenados, con el fin de presentar el tema a los estudiantes en 1871, cuando apareció la primera edición de su *A Selection of Cases on the Law of Contracts*. Buscando cierta rigidez científica mediante la identificación de principios legales perdurables e inmutables, Langdell descubrió la *consideration* como el factor imprescindible para crear las relaciones contractuales entre dos personas. En otra época, y con otras preocupaciones, Langdell podría haber

(5) Irónicamente, la Facultad de Derecho de Harvard hoy en día pasa trastornos provocados por un esquismo en su cátedra entre los más tradicionales, aun pegado al sistema de enseñanza e investigación que acepta el sistema con criterio científico, y los partidarios del movimiento de Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*, cuyos militantes se conocen como los *crits*), que quieren aplicar críticas socio-políticas al sistema existente y tumbarlo.

(6) Por ejemplo, mucha gente no entiende el significado de la monografía de Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, publicado en 1881 cuando él estuvo en Harvard. El libro no es un tratado sobre el Derecho de ese entonces tanto como un ensayo para demostrar el orden en el Derecho, desmintiendo la posibilidad de un sistema jurídico sin bases orgánicas y una sociedad esencialmente desordenada.

adoptado un criterio más amplio y flexible, pero en el contexto histórico en que vivía no le quedó otro camino doctrinal.

C. *La consideration*

La *consideration* se define, en palabras del *Restatement*: (7) Para constituir una *consideration*, una acción o una promesa correspondiente tiene que haberse negociado.

Esa definición semi-oficial (8) de la *consideration* subraya su papel principal: dar una pauta al sistema legal para distinguir entre las promesas que se deben sancionar a través de los tribunales de justicia, invistiendo el compromiso con la postestad jurídica, y las promesas que tienen únicamente efectos morales y sociales. Si se me promete vender 100 camisas a cambio de \$ 1,000, el Derecho me da el beneficio monetario de la promesa en caso de su incumplimiento (9). Si se me promete un almuerzo mañana en el Raimondi, el Derecho probablemente no tendrá ni interés ni sanción contra su incumplimiento. El último ejemplo queda en el trato social, pero no entra en el campo legal. Desde el punto de vista jurídico, no es esencial para la organización de la vida cotidiana, aunque forma parte de su moral y de sus modales.

Con esa preocupación organizadora, una vez que el sistema

(7) *Restatement Segundo de Contratos*, S 71, que en inglés dice:

Sección 71: Requirement of Exchange; Types of Exchange

(1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.

(2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.

(3) The performance may consist of

(a) an act other than a promise, or

(b) a forbearance, or

(c) the creation, modification, or destruction of a legal relation.

(8) Véase la nota 1 *supra* y la S E. de este ensayo.

(9) Como señalamos arriba, "efectuar la promesa" no incluye insistir en recibir las camisas, sino en recibir daños y perjuicios monetarios que me compensarían el valor perdido por no recibir las camisas.

decidió que no iba a otorgar efectos legales a todas las promesas llevadas a cabo por sus miembros, el concepto de la *consideration* sirvió mucho para clasificar las promesas procesables. El ejemplo de la promesa de invitarme a almorzar no constituye un contrato porque carece de una *consideration* correspondiente de mi parte. No negociamos nada; todo el aporte procede del anfitrión, que ni quiere ni espera nada de mi parte, salvo mi presencia.

El mismo principio elimina las promesas vacías o ilusorias (e.g., “Prometo comprar tu casa en un millón, si alguien me presta el dinero”, o “si algún día estoy dispuesto a comprar una casa, prometo comprar la suya”, o “Si tuviéramos jamón, haría jamón con huevos, pero no tenemos huevos.”) y muchas promesas entre parientes (e.g., “Te prometo dar la alhaja de diamantes y oro que me dió tu abuela, hijita,” o “Cuando quieras estudiar en el extranjero, te pago todos los gastos, hijo, no te preocupes.”) (10).

En un principio, los comentaristas se fijaron tan sólo en el aspecto positivo-negativo de la *consideration*. Lo analizaron en términos de un beneficio para una parte y de un detrimento para la otra [e.g., en el ejemplo de la invitación a almorzar, puede haber un contrato si el anfitrión quiere entrevistarse conmigo sobre un asunto de negocios (beneficio para él) y yo tendré que cancelar unas vacaciones u otros compromisos para cumplir con la cita (detrimento para mí)]. Uno de los problemas que surgen con el análisis del beneficio-detrimento es que se presta a la simulación de actos jurídicos. El padre que quiere comprometerse con su hijo podría, por ejemplo, firmar un acuerdo que diga “En consideración a los \$ 100 que mi hijo ha pagado, prometo entregarle mi casa que está en el Paseo de la República”. Resulta que la casa vale \$ 100, 000, y el pacto firmado es una simulación, pues el hijo nunca pagó nada.

El Derecho se encuentra en un dilema frente al problema de la simulación. No quiere inmiscuirse entre las partes ni disminuir su autonomía a la hora de definir sus propios negocios, pero tampoco puede admitir simulaciones transparentes. Para ello, el Derecho exige un factor que se impone sobre los otros en cuanto a la

(10) Véase A. Farnsworth, *Contracts* 72-82 (1982); A. Corbin, *Contracts* 24, 232-44 (Edición estudiantil en un tomo, 1952).

aplicación de la doctrina de la *consideration*: tiene que haber una negociación sincera y abierta entre las partes sobre el intercambio de *consideration*. El Derecho permite a una persona que venda su casa en \$ 100 aunque su valor real sea de \$ 100,000, ya que el valor de un bien mercantil es completamente relativo, siempre y cuando la compra-venta se haya pactado como resultado de un regateo legítimo entre partes con capacidad legal.

Con este enfoque sobre el intercambio mediante negociación previa (*bargained-for exchange*), los tribunales entraron en una investigación de todas las comunicaciones entre las partes y el contexto de las negociaciones. Sin embargo, no les interesan los motivos anteriores del negocio pactado por las partes. Por ejemplo, si un pintor firmó un contrato para pintar un retrato del Presidente a cambio de \$500, los \$500 representan una legítima *consideration* aun cuando el pintor diga “No hago el retrato por los \$500, sino por el renombre que me traerá. En verdad, estaría encantado de pintar gratis al Presidente” (11). El motivo del artista no perjudica la validez de su negocio a los ojos del Derecho.

D. *La Barrera Promisoria, o Promissory Estoppel*

Muchas sentencias apoyaron el análisis de la *consideration* como el fondo judicial para el contrato; sin embargo, los juristas se toparon con una serie de sentencias que no se explicaban bajo esta doctrina. En un caso muy conocido (12), un abuelo fue donde trabajaba su nieta y le dijo, “Ninguna de mis nietas tiene que trabajar y quiero que tu tampoco te sientas forzada. Ya arreglé que te toca un regalo de \$5,000 y lo pondré legalmente en mi testamento”. La mujer dejó su trabajo. El abuelo le pagó una parte de sus prometidos \$5,000 y murió sin haberla mencionado en su testamento. Cuando ella reclamó la sucesión, el tribunal resolvió que había un contrato ejecutable entre la mujer y su abuelo.

No puede haber un contrato por intercambio de *consideration*, pues no hubo negociación previa y la nieta había percibido beneficio obvio sin costo de ningún detrimento. Todo lo que sacó

(11) Caso hipotético que encontré en O.W. Holmes, *The Common Law* 293-94 (1881).

(12) *Ricketts v. Scotchorn*, 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898).

el abuelo del negocio fueron pérdidas, salvo quizás una satisfacción personal. No obstante, la mujer confió en la palabra de su abuelo y, a raíz directa de su promesa, dejó su trabajo. Por cierto, quedarse sin trabajo es un detrimento, pero no fue en beneficio del abuelo. El Derecho reconocía que el pacto carecía de *consideration*, y que normalmente no sería ejecutable, pero en estas circunstancias el Derecho erigió una barrera promisoria en contra de la parte que causó la acción de la otra con su promesa. El *Restatement*, reconoció la base promisoria en su sección 90 tal y como sigue:

una promesa por la que el promitente confía razonablemente, inducir a una acción o a una falta de acción por parte del promisor, o de una tercera parte, y que en efecto induce a tal acción o falta de acción, es ejecutable si la injusticia se puede evitar solamente por la ejecución de la promesa (13).

E. *Los códigos Field y los Restatement*

Aceptar el concepto de un contrato formado a base de una sola promesa, cuando el promitente no recibe ni promesa ni beneficio directo o a cambio, pone de relieve el proceso histórico del Derecho estadounidense. El profesor Samuel Williston, discípulo de Langdell, se encargó de la cátedra de Contratos en Harvard a finales del siglo pasado. En ese entonces se discutía en Nueva York la posibilidad de promulgar un código civil para los Estados Unidos, auspiciado por el renombrado abogado neoyorquino David Dudley Field. Field, de ascendencia escocesa, se enamoró de los códigos europeos en sus viajes al viejo continente. Redactó varios códigos tipo, procesales y substantivos, para el estado de Nueva York. Pero el renombre de Field no era todo lo que cabría esperar. Fue el abogado del cacique político de Nueva York, Boss Tweed, conocido como hombre cínico y venal.

Aunque hubo resistencia a los códigos de Field debido a su

(13) En inglés, dispone:

Sección 90: Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance

(1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third party and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.

relación con Boss Tweed, la historia nos demuestra que no fueron malos (14). Sin embargo, la resistencia a los códigos invocó “el proceso democrático estadounidense” en contra del “proceso europeo monárquico”. Desde el punto de vista de quienes argumentaron en contra de los códigos Field, un Derecho procedente de códigos sería un Derecho fijo e inflexible, que no admitiría la posibilidad de avances y reformas propias de un Derecho jurisprudencial que está en constante evolución. Se supone que los litigios, que corresponden a las controversias entre personas, varían según los problemas propios de cada época y reflejan más la realidad social que los códigos, que son estáticos según el momento de su redacción y no admiten nuevas inquietudes o avances en la sociedad que regulan (15).

A pesar del éxito logrado por los que estaban en contra de la iniciativa codificadora de Field, la abogacía se preocupó por el Derecho nacional estadounidense. La jurisprudencia “nacional”, en verdad, venía de distintas cortes estatales y federales. En consecuencia, existían grandes discrepancias de un estado a otro sobre puntos específicos en el Derecho. El método de Langdell y sus discípulos de Harvard era seleccionar, de la jurisprudencia variada y contradictoria, los ejemplos que más conformaban a su parecer. De ahí que llegaron a unos principios de Derecho artificiales, por-

(14) Se promulgaron los códigos Field en diversos estados como Georgia, Montana, los Dakota Norte y Sur, y California, donde el hermano de Field se destacó como abogado, siendo nombrado a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1857. California era el estado más importante que acogió los códigos Field, y pudo haber tenido un impacto demostrativo en pro de la codificación estadounidense. Sin embargo los códigos californianos cayeron en desuso —o mejor decir nunca entraron en vigencia práctica— y han tenido poquísima aplicación a pesar de que tienen una vigencia formal hasta hoy en día.

(15) El jurista Richard Posner, actualmente Juez de la Corte Federal de Apelaciones para el Séptimo Circuito con sede en Chicago, escribió en su tratado *Economic Analysis of the Law* (2a ed., 1982) que el *Common Law* era un método de fijar reglas legales que funciona a máxima eficiencia económica. Según su teoría, que yo acepto, mientras los tribunales podrían decidir las pautas y normas, la sociedad seguirá llevando litigios a las cortes hasta tener las reglas apropiadas sobre cualquier tema en el Derecho. La legislación no admite el mismo mecanismo de ajuste.

que no trataron de ordenar y explicar la realidad jurisprudencial, sino buscar y refinar de ella un sistema ideal.

Frente al reto de los códigos de Field (que señalaron el desorden en el Derecho nacional), la abogacía formó dos instituciones. En primer lugar, en 1891, se constituyó una comisión para leyes estatales uniformes, compuesta de dos comisionados de cada estado de la unión. Bajo los auspicios de esa Comisión, Williston redactó una ley tipo de compra-venta, la *Uniform Sales Act*, que se promulgó como ley orgánica de contratos en la mayoría de los estados. Hoy en día la Comisión, *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, funciona vigorosamente y ha sido fuente de docenas de leyes tipos de aceptación general, vigentes en muchos estados.

En segundo lugar, en 1923, se formó el *American Law Institute* con la idea de reducir la jurisprudencia nacional a sus principios “correctos”, a través de un foro nacional donde se contara con los abogados más distinguidos de todo el país, los cuales identificarían las discrepancias y las resolverían con debates sobre cuáles serían las mejores reglas. El producto de este proceso serían los *Restatement*, o recopilaciones de reglas acordadas para cada campo del Derecho. Nombraron a una serie de miembros encargados de la jurisprudencia, en los varios y distintos campos, tales como Contratos, *Torts* (Obligaciones Extracontractuales), Bienes Raíces, etc. Samuel Williston, de Harvard, fue nombrado jefe de redacción para el *Restatement* de Contratos.

El equipo de Contratos, encabezado por Williston, incluyó a Arthur Corbin de la Facultad de Derecho de Yale, un rival intelectual para Williston y la hegemonía de Harvard. Caballerosamente, entablaron una discusión apasionada sobre la formación del Contrato, que duró medio siglo y terminó solamente con la muerte de los dos catedráticos, a los 87 y 91 años de edad. El debate estuvo centrado en las bases del Contrato. El sistema ideal de Harvard enfocó la *consideration*, mientras Corbin abogó por un sistema con otras bases teóricas de formación.

Corbin manejaba la jurisprudencia como pocos lo han hecho, y mientras Williston planteaba sus principios con exclusividad, Corbin siempre trajo a consideración del foro, fallos que no conformaban con los principios de Williston. Fiel a su mandato, el Instituto tuvo que enfrentar la jurisprudencia para entenderla y deri-

var de ella cuantas reglas saludables pudiera aportar. Cuando Corbin descubrió muchas sentencias que reconocían contratos donde no habían intercambio de *consideración*, y pudo explicarlas con el principio unificador de la barrera promisoría, al Instituto no le quedó otra salida que aceptar la teoría e incluirla en su *Restatement*.

Corbin es un jurista benemérito. Investigador infatigable, de gran capacidad intelectual y de visión objetiva y refrescante, no llegó a su campo predispuesto, sino con aires nuevos. Pudo aceptar lo que halló en sus investigaciones. Abiertamente, encontró el Derecho. No trató de imponer un sistema idealista, ni resistió la prueba de sus hallazgos. Corbin aplicó su impresionante capacidad intelectual a su percepción y su explicación, dejando a la sociedad definir su Derecho. Fue el precursor de la escuela del realismo jurídico que entre 1930 y 1945 formó un grupo con sus discípulos.

Con su visión y su método, Corbin se hizo el líder intelectual de un movimiento en la Facultad de Derecho de Yale, que tomó la oposición frente a Harvard. Irónicamente, Corbin resultó más científico que Williston, porque éste trató de imponer su visión sobre la realidad mientras Corbin ajustó su visión según lo que los datos le habían enseñado. A pesar de sus desacuerdos intelectuales, Williston y Corbin fueron siempre amigos, aguantando el primero con gran cortesía las críticas del segundo, y auspiciando un debate nacional que Williston pudo haber extinguido en su capacidad de jefe administrativo para el *Restatement* de Contratos. En 1933, con la publicación de la S 90 en la versión oficial del *Restatement* de Contratos, se dio la razón a las teorías de Corbin, pero ¡que gentileza la de Williston al dejar que su foro llegara a un resultado contradictorio con su propia teoría!

F. *Formalidades: La Oferta y la Aceptación*

Con la lucha entre la *consideration* como base exclusiva para el acto jurídico del contrato, y la barrera promisoría como alternativa (que nunca excluyó la *consideration*), se definieron dos visiones del acto jurídico, que tuvieron repercusiones en otros aspectos de la formación del contrato.

En el sistema de Langdell y Williston, el Contrato se formó por el intercambio de la oferta y la aceptación, siempre y cuando

en el fondo del acuerdo hubiera *consideration*. Corbin y sus adeptos ampliaron sus hallazgos más allá de la barrera promisorio, e inevitablemente extendieron su escepticismo a toda cuestión dentro de la formación. Para Williston, a quien Langdell cedió el campo del Contrato después de los primeros años, las comunicaciones entre las personas contratantes tenían que respetar ciertas formalidades para conducir a un acuerdo. He aquí una síntesis de los principios básicos de la formación del Contrato. Los principios generales que plantearon Langdell y su discípulo Williston para la elaboración de esta teoría siguen vigentes hoy en día. No han perdido su validez general sino su nitidez y exclusividad, frente a los comentarios de Corbin y su discípulo Karl Llewellyn.

El contrato se forma por el intercambio de una oferta y una aceptación. En eso, todos están de acuerdo. Para que haya oferta, la comunicación tiene que ofrecer todas las particularidades de un negocio en forma tan “cierta, definitiva y explícita”, que la persona que la recibe pueda completar el acuerdo con decir sencillamente, “Acepto”. Este análisis contempla la posibilidad de una serie de comunicaciones en la etapa de negociaciones, pero todo tiene que llegar a un momento culminante en el que una de las personas negociantes entregue a la otra parte el poder de comprometer a ambas. En ese instante, y no antes, existe la oferta.

Aunque quien ofrece da al otro la posibilidad de aceptar y cerrar el acuerdo, el oferente es quien verdaderamente controla la situación. La oferta exige una aceptación categórica. Es decir, que si se acepta imponiendo condición alguna, fracasa el compromiso. Quien hace la oferta también goza del poder exclusivo de definir la forma en que tiene que hacerse la aceptación. Quien impugna la oferta, proponiendo agregarle condiciones, o tratando de aceptar en forma distinta que la exigida por el que hizo la oferta, hace una contra-oferta, en vez de una aceptación. Puede retirar la oferta en cualquier momento antes de la aceptación, aun cuando haya dicho que no la cancelará hasta una fecha cierta (16).

A pesar de los principios básicos que acabo de detallar, hay

(16) Véase *Dickinson v. Dodds*, 2 Ch. Div. 463 (1876); análisis en Farnsworth, *Contracts* 148-51 (1982).

un problema en la formación que complicó el panorama. Son justamente los comerciantes quienes más acatan las reglas jurídicas, y también quienes procuran utilizarlas más en su propio provecho. Los comerciantes, o mejor dicho sus abogados, se dan cuenta que el Derecho favorece a quien hace la oferta. Entonces, los hombres de negocios suelen mandar a sus abogados a hacer unos formularios, un juego de documentos escritos, en los que figuren las operaciones habituales de la empresa, que pueden ser utilizados en casi toda situación. Todos estos formularios, desde luego, parten de la base que la empresa que los utiliza es la que ofrece (porque quien ofrece, define) el negocio, por lo que agregan una serie de condiciones favorables a esa misma empresa y en contra de los intereses de la otra.

Una vez armados con sus formularios, los comerciantes entran en una “batalla de fórmulas”. No firman un acuerdo mutuo sino que cada parte manda su formulario a la otra, manifestando una oferta para la aceptación del recipiente. Sin embargo, hacen sus negocios a dos niveles muy distintos: lo práctico y lo legal. En el nivel práctico, la gran mayoría de las compra-ventas se realizan sin trastornos. En caso de aparecer algún problema, las partes hacen rápidamente un arreglo informal. Los documentos que dan constancia del negocio no reflejan los usos y costumbres del mercado, ni el acuerdo entre las partes, porque no se reducen a un escrito común. Entonces, mientras no hay controversia, el mercado funciona saludablemente y el comercio sigue su flujo normal, sin intervenciones legales, ignorante e independiente de los términos de los documentos-fórmula con que formalizó su participación.

En caso de controversia que no se presta a un arreglo, las partes entran en el nivel legal. Tendrán que recurrir a los documentos para comprobar el contrato y sus términos. Normalmente los dos documentos, uno imponiendo una gama de condiciones onerosas y ficticias (en el sentido que las partes nunca las mencionan al establecer el acuerdo) y dando todas las ventajas al vendedor, y otro que hace igual pero en pro del comprador, se cancelan mutuamente. En buena práctica jurídica, si depende de los documentos, no existe un contrato.

Este fenómeno, conocido como *the battle of the forms* por los juristas norteamericanos, deja muy a menudo en apuros a la teoría clásica de la formación del contrato. Donde los documentos

se contradicen uno al otro, teóricamente no puede haber contrato entre las partes, porque ninguna parte aceptó los términos de la otra. Pero subrayando los dos niveles del comercio descrito por fórmulas contradictorias, en los únicos casos que enfocarán las discrepancias entre los documentos, es que las partes normalmente habrán consumado el negocio. Cuando las mercancías sean entregadas por el vendedor al comprador, y éste las haya pagado, es cuando surge el problema; por ejemplo, los bienes no son conformes con la calidad señalada, o tienen otros defectos.

En el nivel práctico, entonces, las partes ni esperan ni buscan un acuerdo mediante documentos, sino que siguen su negocio a través de acuerdos basados en usos y costumbres, como si los documentos no tuvieran nada que ver en el asunto. En muchos casos, si se pudiera preguntar al comerciante sobre la importancia de su documento-fórmula, contestaría, "No sé, pues es asunto de abogados. Lo utilizo para apuntar la cantidad y el precio e ignoro el resto".

Al nivel de la realidad, en las circunstancias repetidas miles de veces diariamente, las partes tienen un contrato cuya formación es un hecho. A los ojos del Derecho, sin embargo, los documentos de la profesión de abogado, en pro de los intereses del cliente, frustra por completo la posibilidad de documentar los acuerdos entre comerciantes en un número alarmante de casos. En verdad, la mayor parte del comercio nacional en los Estados Unidos se realiza sin contrato escrito, aunque no en ausencia de documentos que pretenden definir el negocio.

G. *Llewellyn y el Código Uniforme de Comercio*

Afortunadamente, la solución a este dilema le tocó darla a Karl Llewellyn, discípulo de Arthur Corbin, como estudiante en Yale y heredero de su visión del Derecho Mercantil. Los apuros de la Gran Depresión Económica de los años 1930 en el sistema de leyes comerciales, crearon conciencia de sus defectos y crearon la demanda para su reforma. Sin embargo, la Gran Depresión dio paso a la Segunda Guerra Mundial y, debido al esfuerzo militar, no hubo mucha gente disponible para la tarea de reformar las leyes. Llewellyn, mercantilista emergente en ese entonces, había estudiado en Alemania cuando tenía 17 años y se enamoró de los anhelos militares del país anfitrión. Entró en el ejército y recibió en el año 1914 una bala; luego fue condecorado en grado menor por los ale-

manes. La aventura romántica de su juventud se tradujo, años después, en una tacha contra la posibilidad de servir a su país contra los alemanes y sus aliados.

Mientras la mayoría de sus colegas prestaron servicio militar, Llewellyn empezó en los años 1940 con la redacción de un Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commercial Code*, o UCC) bajo los auspicios de la Conferencia de Comisionados para Leyes Uniformes Estatales (NCCUSL) y el *American Law Institute*, una cooperación histórica e inusitada. Como jefe de redacción, Llewellyn contrató a un equipo de brillantes abogados recién egresados, quienes no trajeron a la tarea ideas predispuestas. Con su formación corbinista y la materia disponible en su equipo, Llewellyn no encontró inconveniente en redactar su código a la luz de criterios prácticos encontrados en el mercado mismo. Tomó como objetivo principal, reflejar los usos y costumbres de la feria y permitir una evolución en la aplicación de las normas escritas, a la par que avances y cambios en el comercio.

No hay mejor prueba del éxito de Llewellyn y de su UCC, que la resolución del dilema planteado arriba: los comerciantes hacen contratos de hecho mientras intercambian documentos que niegan la existencia legal de su negocio. En el libro sobre la compra-venta, el artículo 2-207 (3) dispone: “La conducta por la cual ambas partes reconocen la existencia de un contrato, es suficiente para establecer un contrato de compra-venta aun cuando las escrituras de las partes no establezcan de modo alguno el contrato”. ¿Dónde encontrar los términos específicos del contrato de facto entre las partes, reconocido de iure por el UCC? El Libro Segundo (*Article Two*) del UCC, sobre la compra-venta, en gran parte consiste en normas que llenan las lagunas que dejan los documentos privados. Donde hay acuerdo escrito entre las partes, el UCC respeta la autonomía de sus términos. Pero donde los documentos están en desacuerdo, o no hay un término específico por otras razones, el UCC exige a las partes observar las prácticas “comercialmente razonables” del mercado. Así Llewellyn y su equipo juntaron el nivel práctico del mercado con el nivel legal de la norma escrita.

H. *El requisito de un documento escrito*

Celebrado el acuerdo por el intercambio de la oferta y la aceptación, también es necesario que el acuerdo entre las partes se

reduzca a forma escrita. La escritura tiene dos funciones en la formación del Contrato. En primer lugar, el acuerdo no podría tener ningún efecto legal si no hay un memorandum por escrito. La *Statute of Frauds* (Ley Contra Fraudes) impuso este requisito en Inglaterra en el siglo dieciseis y lo hemos respetado desde entonces. El propósito es defenderse contra los mentirosos, que de otra forma podrían fingir con unos supuestos testigos la existencia de un contrato donde no había trato alguno entre las partes.

Por ejemplo, si yo tengo un caballo que usted quiere, pero rechazo toda solicitud de venderlo, usted podría buscar unos amigos y hacerles jurar que presenciaron una promesa verbal por mi parte de vender el animal en \$ 1,000, que usted aceptó. La ley no acreditará ese testimonio mientras no haya un memorandum escrito del negocio. Atacada muy a menudo en su propósito central por comentaristas que discrepan su efectividad (pues el fraude en la escritura también está al alcance del estafador), la *Statute of Frauds* ha seguido en vigencia como prueba primordial en cualquier demanda sobre un contrato. Establece ésta una barrera inicial de credibilidad, casi una entrada que tiene que aportar para seguir con el resto de la prueba.

La función de establecer la credibilidad básica no tiene que cumplir tan solo con un contrato escrito completo en todos sus aspectos. A este nivel tratamos de la existencia básica, o mejor dicho, de la probabilidad de la existencia de un acuerdo entre las partes. Se requiere un documento firmado por la parte demandada que hace referencia al acuerdo en cuestión de manera suficiente, para demostrar que las partes efectivamente sostuvieron un intercambio sobre el objeto del contrato. La prueba escrita ofrecida contra fraudes no tiene que constatar un acuerdo completo. Si hace referencia a una cantidad específica, si tiene una firma de la parte demandada, y si de alguna forma se refiere al negocio en cuestión, habrá cumplido con los requisitos preliminares. Habrá acreditado la existencia probable del contrato, sin necesidad de comprobar todos sus términos.

I. *La Regla Contra La Prueba Oral* (Parol Evidence Rule)

Pasada la barrera inicial de la *Statute of Frauds*, entran en discusión los términos específicos del contrato. Se podrían comprobar estos por testigos, en ausencia de unas referencias escritas.

Cuando hay un documento escrito, sin embargo, cualquier testimonio en contra del lenguaje textual del documento se topará con el *Parol Evidence Rule* (Regla Contra la Prueba oral). Esta regla impone la escritura por encima de cualquier otra fuente de los términos del contrato. Muchas veces las partes, concientes del *Parol Evidence Rule*, reducen sus promesas a un contrato escrito con una “cláusula de integración”, la cual dice que el documento final contiene todo el acuerdo entre las partes y no admite la posibilidad de variar ninguna de sus disposiciones por prueba oral. Una cláusula de integración tampoco admite la posibilidad de términos escritos adicionales a los términos de la escritura definitiva.

La evolución de la *Parol Evidence Rule* revive las discrepancias entre Williston y Corbin. Para Williston la regla era firme y favorable. Excluye toda prueba en contra de lo escrito en el documento, cuyas disposiciones rigen como normas privadas entre las partes. Debido a los esfuerzos de Corbin y su discípulo Llewellyn, sin embargo, la *Parol Evidence Rule* en el Derecho estadounidense evolucionó unos 180 grados en una generación de juristas. Según la visión de Williston, en caso de un acuerdo escrito, las partes y las pruebas están completamente sujetas al documento. Las palabras escritas tienen su sentido normal y lógico y no aceptan pruebas contra ese sentido común. Aplicando este concepto un famoso juez opinó que, “ ‘Quinientos metros’ jamás podrá decir ‘500 centímetros’, y ‘la antigua iglesia de la Virgen del Pilar’ jamás llegará a entender por ‘la catedral de San Pedro’ ”.

A pesar de la aparente verdad de la expresión, en el hecho hay muchos casos que lo contradicen. Es un hecho comprobado por la jurisprudencia y los usos y costumbres del mercado que muchas palabras o términos en el uso mercantil no respetan su sentido común. Un buen ejemplo de usos mercantiles contra el sentido lógico, de los múltiples que existen en el comercio, lo encontré en el mercado de diamantes de la ciudad de Nueva York. Este mercado es notable por su concentración y por el rigor de sus usos y costumbres. Casi todos los participantes han sido siempre judíos de Europa Oriental, la gran mayoría relacionados por sangre o por matrimonio, y forman un monopolio.

Los individuos privilegiados con participación en el mercado tienen que pertenecer a una cámara exclusiva de comerciantes, donde utilizan únicamente los buenos oficios del gremio para resolver controversias entre sus miembros. El mercado funciona de

forma muy especial, comercializando piedras que valen millones de dólares en sobres corrientes, llevados de tienda en tienda, cuando la única garantía es la palabra que un comerciante da a otro. En fin, es un mercado pequeño y bien definido en cuanto a sus comerciantes, completamente dedicado a sus propias tradiciones especiales, pero con una gran importancia que se mide por el enorme valor de la mercancía que maneja.

En el mercado neoyorquino de diamantes, se vende mucho en consignación. Debido al reducido tamaño físico del mercado, que ocupa tres o cuatro manzanas metropolitanas, y el parentesco entre comerciantes, si un cliente pide una piedra que no está en el inventario de un tendero, éste probablemente sabrá dónde la podría conseguir. En este caso, hará al cliente esperar mientras manda buscar “en su almacén” (o sea, con otro comerciante) diamantes al estilo solicitado. El otro negociante no tendrá inconveniente en abastecer a su compadre, porque éste le pagará una comisión si vende las piedras, y en otra situación similar, le corresponderá su turno.

Repetidas diariamente, las consignaciones operan en beneficio de todos. No obstante, los negociantes hacen las consignaciones con una fórmula impresa (17) donde anotan el peso en quilates, el número y estilo de las gemas traspasadas, y su valor total. El texto de esta factura dice, “No se pueden vender las piedras preciosas recibidas en consignación sin el visto bueno del consignador”. Según el sentido obvio de las palabras, el consignatario tiene que llegar a un acuerdo con su cliente y después buscar la aprobación del consignador antes de cerrar el negocio, pero este procedimiento no le conviene ni por las apariencias con el cliente ni por los intereses del consignador. En la práctica, los negociantes cierran la compraventa sin consultar con el consignador. El uso de no consultar, en plena contradicción del texto del formulario, se conoce y se respeta unánimemente.

(17) No se sabe de donde viene la versión original de la fórmula, pero lo han mencionado en jurisprudencia del siglo pasado. Lo utilizan tan invariablemente que lo he encontrado, a veces en español, en el mercado de diamantes de Miami formado por cubanos desplazados desde la Revolución Cubana de 1959.

De este modo, ¿qué va a prevalecer, el lenguaje o la costumbre? Williston diría, sin vacilar, que el lenguaje no admitiría una falta de consulta. Corbin y Llewellyn dirían, sin vacilar, que una costumbre tan clara tiene que imponerse por encima de las palabras. En el Código Uniforme de Comercio, en su artículo 2-202, prevalecen los usos y costumbres, aun cuando contradigan a las palabras del documento. El texto de la norma positiva dice:

Los términos con respecto a los cuales hay acuerdo entre los memorandos confirmatorios de las partes o que de otra forma están expresados en una escritura entendida entre las partes como la expresión final de su acuerdo con respecto a tales términos, no se podrían contradecir por pruebas de acuerdos anteriores o por otros acuerdos orales contemporáneos pero si se podrían explicar o suplir.

(a) por trato establecido entre las partes (*course of dealing*) o por usos comerciales (artículo 1-205 [del UCC]) o por modo de cumplimiento (*course of performance*) (artículo 2-208 [del UCC]);. . .

El lenguaje de la disposición legislativa abre la posibilidad, en el texto de un contrato, de supeditar lo escrito a la realidad del comercio, explicando y supliendo las palabras escritas con los usos y las costumbres mercantiles. Encuentro así tan lógico respetar las verdaderas intenciones de las partes, que me es muy difícil aceptar que durante muchos años el lenguaje se impusiera sobre la realidad percibida por el prisma mercantil. Sin embargo, en el Derecho norteamericano la doctrina siempre favorecía el texto escrito en el acuerdo; según la regla tradicional, solo en el caso de una ambigüedad, o una laguna en el texto del contrato, se podía recurrir a los usos y a las costumbres comerciales para definir las obligaciones de las partes. Consciente de la fuerte oposición en contra de su concepto de la prueba oral frente a la prueba escrita, Llewellyn y los redactores del UCC expusieron en los comentarios explicativos al artículo 2-202 lo siguiente:

Este artículo rechaza en definitiva:

... (b) la premisa según la cual el lenguaje utilizado tendrá el sentido atribuido al mismo por las reglas de construcción existentes en el Derecho, en vez del sentido que surge del contexto comercial en el cual se usó: y

(c) el requisito de que una condición previa a la acep-

tación de la prueba descrita en el párrafo (a) de la norma fuera una determinación original por el tribunal estableciendo que el lenguaje empleado es ambiguo.

El efecto de la norma positiva, esclarecida por el comentario, llega a invitar a la contradicción entre el texto escrito y las pruebas de los usos y las costumbres comerciales. No es difícil entender la preferencia de los tribunales por los principios nítidos e idealistas de Williston. Para aplicar la regla en contra de la prueba oral, el juez solamente tuvo que analizar lo escrito por las partes y decidir si fue entendible. La regla del UCC 2-202 resulta completamente subversiva a la nitidez de un concepto excluyente a las pruebas orales. Introduce una realidad compleja pero conforme a las relaciones mercantiles con todas las extravagantes complicaciones de su humanidad (18). No deja de sorprender, pues, que los tribunales hayan resistido la norma de UCC, porque exige procesos mucho más dudosos y penosos en sus pruebas, que una regla en la que val-

(18) Otro artículo del UCC que tiene mucho que ver en el debate es la S 1-205, que define trato entre las partes (*course of dealing*) y los usos comerciales (*usage of trade*), y declara:

(4) Los términos expresos de un acuerdo y un trato entre las partes o un uso comercial aplicable se construyen donde sería razonable como consistentes uno con el otro; pero cuando tal construcción es irrazonable los términos expresos controlan tanto el trato entre las partes como el uso comercial, y el trato entre las partes controla el uso comercial.

(5) Un uso comercial aplicable en el lugar donde cualquier parte del cumplimiento debe ocurrir se utilizará para interpretar el acuerdo en cuanto a esa parte de su cumplimiento.

La subsección (4) quiere decir que prevalecen los usos y las costumbres sobre el lenguaje concreto, salvo en el caso que son irrazonables. Por ejemplo, si el uso comercial en la venta de coches de segunda mano es retroceder el kilometraje indicado, aun cuando el contrato dirá que vale el kilometraje que indica el instrumento, el uso comercial no se acepta. Es irrazonable aunque todo mundo lo practica, y la escritura lo supedita.

La filosofía básica de la regla se revela en la última frase de la subsección (4), donde vale un trato establecido entre las partes aun cuando discrepa de los usos comunes en su mercado. Es decir, el proceso jurídico debe respetar siempre y sobre todo el entendimiento y las intenciones de las partes al contrato.

dría el sentido simple del lenguaje en seco. No obstante, está en marcha el triunfo de la tesis de Llewellyn, que se materializó en el UCC.

J. *El problema del riesgo*

1. *La Destrucción u otros daños a las mercancías en venta*

Anteriormente, el riesgo de la destrucción de bienes objeto de un contrato de compra-venta recaía según el título. El UCC abandonó esa orientación formalista. En el mismo espíritu de su S 2-204 (2), que dispuso que el contrato se formara “aunque el momento de su formación es indeterminado”, la S 2-401 especifica que todas las normas del Libro sobre Ventas “con respecto a los derechos, obligaciones, y recursos del vendedor, *buyer, purchaser* (19), u otras terceras partes se aplican sin tomar en cuenta el título”. En efecto, entonces, quien paga las pérdidas y daños experimentados por bienes en el comercio son las compañías de seguros. El Código reconoce los términos internacionales CIF, FOB, y otros *incoterms*, no como términos referentes al precio, sino como formas cortas de asignar el riesgo de pérdida. Básicamente, entre el vendedor y el comprador (o mejor dicho, entre sus pólizas de seguros) recae el riesgo en la parte con control sobre los bienes en cuestión (20).

(19) Por razones técnicas, el Código distingue entre los sinónimos *buy* y *purchase*, aunque en la voz popular pueden corresponder a “comprar” y “mercar” en el castellano. En forma arbitraria, la norma separa el sujeto que “compra en el curso ordinario del comercio” a cambio de dinero o trueque o a crédito (*buyer in the ordinary course*), de una persona que “merca” (*purchases*) un bien por adquirir en cualquier forma un interés en ello, inclusive en especial la creación de una garantía mobiliaria. *Compárase* UCC S 1-201 (9) con S 1-201 (32).

(20) *Véase* UCC S 2-509, cuyo Comentario 3 dice:

el comerciante a quien corresponde hacer entrega física en su cursal sigue mientras tanto en control de las mercancías y se podría esperarle asegurar su interés en ellas. El comprador, por el otro lado, no ejerce control de las mercancías y es extremadamente improbable que tendrá seguro contra bienes aun fuera de su posesión.

[*a merchant who is to make physical delivery at his own place continues meanwhile to control the goods and can be expected to insure his interest in them. The buyer, on the other hand, has no control of the goods and it is extremely unlikely that he will carry insurance on goods not yet in his possession.*]

2. *El error mutuo en el objeto del contrato*

La cuestión del riesgo en caso de destrucción o daño a los bienes objeto de un contrato no es muy complicado (21), en comparación con otros riesgos contractuales. Primero, surge el problema del riesgo implícito en la formación: que el contrato sufrirá de un vicio de entendimiento en el momento que lo deja nulo *ab initio*. Entre estos vicios se podría clasificar el error mutuo y la frustración del propósito.

Un clásico ejemplo del error mutuo se halló en el caso *Sherwood v. Walker* (22), donde se vendió en \$80 una vaca de impecable linaje conocida como "Rosa 2da de Aberlone", entendiéndose las dos partes que el noble animal era incapaz de preñar. Si Rosa 2da. hubiera tenido posibilidades maternas, su precio habría aumentado varias veces. Antes de la entrega, y ante la sorpresa de todo mundo, la valiente Rosa 2da se encontró encinta. El vendedor demandó anular el contrato. El tribunal dictó sentencia: "si vendió la vaca, o contrató para venderla, basado en el entendimiento de ambas partes que era estéril, e inútil para el propósito de la crianza, y de hecho no era estéril, sino capaz de procrear", entonces no hubo contrato.

El *Restatement II* adoptó la doctrina del error mutuo en su S 152, planteando tres elementos imprescindibles para la nulidad: 1) el error tiene que ir en contra de una suposición básica sobre la cual se formó el contrato, 2) el error tiene que alterar en forma esencial el intercambio acordado de beneficios, y 3) el demandante no pudo haber asumido el riesgo del error en cuestión.

3. *La Frustración del Propósito*

Un concepto paralelo al error mutuo es la frustración del propósito. La fuente de la doctrina en el Derecho norteamericano son una serie de sentencias conocidas como los casos de la coronación, que tuvieron lugar a razón de la sucesión al trono inglés de Eduar-

(21) Aunque existe una amplia jurisprudencia sobre el problema de control, auspiciada por litigios entre las compañías de seguros. Véase White & Summers, *Uniform Commercial Code* 174-205 (2da ed., 1980).

(22) 66 Mich.568, 33 N.W. 919 (1887).

do Segundo en 1902. Cuatro días antes de la fecha fijada para la ceremonia, el rey designado sufrió un ataque de apendicitis, necesitando postergarla. Mientras tanto muchos sujetos habían alquilado acceso a ventanas con vista a la ruta del desfile, sólo por los dos días oficiales. Un tal Sr. Henry compró un cuarto con ventana en la habitación de un Sr. Krell, pagando £25 de adelanto. Cuando canceló la celebración, el Sr. Henry pidió la anulación de contrato y la devolución de sus £25. La Corte de Apelación falló en favor del Sr. Henry, porque “la procesión de la coronación era el fundamento de este contrato, y . . . el objeto del contrato se frustró por la no-ocurrencia de la coronación y su procesión en el día proclamado” (23).

La doctrina que sentó *Krell v. Henry* pasó al *Restatement II* en su S 265, que detalla cuatro requisitos para el demandante en el juicio de anulación a base de frustración de propósito: 1) el suceso tiene que haber “frustrado substancialmente” a su “propósito principal”; 2) la no-ocurrencia del suceso tiene que haber sido una “suposición básica sobre la cual hizo el contrato”; 3) la frustración debe haberse producido sin culpa del demandante; 4) ni el lenguaje del contrato ni las circunstancias pueden indicar al contrario.

Esta base para la anulación de un contrato acordado depende de hechos subsecuentes a la formación del contrato, desde luego, pero permite la anulación sólo en función del entendimiento originario de ambas partes, que pierde su razón de ser con la desaparición, o la frustración, de una suposición básica. El contrato no es, en ningún grado, imposible o impracticable en los casos de error mutuo o de frustración de propósito. Pudiera haber cumplido con la venta de Rosa 2da y el alquilar del cuarto del Sr. Krell sin trastornos e inconvenientes. Sin embargo, el por qué del contrato, en esos y otros casos que declararon la nulidad, no existió (24).

(23) [1903] *Krell v. Henry*, 2 K.B. 740 (C.A.). Este no fue el único juicio sobre el arrendamiento de ventanas a raíz de la procesión. Véase Farnsworth, *Contracts* 689-90 (1982).

(24) Quizás, en este contexto, el concepto civilista de la causa servirá de explicar las doctrinas estadounidenses. La causa se define, en el tratado de A. Colin, H. Capitant & L. Julliot de Morandiere, 2 *Précis de Droit Civil* 203 (3ra ed., 1964), como “el objetivo inmediato y determinan-

4. *Alteración de las Circunstancias: La Impracticabilidad Bajo UCC S 2-615*

El Código Uniforme de Comercio no tiene disposiciones concretas sobre el error mutuo y la frustración del propósito como bases de la anulación del contrato. Sin embargo, los admite por su S 1-103, que mantiene en vigor todas las reglas y doctrinas del *Common Law* que no contradicen el Código. Es más, el UCC contiene una norma que establece la impracticabilidad como base de anulación, la S 2-615:

Demora en la entrega o la falta completa o parcial de una entrega por el vendedor . . . no es el incumplimiento de la obligación bajo un contrato de compra-venta si el cumplimiento acordado se hizo impracticable por la ocurrencia de un suceso, la no-ocurrencia de la cual, fue una suposición básica sobre la cual se formó el contrato, o por acatar cualquier reglamento de gobierno extranjero o nacional. . . (25).

Aunque la norma en sí podría parecer muy semejante a las doctrinas civilistas relacionadas con la alteración de las circunstancias, en la práctica el Derecho norteamericano se encarga del problema del riesgo en el contrato de una forma que podría parecer inflexible al jurista de formación europeo-romanista. A primera vista, la jurisprudencia da muy poco alivio a las partes contratantes, a pesar de los contratiempos que le podrían complicar e imposibilitar el cumplimiento de la obligación contractual. Se justifica

te en vista de lo cual el deudor [la parte aceptando la obligación] se comprometió con el acreedor [la parte con derecho de exigir el cumplimiento de la obligación]”. Si esta definición es acertada, el caso de la frustración de propósito y el caso del error mutuo se explicarían como casos en que la causa o no existió en el momento de la formación o desapareció víctima de circunstancias subsecuentes.

- (25) Del lenguaje enredado de la S 2-615 un juez con mucho criterio para el Derecho Mercantil, *Judge Henry Friendly* del Segundo Circuito Federal de Apelaciones, con sede en Nueva York, opino, “la parte final de la norma parece una forma algo complicada de poner la pregunta del Profesor Corbin de cuanto riesgo habrá asumido el prometedor”. *United States v. Wegematic Corp.*, 360 F. 2d 674, 678 (2do Cir., 1966).

esta tradición, que casi nunca perdona el cumplimiento de la obligación pactada, por referencia al concepto del contrato como un bien mercantil, con un valor económico.

Recordemos, a estas alturas, que una discrepancia notable entre los dos sistemas —*Common Law* y civilista— es que en aquel los tribunales no suelen dictar sentencia para el cumplimiento del contrato (26). La sentencia, casi siempre, ordena el pago de una indemnización en vez del cumplimiento de la obligación específica.

Partiendo de esa visión de las obligaciones contractuales, el Derecho sí reconoce las doctrinas clásicas de alivio de estas obligaciones por alteración de circunstancias, pero en la práctica casi nunca las aplica en un juicio específico. Son muchos los ejemplos donde los tribunales han descartado alegatos de imposibilidad e imparcialidad, fuerza mayor, *rebus sic stantibus*, y otras excusas legales de la misma índole (27). Un ejemplo reciente, en una serie de casos famosos, es el de la empresa Westinghouse, que entró a competir sobre la construcción de plantas nucleares para la producción de electricidad. La concurrencia fue reñida, y la Westinghouse sacó ventaja al vender en paquete la planta física y además el abastecimiento a largo plazo de la materia nuclear, en un precio

(26) Véase UCC S 2-716.

(27) Con esta referencia a varias teorías mezcladas, señalamos la realidad en la jurisprudencia norteamericana. Lamentablemente, los tribunales muy a menudo confunden conceptos semejantes pero separados. Bien clasificado el problema que enfocamos aquí es “el problema de la excesiva onerosidad”, en la frase del Dr. de la Puente y Lavalle. II *Estudios del Contrato Privado* 93 (1983). La distinción más importante, que escapa la comprensión de muchos, recae entre circunstancias existentes en el momento de hacer el contrato, que pueden viciar la validez del entendimiento, y circunstancias sobrevinientes después, que pueden cancelar la prestación ya pactada en el sentido de librar una de las partes de su deber de cumplimiento.

No nos interesa aquí las reglas tocantes a circunstancias relacionadas con el momento creativo del contrato. En mi visión estos se explican por una aplicación rigurosa de los principios derivados sobre la formación. Habiendo pasado la etapa de formación, sin embargo, surge el problema del riesgo en concreto. En el momento de hacer el contrato las partes especulan con el riesgo; en el momento después los contratantes se convierten en rehenes de sucesos incontrolables.

fijo. Luego el mercado del uranio se encareció precipitadamente, y la Westinghouse se vió frente a pérdidas tan grandes que el entregar la materia prima en cumplimiento con sus contratos implicaba la quiebra.

Frente a la catástrofe económica, la empresa acudió a los tribunales en busca de exoneración de sus obligaciones pactadas, refiriéndose a la S 2-615. Pero la justicia no le ofreció amparo. En el comentario explicativo de la norma, cuyo título es “Excusa por Falta [*Failure*] de las Condiciones Presupuestas”, el Código dice

(1) Esta sección excusa al vendedor de la entrega de los bienes contratados, si su cumplimiento se hizo comercialmente impracticable por unas circunstancias sobrevenidas no previstas, fuera de lo contemplado por las partes en el momento de comprometerse (28).

La nota clave en la norma del UCC, explicado por el comentario, es la frase que acepta solamente aquellas circunstancias surgidas fuera de lo contemplado por las partes en el momento de firmar el contrato. Los tribunales resolvieron que un alza en el precio del uranio tuvo que estar dentro de las suposiciones de las partes, Westinghouse y sus compradores, debido a que pactaron un precio fijo como garantía contra exactamente este suceso. Aunque sus sentencias decretaban la bancarrota de la empresa demandante, las cortes fallaron en contra de Westinghouse. La gravedad de las circunstancias se demostró después, cuando los compradores de la

(28) El artículo 1.440 del Código Civil de 1984 exige “acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, lo cual entiendo como un enfoque igual en su espíritu y propósito al lenguaje de S 2-615 (a) del UCC, que exige “la ocurrencia de una eventualidad de la cual la no-ocurrencia fue una suposición básica sobre la cual se hizo el contrato”. En inglés, dice “*the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made.*” Desafortunadamente, la frase es tan opaca en inglés que respalda los argumentos de los escépticos quienes resisten y critican la codificación en general y la UCC en específico. Sin embargo, la sintaxis torturado tiene su razón de ser. Lleva su aplicación en un caso concreto a medir el entendimiento y contemplación de las partes en el momento de acordarse en el contrato.

materia prima llegaron a una transacción con la Westinghouse, en la cual cedieron muchos de sus derechos contractuales reconocidos en las sentencias judiciales. De otro modo estos derechos hubieran quedado nulos con la desaparición de la compañía vendedora.

La ley de contratos reconoce que a menudo es económicamente más ventajoso incumplir un contrato y pagar los daños resultantes que cumplir con las obligaciones contractuales. Sin embargo, hay ocasiones en que una parte se ve cogida entre la espada y la pared: ni puede cumplir con las obligaciones contractuales ni puede pagar los daños procedentes del incumplimiento. Donde más se da este caso es en los contratos a largo plazo. En ellos, una parte se obligará a suministrar bienes o servicios por un precio fijado; luego se incrementará el costo de los bienes o servicios, sin culpa suya, por encima de las previsiones de la parte que los debe. Continuar con el cumplimiento significa soportar grandes pérdidas económicas, dejándole una sola salida factible: incumplir el contrato y esperar a que un tribunal le exima del deber de pagar los daños ocasionados por su incumplimiento. Como vemos con el caso Westinghouse, si la parte obligada por el contrato basa su defensa en una o más de las teorías de imposibilidad, impracticabilidad comercial, *rebus sic stantibus*, fuerza mayor, u otras doctrinas que podrían —acertada o equivocadamente— plantear el problema de la excesiva onerosidad imprevisible causada por la alteración de las circunstancias, sus posibilidades son remotísimas.

Aunque se podría identificar diferencias procesales y sustantivas entre estas defensas, existe considerable similitud entre el problema de la impracticabilidad bajo S 2-615 y las doctrinas del error mutuo y la frustración del propósito, puesto que:

la impracticabilidad comercial bajo el Código Uniforme de Comercio (UCC) es básicamente una codificación de la doctrina del *Common Law* de la imposibilidad de cumplir, la cual, a su vez, está fundada en la doctrina del error mutuo y de la frustración del propósito (29).

El UCC 2-615 establece que un vendedor no ha incumplido su deber pactado si el cumplimiento acordado se ha hecho impracticable por una ocurrencia que las partes al contrato, en el momen-

(29) Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp., 517 F. Supp 440, 450 (S.D.N.Y. 1981).

to de hacerlo, presumieron no iba suceder jamás. Es decir, se produjo un suceso cuya no existencia era una suposición básica sobre la cual se hizo el contrato.

Otro requisito previo a la descarga del obligado bajo UCC S 2-615 es que este no haya asumido una obligación mayor bajo el acuerdo. Son cuatro las cuestiones que generalmente surgen en un litigio sobre impracticabilidad comercial:

- 1) ¿Se hizo el cumplimiento impracticable?
- 2) ¿Surgió la impracticabilidad de una eventualidad imprevista?
- 3) ¿Era la no ocurrencia de la eventualidad una suposición básica sobre la cual se hizo el contrato?
- 4) ¿Dispusieron explícita o implícitamente las partes el riesgo de que la eventualidad ocurriría? (30)

Como señaló el tribunal que las detalló, “La respuesta de cada una de estas preguntas depende en parte de las respuestas de las otras tres” (31).

En teoría pura, entonces, la impracticabilidad no significa la imposibilidad estricta. La impracticabilidad asume que el cumplimiento es económicamente posible (aun cuando físicamente es imposible), aunque sea sumamente onerosa, en forma de una indemnización. Luego, si el cumplimiento por indemnización es posible, una resolución judicial que libera al obligado de su obligación equivale a una determinación que el beneficio del incumplimiento para la parte inconvenida pesa más que el interés de la comunidad en hacer cumplir (pagar una indemnización) el contrato de acuerdo con sus condiciones explícitas. Así que, en cierta forma, se reduce a una cuestión de dinero.

Aunque la gravedad de la pérdida que se sufriría se toma en cuenta, no es lo clave en cuanto a la exoneración. Bajo el UCC 2-615, “el incremento del costo por sí solo no excusa del cumplimiento a menos que el aumento se deba a una eventualidad imprevista que altere la naturaleza esencial de la obligación” (32). Dado

(30) *Ibid.* p. 451.

(31) *Ibid.*

(32) Comentario 4, art. 2-615.

En el fallo en *Publicker Industries, Inc. v. Union Carbide Corp.*, 17 UCC Rep. 989 (E.D. Pa. 1975), el vendedor, Unión Carbide, soporó pérdidas superiores a \$5.8 millones de dólares debido a un aumento

que ha ocurrido una circunstancia imprevista que ha alterado la naturaleza esencial de la obligación, el aumento en el costo que la parte perjudicada debe soportar antes de que se admita su exoneración, depende del riesgo que esta persona haya asumido en el contrato (33). Pueden haber eventualidades que cambien la responsabilidad de una de las partes, pero ese elemento de riesgo existe en todo acuerdo mercantil. De verdad, el deseo de evitar ciertos riesgos e incertidumbre a través de deberes concretados en el presente para cumplir en el futuro es la razón que explica el fenómeno de la responsabilidad contractual en nuestra sociedad.

Parecería que el incremento en el costo del cumplimiento por sí solo no puede exonerar la parte afectada si el aumento se debe a una circunstancia prevista. Lo que es previsible ante los ojos de un tribunal, juzgando el asunto *post hoc*, es muy sensible a la interpretación dada a los hechos. En cierta forma, aquellos casos que impiden el cumplimiento son casi siempre sucesos previsibles; la única eventualidad imprevista se definiría mejor como la que el tribunal no encuentra dentro de su reconstrucción de la contemplación de las partes en el momento de repartir los riesgos contractuales, porque no se esperaría protegerse de ella.

Tan solo es lógico que una circunstancia no puede ser imprevista si una parte ha asumido el riesgo específico de que ocurriría. Por otra parte,

la previsibilidad o incluso el reconocimiento de un riesgo no prueba necesariamente su disposición. Que se considere algún riesgo extraordinario se puede probar, pero no establece necesariamente una disposición del riesgo en la eventualidad que de hecho ocurre (34).

Sin embargo,

en el precio de los derivados del gas natural. El tribunal halló que la Unión Carbide había asumido "el riesgo de un aumento del costo sustancial e imprevisto". En realidad, el aumento del costo no fue imprevisto puesto que dos años antes la OPEP había efectuado un aumento de precios del 25o/o.

(33) *Publicker Industriales, Inc. v. Union Carbide Corp.* 17 UCC Rep. 989, 992 (E.D. Pa. 1975).

(34) *Transatlantic Financing Co. v. United States*, 363 F. 2d. 317 (D.C. Cir. 1966).

Un consentimiento . . . que asume riesgos extraordinarios daría lugar a que [un tribunal] legítimamente juzgará la impracticabilidad del incumplimiento . . . en términos más estrictos que los que tendríamos ante una común eventualidad imprevista (35).

Esta jurisprudencia se encuentra en un caso resonado, *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, en el cual el tribunal no exoneró una compañía de fletes marítimos de sus obligaciones de repartir mercancías de los Estados Unidos a Irán por lo convenido bajo precio incluso, aunque tendría que transportarlas por la ruta del Cabo de Hornos, en lugar de pasar por el Canal de Suez como se había previsto. Y ello, porque los egipcios cerraron el paso por el canal, hundiendo varios barcos en sus esclusas. La ruta alternativa impuso una pérdida de \$44,000 dólares en el cargador, pero la corte determinó que “el riesgo del cierre del Canal de Suez podría estimarse como dispuesto por la *Transatlantic*’ (36). El caso es importante porque demuestra el criterio general del tribunal; no es que las partes debían haber contemplado el cierre del Canal de Suez en particular, sino que en el flete marítimo suelen suceder acontecimientos que complicarían la tarea del cargador. Este asume el riesgo, entonces, de alguna eventualidad inesperada *tal como* el cierre del canal.

Si la jurisprudencia parece negar por completo la posibilidad de eximir el deber contractual de una parte, a pesar de la teoría jurídica que admite la anulación, volteamos a un juicio donde sí fallaron en pro de un demandante buscando escapar sus responsabilidades acordadas, *Aluminum Company of America [ALCOA] v. Essex Group, Inc.* (37). La ALCOA se veía frente a pérdidas de más que unos \$60 millones de dólares, debido a un contrato de largo plazo para la venta de aluminio fundido. El acuerdo escrito entre las partes señaló una quinta parte del precio variable en función del índice oficial de precios al por mayor de insumos industriales,

(35) *Ibid.* en la p. 319.

(36) *Ibid.* El caso es importante porque demuestra el criterio general del tribunal; no es que las partes debían haber contemplado el cierre del Canal de Suez en particular, sino que en el flete marítimo suelen suceder acontecimientos que complicarían la tarea del cargador. Este asume el riesgo, entonces, de alguna eventualidad inesperada *tal como* el cierre del canal.

(37) 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

pensando las partes anticipar los movimientos del mercado de esta forma. El precio señalado resultó falso, no obstante, porque el costo del petróleo, que cubrió un gran porcentaje de los costos de la ALCOA (38), se adelantó mucho al índice señalado.

A cambio de otros contratos con precio fijo, que implica asumir el riesgo de cambios en el mercado, el acuerdo que hizo la ALCOA con su comprador, supuestamente, evitó todo riesgo de unas variaciones en el mercado, expresando su precio en relación a cotizaciones que fluctuarían a la par con los gastos del vendedor. Es decir, en vez de especular con el precio del aluminio fundido, las dos partes contemplaron amortiguar las variaciones en precio experimentables en un contrato a largo plazo. No se podría decir, en justicia, que ALCOA había asumido el riesgo de que ocurriría un aumento tan excesivo en los costos de su producto, ni tampoco que el comprador había aceptado la posibilidad de una baja fuerte en el precio de mercado (39). En consecuencia, el tribunal anuló el contrato y perdonó a ALCOA todas sus obligaciones contractuales.

Todo esto está de acuerdo con la doctrina clásica: el juez no puede hacer el contrato para las partes, sino tiene que descubrir y aplicar su intento en el momento de firmar el acuerdo. Sin embargo, el juez Teitelbaum de la corte federal de distrito en Pittsburgh donde se litigó *ALCOA*, agregó algunos comentarios a su sentencia de cuarentiun páginas que se la levantó a otro nivel doctrinario. El tribunal hizo su propia investigación sobre el derecho de otros sistemas frente al problema de la alteración de las circunstancias, excesivamente perjudicial para una de las partes. Después de haber reseñado sus fuentes en un apéndice que describió el Derecho de Alemania Occidental, Argentina, Brazil, Japón, Italia, Israel, y Chile, el juez concluyó:

[Cuando] el contrato deja de ser “justo” por razón de alteraciones en sus circunstancias, es decir cuando se determina que la justicia requiere un cambio en el contrato porque sucesos siguientes a su formación hacen injusto su cumplimiento, [el derecho de los países estudiados en general]:

-
- (38) En la producción de aluminio se utiliza muchísimo poder eléctrico, muy a menudo a base de combustibles derivados del petróleo.
- (39) Se supone, de igual manera, que si el mercado había bajado en grado mayor entonces el comprador pudiera haber demandado alivio del tribunal y ganado su juicio.

1. trata de establecer la posición e intento originales económicos de las partes;
2. trata de distribuir las consecuencias de la carga no prevista igualmente entre las partes;
3. trata de determinar qué habrían acordado las partes en caso de precaver lo que iba pasar; y
4. exonera la obligación desequilibrada y ordena la terminación del contrato, salvo que el demandado ofrezca una oferta equitativa de modificar el contrato (40).

La sentencia declaró que los hechos del caso ALCOA no requerirían la consideración de esta doctrina extranjera, pues los resolvió bajo la doctrina clásica estadounidense. No obstante, reforzó el resultado no solamente con referencias al derecho extranjero, sino con reconocer un “nuevo espíritu de derecho mercantil” (41), dando lugar a una sugerencia que “cuatro factores considerados en este fallo probablemente tendrán importancia perdurable en decidir si deben modificar contratos:

1. la previsión de las partes en cuanto a los problemas que últimamente volcaron el equilibrio de los acuerdos y su repartición de los riesgos asociados;
2. los intentos de las partes a limitar los riesgos;
3. la existencia de pérdidas graves; y
4. los usos y costumbres y expectativas de la comunidad mercantil en cuestión”.

Si se compara esta relación de factores importantes con la lista clásica (42), se hará notar el cambio que podría implicar el caso ALCOA. Los primeros dos factores están de acuerdo con la teoría clásica, aunque cambian su enfoque, pero los últimos dos son nuevos en cuanto a la modificación y no deben repercutir en el análisis según la doctrina que el tribunal tiene que juzgar a base del acuerdo entre las partes porque “el juez no hará el contrato para las partes”. Otra revolución doctrinaria del Juez Teitelbaum fue la unificación de las tres teorías antes consideradas distintas: error mutuo, frustración del propósito, y la impracticabilidad. La sentencia aplicó las tres teorías en tres análisis separados, y aseveró que la anulación cupo igualmente bajo cualquiera de las tres.

(40) Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc., 499 F. Supp 53, 93 (W.D. Penn. 1980).

(41) *Ibid.* en la página 89.

(42) Véase el texto en la nota 18 *supra*.

k. *Los usos y las costumbres dan una salida saludable de la doctrina en contra del alivio del riesgo*

La anulación fallada en el caso *ALCOA* era muy especial, aunque correcta, por su énfasis en los esfuerzos escritos en el acuerdo para precaver y cancelar el riesgo para ambas partes de una alteración en el mercado. La intención mutua era salvaguardar las dos del riesgo, y sólo la alteración de las circunstancias aceptadas como una suposición básica y fundamental del contrato, frustró las expectativas de las partes. Mayormente, los acuerdos escritos no detallan tanto el problema. Es decir, la jurisprudencia sentada por *ALCOA* no ofrece mucho alivio en el sentido general de excesiva onerosidad, porque las partes tendrán que haber pactado en contra de este riesgo en especial.

De todas maneras, desde hace muchos años, la práctica comercial templea la áspera doctrina jurisprudencial. En efecto, y especialmente en el comercio de ciertas mercancías más sujetas a fluctuaciones de precio, los comerciantes suelen ayudarse los unos a los otros cuando se presentan alteraciones tan onerosas como de las circunstancias presentes en los casos *ALCOA* y *Westinghouse*. Este hecho abre camino al amparo judicial, aunque no es por el lado del riesgo imprevisto —sea bajo nombre de error mutuo, frustración del propósito, o de la impracticabilidad— sino por el de la interpretación del lenguaje del contrato. Desde luego, este es otro camino en busca de las intenciones de las partes. Mejor dicho, da lugar a una construcción jurídica del intento y la contemplación de las partes, contradictoria al sentido superficial del texto escrito en el contrato, imponiendo los usos y las costumbres por encima de las palabras explícitas (43).

Un caso ilustrativo es *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.* (44). Dos comerciantes pactaron la venta de fosfatos al por mayor, siendo el comprador un minorista que quiso garantizar su

(43) Véase la parte I. *La Regla Contra la Prueba Oral* (Parol Evidence Rule) *supra*.

(44) 451 F. 2d 3 (4th Cir. 1971). Véase *Nanakuli Paving & Rock Co. v. Shell Oil Co.*, 664 F. 2d 772, 32 UCC Rep. 1025 (9 Cir., 1981), donde el tribunal de apelaciones hizo un análisis muy detallado de la jurisprudencia norteamericana sobre los usos y las costumbres como fuente contradictoria de las cláusulas escritas de un contrato.

inventario de fertilizantes. El contrato escrito especificó los precios para varios grados de mercancías que pudo requerir el comprador. Luego, el mercado cayó precipitadamente y los precios acordados hubieran implicado una pérdida grave para la parte compradora si tuviera que respetar su obligación escrita. O hubiera tenido que vender a pérdida, o a unos precios tan altos, que sus clientes no le compraría sus mercancías.

Según las doctrinas clásicas de exoneración que hemos expuesto anteriormente, habría tenido poca posibilidad de escapar la obligación, pues el hecho de especificar el precio indica que las partes contemplaban cambios en el mercado entre los riesgos presentes en el momento de hacer el contrato. Sin embargo, el demandante ofreció pruebas de que, en el comercio de fertilizantes, los precios del contrato no valen cuando hay movimientos exagerados en los precios de mercado. Parece que los usos y las costumbres en este mercado dictan un ajuste en favor de la parte perjudicada, sea vendedor (perjudicado por un alza en los precios del mercado) o comprador (perjudicado por una caída en los precios del mercado). El tribunal aceptó las pruebas (45), y dio razón al comprador perjudicado, reformando el contrato para conformar sus precios a los del mercado, así descargando a la parte compradora de una obligación aparente en la escritura entre las partes. El resultado en *Columbia Nitrogen*, en su efecto, no es exactamente igual a una liberación de la responsabilidad contractual por razones de error mutuo, frustración del propósito, o la impracticabilidad bajo S 2-615 del UCC, porque no decreta la anulación de la obligación. No obstante, el argumento se desempeñó en el contexto de las pruebas de usos y costumbres. La distinción es importante (46), por-

(45) Aplicando las SS 1-205, 2-202, y 2-208 del UCC.

(46) Véase Kozolchyk, "The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law", 40 *Louisiana Law Review* 1, 25: Significantly, the *Columbia Nitrogen* decision does not rest on the doctrine of unforeseeability of risk or *rebus sic stantibus*, but on its opposite an adjustment rule is deemed to have been adopted by [merchants in the phosphate trade], unless they expressly and categorically rejected it. (Significa mucho el hecho de que la sentencia en *Columbia Nitrogen* no yace en la doctrina de un riesgo no previsto o *rebus sic stantibus*, sino en su opuesto. . . una regla de ajuste se toma como acordado entre [comerciantes en el mercado de fertilizantes], mientras no la han rechazado expresa y categóricamente).

que el fallo en *Columbia Nitrogen* aplicó los mismos criterios generales —radicados en el consentimiento de las partes en el momento de pactar su negocio— utilizados para negar alivio de la perjudicialidad en otros casos.

La diferencia estuvo en la prueba del entendimiento. ¿Qué contemplaban los dos comerciantes de fertilizantes en el momento de intercambiar sus obligaciones en el documento siendo participantes en un mercado con usos y costumbres bien definidos en cuanto al asunto de precio, entendían implícitamente que en caso de movimientos bruscos en el mercado habría reformulación en favor de la parte perjudicada. El tribunal no se vió en apuros por una necesidad de *cancelar* una obligación definida en el contrato, sino en una función de *aplicar* el contrato por indagar el sentido profundo y exacto de la cláusula sobre precios. Si los usos y las costumbres demostrados por prueba judicial habían impuesto una anulación implícita en el acuerdo entre las partes, en caso de alteración en las circunstancias tal como la sucedida, entonces la sentencia del tribunal la habría decretado en su turno.

L. *La unconscionability también controla la repartición del riesgo; comparación con la doctrina de la lesión*

El efecto global de la jurisprudencia y las normas positivas del Código Uniforme de Comercio en los Estados Unidos aproxima al resultado bajo las doctrinas de los sistemas civilistas, si este es más benigno en la práctica y la jurisprudencia. Cabría distinguir a estas alturas otro fenómeno: el “contrato oneroso, por razón de la falta de equivalencia, existente en el momento de celebrarse el contrato” (47). Es cierto que en los EE.UU. no tenemos el discutido concepto de la lesión propiamente tal (48), o el “pre-

(47) M. de la Puente y Lavallo, *II Estudios de Contrato Privado* 13 (1983). Sin embargo, el Derecho Civil peruano no ha tenido siempre una definición tan amplia de la lesión. El Código Civil de 1984 llevó el concepto mucho más allá de sus aplicaciones en las normas del Código Civil de 1936. Véase F. de Trazegnies Granda, “Para Leer el Código Civil”, 9, 13 en *Para Leer el Código Civil* (Lima, 1984).

(48) Véase Código Civil Peruano de 1984, arts. 1447-1456. En especial, el art. 1447 exige una “desproporción entre las prestaciones. . . mayor

cio justo” derivado de las obras de Alberto Magno y Santo Tomás Aquino (49). Sin embargo, los sistemas latinoamericanos tocan con la lesión el mismo problema que la *unconscionability* reconocida por el UCC (50): un negocio tan desequilibrado en el momento de hacer el acuerdo, que carece del consentimiento de la parte perjudicada.

Aunque no existe mucha certeza en la doctrina de la *unconscionability* hasta el momento, en grandes líneas, ha sido utilizado para rescindir contratos entre consumidores de recursos limitados en cuanto a visión mercantil y comerciantes que tratan de aprovechar de la falta de sofisticación de aquellos, procurando definir el

de las dos quintas partes”, una fórmula matemática fuera del concepto y principio estadounidense del UCC. Cabe señalar que tampoco estuvo dentro de la disposición original del Dr. de la Puente y Lavalle. Véase Proyecto del Código Civil, art. 1470 (1982). Las circunstancias de la introducción de la fórmula matemática están descritas en Arias-Schreiber Pezet, “Lesión”, en *Para Leer el Código Civil II* 109, 116-17 (1985).

(49) Véase M. de la Puente y Lavalle, II *Estudios del Contrato Privado* 11-48 (1983); Kozolchik, “The Comercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law,” 40 *Louisiana Law Review* 1, 9-12 24-26 (1979), citando a de Roover, “The Concep of a Just Price: Theory and Economic Policy,” 18 *Journal of Economic History* 418 (1958).

(50) UCC S 2-302, muy semejante al Código Civil Alemán en su art. 138. En el concepto del UCC,

La prueba básica es si, a la luz de los antecedentes comerciales generales y las necesidades comerciales del comercio o caso en particular, las cláusulas resultan tan desiguales que sean *unconscionable* bajo las circunstancias existentes al momento de celebrarse el contrato. Comentario 1º al art. 2-302.

La norma concreta sólo dice que el tribunal “si juzga *unconscionable* el contrato o cualquiera de sus cláusulas”, puede rescindirlo o reformarlo. Esa formulación del concepto legislativo da lugar al poder judicial desarrollar su propia definición, conforme a las mejores tradiciones del *Common Law*, y los tribunales han contestado con lo siguiente:

Unconscionability se ha reconocido generalmente como una ausencia de elección por parte de uno de los actores junto con unas cláusulas que son irrazonablemente favorables a la otra parte. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F. 2d 445, 449 (D.C. Cir., 1965).

negocio por un contrato de adhesión con términos que dan “un 80o/o del pastel” al comerciante (51). La frase no quiere decir que la doctrina de la *unconscionability* prohíbe a una de las partes en un negocio sacar ventaja, sino sólo que no debe sacar más que lo necesario para definir su ventaja bien negociada, pasando a la opresión de su contraparte con sorpresas injustas en el acuerdo escrito (52).

Aunque un precio obviamente exagerado podría hacer *unconscionable* un contrato, otras cláusulas típicamente tachadas por *unconscionables* incluyen las que rechazan toda garantía de calidad en el mueble vendido, o las que pretenden excluir la posibilidad de reclamar daños y perjuicios más que “repuestos y reparación” en caso de una avería que podría haber provocado pérdidas muy por encima del costo de un repuesto (53).

Aunque teóricamente se podría rescindir un contrato entre comerciantes por el vicio de la *unconscionability*, son pocos los

(51) Declaración de Karl Llewellyn ante la Comisión Revisora de Nueva York cuando en ella se consideró la promulgación del UCC. Audiencias de 1954 de la *N.Y.L. Rev. Comm.*, 1 *N.Y.L.R. Comm. Rep. U.C.C.* 177 (1954).

(52) En el comentario a la S 2-302, Llewellyn y sus redactores lo expresaron de la forma siguiente:

El principio es una de prevención de la opresión y de la sorpresa injusta. . . y no de perturbar la repartición de riesgos conseguido por poder superior en el regateo.

Esta formulación del UCC es notablemente semejante a la formulación básica del concepto de la lesión por los redactores del Código Civil de 1984:

la sola desproporción evidente entre la prestación y la contraprestación al momento de la celebración del contrato no autorizaba su invalidación y ésta sólo se producía si resultare del abuso consciente por la parte beneficiada con ella, como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentra la contraparte o de su inexperiencia. Arias-Schreiber Pezet, “Lesión”, *op. cit. supra* nota 48 en las páginas 114-115.

(53) El ejemplo clásico es una parte que valdría casi nada en su precio, pero resulta clave para la función de la máquina, como los frenos de un automóvil. Si fallan los frenos y el vehículo se mete en un choque, po-

casos en que este resultado se ha producido, a consecuencia de la doctrina bien aplicada (54). Normalmente, donde hay equilibrio en el poder de regatear, los tribunales no se entremeten contra la autonomía de las partes.

M. Conclusiones sumarias

Lo importante del concepto de la *unconscionability* es su enfoque al momento de formar el contrato. Como todas las doctrinas que tratan el problema del riesgo, busca imponer las expectativas de las partes tal como las definieron ellas en el regateo. Responde a las preguntas ¿Qué entendieron las partes? ¿Cómo contemplaron resolver el problema en su consentimiento pactado? Quizás la aplicación de este criterio general representa el triunfo final de las inquietudes y los pensamientos de los maestros Corbin, Llewellyn, y sus discípulos, en la redacción del Código Uniforme de Comercio.

Hemos visto en los Estados Unidos un cambio traumático en nuestra doctrina sobre contratos en el último siglo, afortunadamente en pro de un Derecho más ajustado a la realidad del mercado y la equivalencia impuesta por las prácticas, los usos y las costumbres evolucionados por el intercambio diario del ser humano frente al imperio mundanal de ganarse la vida en una sociedad civilizada. Con las enseñanzas de Langdell y Williston, hubo un momento en que el Derecho estadounidense de Contratos anduvo en contra de la corriente humana, soñando con arrogarse el poder de imponer un sistema científico de reglas para ordenar las relaciones contractuales desde arriba.

dría causar muertes y pérdidas de alto valor en la propiedad. Si el vendedor se limita a ofrecer unos frenos en buena condición al comprador que ni tiene el coche por haberlo chocado y destrozado, no lo compensa sus daños y perjuicios.

- (54) Véase *Salt River Project Agricultural Improvement & Power District v. Westinghouse Electric Corp.*, 694 P. 2d 198, 40 UCC Rep. 418 (1984); *Raybond Electronics v. Glen-Mar Door Mfg.*, 22 Ariz. App. 409, 528 P. 2d 160, 16 UCC Rep. 121 (1974); J. White & R. Summers, *Uniform Commercial Code* 170-73 (2da ed., 1980). Sin embargo, hay sentencias que rescinden contratos entre comerciantes por el vicio de la *unconscionability*. Por ejemplo, *A & M Produce Co. v. FMC Corp.*, 135 Cal. App. 473, 186 Cal. Rptr. 114, 34 UCC Rep. 1129 (1982).

Si hay algo excepcional en nuestra experiencia, que refleja la lucha constante del jurista para percibir la realidad social y extraer de ella su orden, en reglas perdurables que respaldan y perpetúan ese orden, quizás será el tiempo concentrado en que produjo el choque entre dos conceptos fundamentales del contrato diametralmente opuestos. Normalmente, se supone que las luchas son más discretas, sobre puntos limitados, cuyos impactos refinan el cuerpo del Derecho sin volcárselo. En el campo del Derecho de Contratos, sin embargo, vivimos una revolución cuyo triunfo nos trajo no solamente una nueva visión del contrato sino su consagración en el primer código sustantivo en la historia jurídica del país.