Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO EN LA *COMMON LAW* AMERICANA

LIC. MATÍAS PÉREZ GARCÍA

INTRODUCCIÓN

Los abogados latinos, cuando viajamos a los Estados Unidos o estudiamos el derecho norteamericano de los contratos nos sorprendemos de la gran complejidad y multiplicidad de normas, derivada de las diferencias entre los Estados. Además, estamos muy acostumbrados a nuestro esquema románico latino, expandido en toda América Latina y Europa, a excepción de Inglaterra.

Los abogados en los Estados Unidos hablan de "la regla en Florida... ", "la regla en California...", etc. Luego, ante una cuestión general, la respuesta irá siempre acompañada de "...*depending on*..." o sea "...dependiendo de...".[1]

Sin embargo, por cuestiones prácticas y pedagógicas han habido grandes esfuerzos de sistematizar de manera mas o menos homogénea los principios universales del derecho norteamericano de los contratos, tanto en derecho positivo, como académicamente. En derecho positivo, este esfuerzo se ha constatado, por ejemplo, en la elaboración del *Uniform Commercial Code.* En doctrina, la tarea ha sido titánica. En un sistema consuetudinario en que, en principio, el derecho positivo se compone del conjunto de las decisiones de los jueces y en que no hay —por regla general— leyes escritas, la doctrina ha tenido que recopilar con sensibilidad fina y aguda, los principios normativos más o menos comunes de los contratos, haciendo una verdadera exploración de cirujano.[2] El círculo se cierra gracias a las grandes obras doctrinarias sobre *the law of contracts* y los célebres *Restatements;*

[1] HERMAN, Shael, *The United States' Experience: The Pluri-State Transactions Management in: Le droit privé Européen.* Memorias del coloquio de Reims, Francia, 1997, 1ª ed. Económica, Paris, 1998. pp. 150 y ss.

[2] V. *infra,* Los Restatements 1st y 2nd.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En un principio, el órgano de justicia crea el derecho a través de muchos años, luego, la doctrina sistematiza los principios que se enseñan en la universidad para formar a los *lawyers* y a los *judges*. Pero el círculo no queda herméticamente cerrado; el derecho se sigue creando con cada decisión que refuerza un principio, llena una laguna, establece excepciones o incluso revierte tal principio.

La complejidad, especificidades y diferencias de la *law of contracts* americana en relación con el derecho civil de los contratos en México y en los países del mismo sistema, se debe a una génesis totalmente distinta. Una breve explicación de los datos históricos se revela de gran interés.

El derecho de los contratos y sus teorías, en derecho anglosajón se edificaron en gran medida a partir de reglas procesales y de competencia de los distintos tribunales. Es curioso que el derecho procesal y el derecho orgánico que determina la competencia de los tribunales, sea tan importante, que en un principio era la horma a la cual se tendría que adaptar el derecho de los contratos.[3]

Todo comienza en la Edad Media en Inglaterra. Existían dos órganos jurisdiccionales. Las cortes del rey o *common law courts* y la Cancillería o *Chancery*. Para poder demandar en justicia a una persona, era necesario llegar a las cortes del rey con una orden llamada *Writ* concedida por el *Chancellor*.[4] Se trataba de un documento en que se establecía la suma reclamada y el deseo de hacer comparecer ante las cortes del rey al demandado. Cuando se reclamaba una prestación derivada de una promesa, el *Writ* tomaba la forma de un *praecipe*. Una carta dirigida al demandado dejándole dos opciones: Cumplir con lo pedido, o explicar las razones por las que no había hecho lo que se esperaba de él.

En materia contractual, existían tres *Writs*, a saber, el ***writ of detinue***, para obtener la entrega de un bien determinado prestado, dado en deposito, etc., es decir, la devolución de cosa ajena. El demandado podía devolver la cosa, o bien, pagar su valor. El demandado podía defenderse " llamando" o " apelando a la ley". Para ello, debía reunir doce testigos bajo juramento que confirmaran lo que el demandado decía. Para hacer ejecutar una promesa solemne, o sea,

[3] Para una interesante comparación de este fenómeno con el derecho romano clásico, v. Floris, Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano* 17ª ed., Esfinge, México 1991, pp. 138 y ss.

[4] Esta fase del derecho privado anglosajón tiene rasgos similares al *ordo iudiciorum*, que es la primera gran fase histórica del derecho procesal civil romano. Existía un praetor que era una especie de juez de instrucción que estudiaba las pretensiones y concedía las acciones y el iudex que juzgaba el fondo a partir del documento expedido por el pretor. V. Floris Margadant, *ob. cit.*, pp.152 y ss.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

hecha con el formalismo del sello del promitente, se concedía el ***writ of covenant***. Nótese que en el antiguo derecho inglés, las promesas consensuales no daban derecho a ningún *writ*, luego, el demandado no tenía acceso a la justicia y la promesa quedaba sólo como fuente de una obligación natural. Por el ***writ of debt*** se reclamaba una suma de dinero debida, cualquiera que fuese su causa. Podía reclamarse a título de restitución, o bien, a título de precio debido. La desventaja era que en el *writ of debt*, como en el *writ of detinue*, el actor se arriesgaba a que el demandado llamara a sus doce testigos para negar los hechos en los cuales su reclamación se fundaba. Hasta aquí, cada reclamación requería un tipo especial de *writ* para llegar hasta las cortes del rey.

Hacia el siglo XV el sistema jurídico inglés se va desarrollando y va adquiriendo cierta complejidad. Se crea un sistema de leyes correccionales para los delitos considerados como civiles, es decir, las conductas ilícitas no comprendidas por el derecho penal. Los delitos civiles, son contemplados en la *Law of Torts*. De un modo que pudiera parecernos raro a los juristas latinos, el derecho anglosajón de los contratos era sancionado, no por un derecho autónomo de los contratos, sino por la *law of torts*, es decir, mas o menos lo que hoy sería el derecho de la responsabilidad civil. Y es a través de este sistema de normas, que el contrato va a encontrar una acción procesal genérica, que engloba todas las hipótesis de reclamación por incumplimiento. El razonamiento moral de los jueces era el siguiente. Porque es inmoral incumplir una promesa, es un delito causar un daño por incumplir una promesa. En un principio se concedía la acción de *assumpsit* contra quien, habiendo ejecutado mal su obligación, causaba un daño. En efecto, al principio, la acción se daba sólo en caso de cumplimiento parcial, imperfecto o retardado de las obligaciones prometidas y no por incumplimiento total de la promesa. La *Chancery* veía en el cumplimiento parcial, imperfecto o retardado, una acción susceptible de causar un daño, mientras que el incumplimiento total implicaba una omisión. ¿Cómo la ausencia de conducta podía causar un daño? Era difícil concebirlo en la técnica anglosajona de la época. No fue sino hacia 1485, que los tribunales del rey, celosos de la enorme competencia que guardaba para sí la *Chancery*, que decidía sobre la procedencia de una pretensión en justicia, crean una acción genérica indemnizatoria para el caso de incumplimiento total o parcial. Los grandes principios generales propios y comunes a todos los contratos comienzan a surgir. Si John hace una promesa que crea en George una expectativa, y que por esa expectativa George sufre un daño, ya sea por que la expectativa lo hizo desembolsar dinero para

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

pagarle a John la cosa prometida, o por cualquier otra razón, ese daño debe ser reparado por John.

Aquí nos damos cuenta de la razón por la cual en derecho anglosajón, la acción contractual esta encaminada, no al cumplimiento forzado de la prestación específicamente prometida *(specific performance),* sino al pago de una reparación equivalente. No es en sí el contrato que trae aparejada una acción de ejecución, sino el daño sufrido, que trae aparejada la acción de reparación.

Ya desde 1565, la noción de *consideration,*[5] surgió para explicar otro concepto fundamental en la *common law* de los contratos: la teoría del *bargain.* La *consideration* explica el carácter obligatorio de un acuerdo por la reciprocidad de las promesas o de las prestaciones. Es un poco el equivalente a la teoría de la causa de la obligación contractual en los sistemas de la *civil law.*[6]

Había que darle también un sustento técnico jurídico al fundamento moral de la fuerza obligatoria del contrato, es decir, había que explicar jurídicamente la *reliance theory.*[7] La *consideration* va entonces a convertirse en la columna vertebral del contrato. Y mientras la *consideration* era —y sigue siendo— el fundamento substantivo del contrato, la acción de *assumpsit* era el instrumento procesal para obtener la ejecución del contrato, siempre y cuando este cumpliera con el requisito formal de implicar una *consideration.* En aquella época, para que el contrato fuera coercible tenía que probarse que existía una *consideration* actual. En otros términos, una contraprestación en razón de la promesa y no una contraprestación recibida antes. Las promesas unilaterales o donaciones que tenían un carácter remuneratorio, y las promesas hechas en razón de una prestación que iba a recibirse en el futuro, no eran coercibles porque no tenían una contraprestación actual. Veremos más adelante que esto evolucionó y en algunos casos las promesas remuneratorias por valores o servicios recibidos en el pasado o por recibir en el futuro, son posibles y coercibles.

---

[5] V. *infra,* II. 5.A).

[6] En Francia, Italia, Suiza, y España y en todos los países de Latinoamérica la causa es un elemento en los contratos. Excepto en México. Las comisiones de los códigos mexicanos nunca entendieron la utilidad de la causa de la obligación, y la doctrina se quedó conforme con lo que hace 90 años dijo Planiol sobre la causa. Es vergonzoso que aún hoy en día se siga escribiendo sobre las ideas anticausalistas de Planiol cuando en Francia quedaron aplastadas desde 1923 por Henri Capitant, entre muchos otros.

[7] V. *infra* I.1.B). Veremos también más adelante que el *detrimental reliance,* es decir, la prestación en respuesta de una promesa condicionada, es un substituto de la *consideration* la *common law* americana contemporánea.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Hasta aquí tenemos un derecho de los contratos totalmente difuso, que toma prestadas sus reglas de los delitos civiles y que dependen en gran medida del derecho procesal. Las reglas de fondo de los contratos se sustentan en gran medida en la *law of torts,* o sea, los delitos civiles y las reglas sobre la eficacia y coercibilidad del contrato, que determinan su fuerza obligatoria en la práctica, están encerradas en el derecho procesal. El contrato, hasta aquí, no tenía ninguna autonomía como institución jurídica y carecía de una teoría general, aunque dejaba ver la necesidad de ciertas reglas y nociones propias y autónomas, como la *consideration,* el *bargain,* etcétera.

Poco a poco los tribunales fueron construyendo reglas que cortaban el cordón umbilical del contrato con otras disciplinas y que por otra parte hacían evolucionar las pocas reglas y nociones que ya eran propias del contrato. Los formalismos se flexibilizan, nace el contrato consensual, las acciones se unifican, etc. Así, hacia 1600, los tribunales ingleses admiten finalmente la acción de *assumpsit* como acción genérica contractual que substituye al *writ of debt* y que admitirá la coercibilidad de los contratos consensuales. El *assumpsit* pasaba de ser una acción delictuosa, a ser una acción contractual, aunque existen dudas sobre si los juristas de la época razonaban en términos estrictos de la diferencia entre lo contractual y lo extracontractual. Para ellos un acto ilícito, ya provenga de un delito, o del incumplimiento de un contrato, es un acto ilícito, y el autor debe responder.

La aceleración forzada del comercio en las trece colonias, necesaria para lograr una independencia económica total de la corona inglesa, hizo que, una vez declarada la misma, el contrato fuera una noción más bien basada en lo económico que en cuestiones teórico-jurídicas.

Por razones económicas y de desarrollo comercial, la Constitución americana prohibía obstaculizar la fuerza del contrato. La libertad contractual absoluta quedaba protegida. La *consideration* estaba en el centro de la teoría del *bargain,* o sea, la reciprocidad de las prestaciones entre las partes. Esta era la justificación jurídica. Es tan radical el requisito de reciprocidad, que los contratos gratuitos no eran jurídicamente obligatorios. Lo que no se controlaba era el equilibrio contractual. Bastaba que la promesa tuviera una *consideration* para su validez sin importar el valor de ésta. Esta era la libertad sagrada: Cada parte es libre de contratar como quiera o de no contratar; basta con calificar de reciproca la promesa.

Los tribunales se esforzaban por sistematizar el derecho, pero el dinamismo del comercio y la rapidez de la evolución de sus formas y usos, hacía cada vez más difícil la creación de un sistema más o menos

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

homogéneo. El legislador federal tuvo que intervenir sobre todo cuando surgieron concentraciones económicas que tenían como contraparte los sectores económicamente débiles y por consecuencia la desigualdad entre las partes contratantes. Así resume la doctrina este fenómeno: "Si la libertad contractual era un fundamento válido y aceptable en un ambiente socio económico igualitario en oportunidades y recursos, esta misma libertad pierde sentido y razón de ser en una sociedad civil completamente controlada por las concentraciones de instrumentos de producción y la acumulación desigual de riqueza".[8]

Al lado de esta necesidad de protección legislativa, surge una necesidad de sistematización legislativa, para dar cierta uniformidad y sistematización a un conjunto de normas —ya lo vimos— bastante complejo. Así, el legislador interviene con el *Uniform Commercial Code.* Su génesis comienza en 1932 y culmina en la versión final en 1952. Se trata de una ley federal en materia de comercio, que fue adoptada como ley local por la mayoría de los Estados. La diferencia entre un Estado y otro y un Estado y la federación radica en la interpretación y los mecanismos de aplicación de este código. Encontramos así, importantes contradicciones en decisiones de jueces de Estados distintos en casos idénticos.

No sólo el legislador se empeña en una cierta uniformidad. La doctrina hace su labor, como lo hemos señalado. En 1923 se creó el *American Law Institute* para sistematizar las decisiones jurisprudenciales. En 1932 se publica el *Restatement of Contracts,* obra sobre todo del profesor Williston. Se presenta como una recopilación de grandes principios extraídos de la jurisprudencia y seguidos de comentarios doctrinales. Ni estas reglas ni sus principios son fuente formal del derecho estrictamente. Su valor era meramente doctrinario y pedagógico. Pero poco a poco los tribunales se fundaban más en esta obra. Se convirtió en una verdadera fuente informal.

En 1981 se publica el *Second Restatement of Contracts.* Esta vez fueron principalmente A. Corbin y A. Farnsworth los recopiladores.

Ambos *restatements* incitaban a los jueces a referirse al *Uniform Commercial Code,* sobre todo en tratándose de la apreciación de la buena fe de los contratantes, o en tratándose de la teoría de la *unconscionability,* o sea, abuso o injusticia en los contratos.

Hoy en día, la jurisprudencia, que antes fuera la fuente única y sagrada del derecho americano, comparte su lugar con otras fuentes, la legislativa, formal, y la doctrinaria, informal. A lo largo de este trabajo,

---

[8] Alain A. Lavasseur, *Le contrat en droit américain,* 1ª ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 10. El autor es profesor y director adjunto del Civil Law Center de la Universidad de Louisiana, E.U.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

el lector constatará que las particularidades del derecho norteamericano de los contratos se deben en gran medida a su curso histórico.

Tratamos en este trabajo de comprender la *common law* americana de los contratos y sus principios generales en lo que toca a los elementos del contrato sin pretender agotar las complicadas variantes derivadas de la multiplicidad de los sistemas estatales.

Para abordar el tema, hacemos uso de un análisis clásico. El contrato americano, aunque en términos prácticos sirve para lo mismo y tiene consecuencias parecidas al contrato latino, es concebido de manera distinta en su noción y en sus fundamentos. Abordar la concepción norteamericana del contrato y los fundamentos de su fuerza obligatoria (**I**) es necesario para comprender las reglas de su formación, sus elementos, y los requisitos de tales elementos (**II**).

I. La noción y los fundamentos del *contract* en derecho anglosajón

Un *contract* es una promesa o conjunto de promesas para cuyo rompimiento la ley da un remedio, o cuyo cumplimiento es reconocido por la ley en cierto modo como un deber.[9]

La mayoría de la doctrina opina sin embargo que tal definición es incompleta. Se propuso entonces una definición más general: *A contract is a legally enforceable agreement,* o sea, un acuerdo legalmente coercible. A su vez, para completar esta última definición, el término *agreement* o acuerdo significa, según el *Second Restatement,* una manifestación mutua de consentimiento de la parte de dos o más personas.[10] El contrato se define también como el conjunto de relaciones entre partes en el proceso de proyectar intercambios en el futuro.[11] El *Uniform Commercial Code* define por su parte al contrato como la obligación totalmente legal creada por un *bargain,* es decir, por un acuerdo recíproco.

El fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en la *common law* es doble. El fundamento filosófico (1) tiene que ver con la libertad individual (A) y el carácter "sagrado" de la promesa (B). El fundamento práctico por su parte, se ve justificado por las necesidades del comercio y de la economía (2).

---

[9] Williston, *Contracts* §1 :1 4ª ed., Lord, Nueva York, E.U, 1990, Definición consagrada tal cual en el *Restatement of Contracts* de 1932, y después en el *Second Restatement of Contraets* de 1981.

[10] *Restatement* 2nd. §3.

[11] Macneil, *The New Social Contract.* 4. 1980.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

1. *El fundamento filosófico*

Por una parte, la libertad individual con todas sus implicaciones, como son, la autonomía de la voluntad, y por otra, la coacción moral que implica honrar una promesa calificada desde la doctrina antigua como sagrada.

A) *La libertad individual*

a) El enfoque iusnaturalista. El análisis de la mayoría de la doctrina y de ciertas decisiones clásicas de la jurisprudencia es sin duda iusnaturalista. La idea es que existe un principio de libertad del ser humano que es anterior a todo gobierno e independiente de él. La interpretación americana de la teoría del contrato social, concluye que el Estado está necesariamente basado en una voluntad conjunta de los miembros del cuerpo social, anterior a aquél. En esos términos se razonaba desde el siglo XVII en Inglaterra.[12] Por su parte, el juez John Marshall, a propósito de las leyes sobre los contratos, dijo: "Sí, buscamos los orígenes del derecho a contratar y las obligaciones creadas por los contratos hasta su fuente, concluiremos razonablemente que esos originales y preexistentes principios, son, como muchos otros, derechos naturales venidos a la par del hombre hacia la sociedad, y, no obstante que dichos derechos deben ser controlados, no son dados por la legislación humana."[13] He aquí una manifestación pura del iusnaturalismo americano. La libertad intrínseca del individuo, soberana y anterior inclusive al gobierno y a la legislación, funda la posibilidad de obligarse en un contrato.

b) La autonomía de la voluntad privada. Reconoce a la ley. Es la ley la que por lo menos, limita esa libertad que tienen las partes para obligarse en los términos que mejor convenga a sus intereses. Es la ley la que delega esta facultad de crear una norma obligatoria en los particulares. Si acaso esta libertad no dimana de la ley, sino del propio individuo, por lo menos la ley sí establece sus limites.

Según esta postura, el individuo, al hacer ejercicio de su libertad, no puede más que proteger sus intereses, es responsable de ello y las personas con las que contrata no deben ser las víctimas de su irresponsabilidad.

---

[12] Un jurista inglés de la época dijo: "... *both judge and prisoner have consented to a law that if either of them steal, they shall be hanged*", es decir: "...ambos, juez y prisionero han consentido una ley en que si cualquiera de ellos roban, deberán ser colgados." Selden, Table-Talk (Headings Equity and War).

[13] Ogden *vs.* Saunders, 25 U.S. (12 Wheat.) 213, 345, 6 L.Ed. 606 (1827). Ver también, de Isaacs, *John Marshall on contracts: A Study in Early American Juristic Theory,* 7 Va.L.Rev.413 (1921).

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

B) *La coacción moral*

La religión tuvo cierta influencia en la formación de los fundamentos jurídicos del contrato a lo largo de toda la historia del derecho anglosajón, como del derecho latino-germánico. Los fundamentos jurídicos canónicos fueron imitados de diferentes maneras en la normatividad de la vida privada y comercial. Así, en derecho anglosajón, la falta en el cumplimiento de una promesa hecha en un acto de voluntad libre, es una ofensa a Dios.[14] Es verdad que en nuestros días, este fundamento puramente religioso ha pasado a ser menos dogmático y más humanista. Pero en la formación del derecho anglo-americano, tuvo bastante influencia.

Más allá de este dogma, existía otra corriente que fundaba la fuerza obligatoria del contrato en la *Reliance Theory*. Según esta teoría, una promesa no es obligatoria por el solo acto de voluntad de quien la hace, sino por la expectativa que crea en su destinatario. Es esta expectativa del destinatario de la promesa, la que no debe ser traicionada. Este es el verdadero fundamento moral del contrato, según sus expositores. En efecto, cuando los tribunales americanos condenaban al contratante incumplido, era —y sigue siendo— porque en la expectativa de su contraparte, al romperse, causaba daños a éste.

2. *El fundamento práctico*

Una fuerte corriente, avivada sobre todo hacia 1970 en los Estados Unidos y que encuentra su origen en los economistas de la escuela de Chicago, pretendía que el único fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, son las necesidades de la economía, en particular del libre mercado. Cualquier fundamento moral o filosófico del derecho, era intrascendente frente a una evidencia práctica aplastante. El comercio necesita previsibilidad en cada transacción. Esta seguridad no nace de la moral, ni de la lógica filosófica, sino del pragmatismo del comercio. Los exponentes de esta escuela, llegan al extremo de desconfiar de los juristas o *lawmakers* para preservar o mejorar el sistema de organización privada de la economía. La ley en los contratos impone un modelo forzado a la organización y al dinamismo de esta economía privada.[15]

Y así como la escuela de Chicago, que tiende al extremo capitalista más puro, desprecia cualquier normatividad del contrato, tam-

[14] CALAMARI, John D., Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, 4ª ed., West Group, Minesota, E. U. 1998.

[15] El profesor Hillman en una crítica a esta escuela, sintetiza lo que pretenden los economistas en un estudio remarcable: *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. 214. 1997.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

bién las escuelas opuestas, es decir, las más comunitaristas de los Estados Unidos, critican la teoría jurídica del contrato. El consentimiento, tal como está tratado por el derecho, no puede ser base de la obligación del individuo. El Estado debe predominar para dar base a la fuerza obligatoria del contrato según esta escuela llamada *Critical Legal Studies* (CLS).[16]

En síntesis, no podemos decir que alguna de las escuelas o ideas aquí citadas tiene preponderancia en el derecho positivo de los contratos en los Estados Unidos. Al igual que en México, el derecho positivo sigue su curso sin apegarse a una sola de las corrientes. Todas ellas explican desde distintos puntos de vista, el porqué el contrato es obligatorio.

II. La formación del *contract*

Todo contrato en derecho americano supone un acuerdo bajo las siguientes dos modalidades: Un intercambio de promesas, o bien, un intercambio de prestaciones.

El contrato es estudiado en los Estados Unidos de manera muy práctica y realista. Se entiende —no como el concurso espontáneo de voluntades— sino como una oferta *(offer)* seguida de una aceptación *(acceptance)*, esto es, una respuesta de regreso. La visión así establecida es práctica, porque su aplicación a la vida diaria de los contratos es más adecuada. Es realista porque los contratos no se forman por un acuerdo de voluntades espontáneo. Lo importante para los americanos es cómo se llegó a ese acuerdo. No existe una espontaneidad mágica que crea el acuerdo. Existe siempre una oferta, una propuesta que se comunica, una reflexión y una respuesta que puede ser en tres sentidos: Una negación, una aceptación lisa y llana, o una contrapropuesta.

No hay contrato si no hay claridad y precisión tanto en la oferta como en la aceptación de tal suerte que las obligaciones y derechos de las partes queden perfectamente determinados por muy simple que el contrato sea. De ello se desprende una constatación: Los contratos escritos en Estados Unidos son demasiado detallados y largos. Esto se debe a que el derecho procesal americano en materia de pruebas es demasiado restrictivo. Así, en presencia de un contrato escrito, no se acepta ningún medio de prueba para desvirtuar la voluntad de las partes. Por eso es que una vez terminado el documento, nada podrá presumirse ni probarse en contra o más allá de lo escrito.

[16] Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, 96 Harvard Law Review. 561 (1983).

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

1. *La oferta*

La cuestión es saber cuando una oferta o promesa es obligatoria, es decir, apta para formar un contrato. La autonomía de la voluntad y la estabilidad de las transacciones, es decir, la seguridad jurídica, predominan frente a los mecanismos de modificación del contrato. Para ello el consentimiento debe expresarse con formalismos estrictos. Mientras que en derecho mexicano, cualquier declaración unilateral de voluntad con contenido jurídico es susceptible de conformar un contrato y por ello ser obligatoria, en derecho americano ciertos formalismos se imponen para que una oferta se considere jurídicamente obligatoria. Las negociaciones, propuestas y pláticas pre-contractuales no son consideradas como ofertas. Así, curiosamente, mientras que en los sistemas románico-latinos el anuncio publicitario constituye una fuente de obligaciones por ser una promesa contractual, en los Estados Unidos no es fuente de obligaciones. La publicidad no es considerada una *offer* en términos jurídicos por ser demasiado imprecisa. Esta imprecisión sale del formalismo necesario para que se presuma que el oferente quiso obligarse. El anuncio publicitario es considerado como un acto sólo para dar a conocer el interés de una persona o empresa de invitar a otras a conocer un producto, un servicio y sus condiciones para un eventual inicio de negociaciones que pueden desembocar en promesas más concretas —estas sí—, obligatorias, y si son aceptadas, se concluye un contrato.

Sin embargo, excepcionalmente, si el anuncio es hecho en términos explícitos que constituyan una promesa concreta e indubitable, por ejemplo: "Vendo diez cachorros pastor alemán con valor de 1,000 dólares cada uno y a un dólar el primero, para el primer cliente que llegue." Esta promesa es suficientemente precisa. No sería lo mismo decir: "Se pintan automóviles, calidad y buen precio", porque ello no contiene una oferta precisa. El *Restatement of contracts* dice que existen ciertas fórmulas que revelan una oferta directa, precisa y una intención clara de obligarse, y que deben ser obligatorias.

A) Los requisitos de la oferta. La oferta debe ser:

a) *Bien comunicada.* Las circunstancias y los medios por los cuales se comunica una oferta pueden revelar la seriedad de la misma y la intención del oferente de obligarse jurídicamente. Puede ser que las circunstancias de la comunicación no tengan ni la más mínima formalidad, y que el medio por el que se hace la oferta hagan creer que el oferente no tiene intenciones de hacer una *promisse.* Así, una oferta hecha en un bar a las cuatro de la mañana no es coercible. Una oferta hecha en un estado anímico de enojo, de tristeza, cólera o alegría extremos, no es una oferta seria, luego, no es susceptible

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de engendrar acción alguna. Lo mismo para una oferta hecha por Internet, en una conversación de amistad, o por vía celular en un mensaje S.M.S. Son entonces las circunstancias y los medios de la comunicación, los que van a determinar la seriedad y la intención del oferente. Una promesa bien comunicada es aquella de la cual se desprende una promesa objetivamente seria.

b) *Susceptible de ser respondida.* En efecto, la ausencia de elementos en la oferta que permitan al destinatario responder, la oferta será ineficaz. La falta de intención de obligarse por parte del oferente, quedaría revelada. Ahora bien, cuando la respuesta puede hacerse por los medios comunes de comunicación (teléfono o correo o cualquier otro idóneo) por ser del dominio público los datos del oferente, el análisis se hará desde el punto de vista de la seriedad de la oferta, y ya no desde el punto de vista de la posibilidad de darle respuesta. La oferta seria, se tendrá por obligatoria siendo que el destinatario puede responderla por tener los datos del oferente.

c) *Definite o definida.* No se trata sólo de la seriedad de las circunstancias y los medios de comunicación de la oferta, ni de la posibilidad de la respuesta, sino de la claridad y precisión del contenido de la oferta. La precisión debe comprender no sólo la descripción del objeto material, sino de las condiciones y modalidades tanto de la prestación del bien o servicio, como de la contraprestación que el oferente espera en reciprocidad del destinatario (precio, intereses, etc.). Esta definición o precisión de la oferta va a determinar su carácter obligatorio y su aptitud a formar un contrato por que mientras más clara y precisa sea una oferta, mayores expectativas legítimas crea en el destinatario *(expectation interest).*[17] A mayor precisión, mayor expectativa; a mayor expectativa, mayor interés tendrá la ley en que la promesa se cumpla, luego, mayor fuerza obligatoria.

B) Las causales de terminación. La oferta se termina por revocación (§1) o por expiración (§2).

§1. La revocabilidad de la oferta depende principalmente de dos aspectos:

a) *La aceptación del destinatario.* La revocación de la oferta contractual en la *common law* americana puede hacerse siempre que el destinatario no la haya aceptado. A diferencia del derecho mexicano, en Estados Unidos la oferta es revocable antes de la aceptación, aun en presencia de la cláusula de irrevocabilidad contenida en la oferta. Ahora bien, si la oferta se hace *under seal* es decir, con un formalismo al cual la ley atribuye la consecuencia de irrevocabilidad, o bien,

[17] LEVASSEUR, Alain A., *ob. cit.*, p. 22.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

si se trata de una promesa remuneratoria, es decir, en reciprocidad de la cual existe una *consideration,* será irrevocable. Un ejemplo de este último caso puede ser una promesa a cambio de un precio de inmovilización, es decir, un precio fijado al mantenimiento de la oferta. Esto ocurre sobre todo en materia de inmuebles, cuando se da lo que en México se conoce como el "apartado", que no es una cantidad a cuenta del precio de la cosa, sino a título del término de mantenimiento de la oferta. Fuera de estos dos casos *(promise under seal* o promesa con *consideration)* la promesa es revocable antes de la aceptación del destinatario.

b) *La comunicación de la revocación al destinatario.* El destinatario de la oferta que no ha aceptado, debe conocer la revocación para que ésta sea eficaz. La comunicación puede o no ser formal. Basta con que el destinatario se entere por cualquier medio de la revocación antes de haber aceptado, para que la oferta deje de tener efectos.

c) *Duración de la oferta.* Si la oferta se hace otorgando un cierto término al destinatario para que acepte, la oferta será irrevocable durante ese término. Existen en derecho norteamericano dos maneras de contar este término según el lenguaje utilizado en la oferta. Normalmente se distinguen dos modos de expresar un término que parecieran confusos, aunque se encuentran bien distinguidas. No es lo mismo decir: "...espero la respuesta en cinco días...", que: "... usted tiene cinco días para aceptar...". En el primer caso, el término comienza a contar a partir del día en que la oferta es emitida, mientras que en el segundo, el término corre desde el día en que el destinatario recibió la oferta.

Si la oferta no contiene un término de aceptación, la jurisprudencia americana ha establecido la noción de *reasonable time*[18] o término razonable, y la doctrina autorizada, fuente informal del derecho positivo, ha recogido esta misma noción.[19] El término razonable depende del objeto del contrato.[20] Todo dependerá entonces de si se trata de un producto perecedero, de la variabilidad de su precio;[21] Si se trata de acciones cotizadas en bolsa el término puede ser de un minuto, si se trata de un inmueble, o del menaje de un anticuario, será mayor. Dependerá también del medio de comunicación elegido para comunicar la oferta y la aceptación; una correspondencia ordinaria internacional impone un término mayor que una oferta comunicada

[18] Caldwell *vs.* E.F. Spears & Sons 186 Ky. 64, 216 S.w. 83 (1919).

[19] Restatement 1st. §41.

[20] LEVASSEUR, Alain A., *ob.cit.,* p. 24.

[21] Minessota Linseed Oil Co. *vs.* Colier White Lead Co. 17 F.Cas. 447 (CCD Minn. 1876) (Nº 9635). Breewer *vs.* Lepman, 127 Mo. App. 693, 106 S.W. 1107 (1908). *Restatement 2nd.* §41 cmt f andills. 7, 8.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

por teléfono. Lo que conocemos como el motivo o fin determinante de la voluntad del oferente, si son conocidos por destinatario, son tomados en cuenta para determinar la vigencia de la oferta.[22] Pasado este *reasonable time,* el oferente puede revocar la oferta cuando más le convenga siempre que el destinatario no la haya aceptado dentro del término.

§2. La oferta puede expirar de distintas maneras.

a) La muerte del oferente que ocurra antes de la aceptación, impide la formación del contrato[23] inclusive si el destinatario la ignora al hacer la aceptación.[24] He aquí una diferencia fundamental con el derecho mexicano. La declaración unilateral de voluntad, siendo una fuente autónoma de obligaciones en derecho positivo mexicano,[25] la muerte del oferente no extingue la obligación creada por la oferta y la sucesión del oferente debe responder.

b) La incapacidad del oferente sobrevenida entre el momento en que la oferta es comunicada al destinatario y la recepción de la aceptación por el oferente, hace expirar la oferta.[26]

c) La incapacidad del destinatario. Si las dudas doctrinarias sobre la justicia de esta última regla son vivas, en el caso contrario de la expiración de la oferta cuando el destinatario cae en incapacidad entre el momento en que la recibe y el momento en que acepta no existe debate alguno. El contrato es anulable.[27]

d) La imposibilidad del objeto de la oferta la hace asimismo expirar.[28] También su *illegality.*[29]

---

[22] *In re* Kelly, 39 Conn. 159 (1872); Mitchell *vs.* Abbott, 86 Me. 338, 29 A. 1118 (1894); Loring *vs.* Boston, 48 Mass. (7 Metc.) 409 (1844); *Restatement 2nd.* §41; sf. Carr V. Mahaska County Bankers Ass'n, 222 Iowa 411, 269 N.W. 494, 107 ALR 1080 (1936).

[23] New Headley Tobacco Warehouse Co. *vs.* Gentry's Ex'r, (1948).—Jordan *vs.* Dubbins (1877).—Jones *vs.* Unión Cent. Life. Ins Co. (1943). *Restatement 1st.* §48.

[24] Pearl *vs.* Merchants-Warren National Bank (1980). *Restatement 2nd.* cmt a.

[25] Arts. 1860 y ss. del Código Civil, aunque la discusión teórica sobre su autonomía como fuente es sumamente discutida en doctrina y en derecho positivo, el artículo 1809 del Código Civil deja lugar a muchas dudas, de las que no nos ocuparemos en este trabajo.

[26] Beach *vs.* First Methodist Episcopal Church (1880).—Union Trust & Sav. Bank *vs.* State Bank (Iowa 1971) *Restatement 2nd* §48 cmt. B.

[27] En derecho americano es importante la diferencia entre el *void contract* o contrato inexistente, cuando falta algún elemento, y el *voidable contract* o contrato "anulable", es decir, el contrato válido pero susceptible de ser anulado. Lo más parecido al *voidable contract* en nuestro derecho, sería la nulidad relativa (art. 2227 del Código Civil). Ver *infra.*

[28] Restatement 2nd. §36.

[29] *Restatement 2nd.* §36 cmt. c. *Restatement 1st.* §36.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

2. *La aceptación y sus requisitos*

a) *Congruencia.* Los requisitos y el contenido de la aceptación dependen de la oferta, es decir, de su calificación. Existen, en la clasificación americana,[30] dos tipos de contratos dependiendo de la oferta. Los *bilateral contracts* son aquellos en que la oferta exige como condición, una *consideration* a cambio, que se haga en forma de una promesa en reciprocidad. "Te prometo X si tu me prometes Y". Para que el destinatario de la oferta llene las condiciones de la misma, tendrá que aceptar haciendo la promesa de cumplir con algo. En cambio, en los *unilateral contracts* la formula es distinta: "Te prometo X si tu me das Y", es decir, el promitente exige en reciprocidad, no una promesa, sino la ejecución de una prestación de dar, de hacer o de no hacer directamente. En este último caso, para que la oferta se tenga por aceptada, no basta consentirla prometiendo la ejecución de lo que se pide, sino es necesaria la ejecución misma; el envío de un cheque, el depósito en cuenta de una cantidad o la entrega física de un bien. En términos latinos, podemos decir que la aceptación es de carácter real y no consensual. Por supuesto que esta ejecución del acto solicitado en reciprocidad por el oferente, implica necesariamente el consentimiento del destinatario. Puede también ocurrir que una *bilateral offer* desemboque en un *unilateral contract* por el hecho de que el destinatario, en lugar de aceptar emitiendo una promesa, como se le solicita, ejecute directamente el acto requerido por el oferente. Puede ocurrir inclusive que una persona ejecute la prestación solicitada por la *unilateral offer* sin conocer en absoluto la oferta. Es el caso de la promesa de recompensa; si alguien encuentra la cosa perdida, se hará acreedor a la recompensa aún cuando ignoraba que existía esta promesa. En cambio, si se hace una *unilateral offer* y se responde con una promesa en lugar de la prestación directamente requerida, no habrá aceptación y no existirá contrato alguno. El principal requisito de la oferta es entonces que sea congruente con la naturaleza de la oferta. Cualquier diferencia será considerada —no como una aceptación— sino como una *counter-offer* o contrapropuesta.[31]

---

[30] Comparar con la clasificación mexicana, que es la tradicional del sistema románico-latino. V. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles* 9ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 44 y ss., Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones* pp. 113 y ss., 17ª ed., Porrúa, México, 2000.

[31] Sobre estas reglas, v. John D. Calamari, *ob. cit.*, p. 96 y comparar con el artículo §2-207 del *Uniform Commercial Code* que flexibiliza el rigor de la antigua *Common Law rule.*

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

b) *Legitimación.* El carácter de *intuitus personae* de la oferta va a determinar la legitimación del destinatario para aceptarla. La regla general es la presunción del carácter *intuitus personae* de la oferta. Sólo el destinatario puede aceptarla. Por consecuencia aunque un tercero ejecute exactamente las prestaciones exigidas por la oferta, no podrá obligar al oferente a cumplir su promesa. Dos excepciones al principio se perfilan.

La primera excepción es la oferta pública. Y esta excepción puede estar a su vez limitada por la oferta, cuando ésta se emite a un público restringido que cuente con ciertas características.

La segunda excepción se revela cuando existe una *consideration* o contraprestación a cambio de la irrevocabilidad de la oferta y que la prestación exigida a cambio, es una suma de dinero. Este precio por la irrevocabilidad de la oferta, así como el precio del objeto material mismo de la oferta, revelan la indiferencia del oferente sobre la persona del destinatario. Éste podrá entonces ceder el poder de aceptación porque el oferente está más interesado en recibir la suma de dinero, que en la persona que va a entregársela.

c) *Comunicación.* El oferente es el amo y señor de las reglas de la aceptación. Puede imponer al destinatario no sólo el término de la aceptación, como ya se vio, sino el medio de comunicación de la aceptación. A falta de precisión, el destinatario puede dar a conocer al oferente su aceptación por cualquier medio razonable y en este caso, basta con que haga los intentos razonables para hacerla llegar al oferente, independientemente de que por circunstancias ajenas a aquel, la aceptación llegue retardada o no llegue al destinatario. A estas dos reglas se suma una tercera que opera sobre todo en materia comercial. Si normalmente la aceptación debe ser expresa, lo contrario ocurre cuando entre el oferente y el destinatario existe una relación preestablecida de negocios o cuando los usos así lo permiten. El silencio vale en esos casos como aceptación. Tendremos entonces un *implied-in-fact contract* o contrato tácito.

Todas estas reglas operan en materia de *bilateral offers* por la sencilla razón de que en las *unilateral offers* la aceptación no se manifiesta a través de la comunicación del consentimiento en el sentido de una aceptación, sino a través de la ejecución inmediata de la prestación exigida como *consideration* en reciprocidad de lo prometido.

En el momento en que la aceptación es debidamente comunicada al oferente, el *contract* queda perfeccionado, como en nuestro sistema jurídico a grandes rasgos. Hasta aquí tenemos un contrato perfectamente formado desde el punto de vista del *assent* o consentimiento. Pero no es suficiente el *mutual assent* o consentimiento mutuo para que exista el contrato. Esta fórmula de oferta-aceptación es insuficiente

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

para formar el *contract.* Es esencial la *consideration* y la forma, que estudiaremos en los siguientes apartados, y por último, aunque no es un elemento esencial en la *common law,* la capacidad, de la cual nos ocuparemos brevemente en un último apartado.

3. *Invalidez de la oferta y de la aceptación: Vicios del consentimiento*

A) *Duress o amenazas*

Se trata de una noción vecina a lo que nosotros en nuestro sistema conocemos como violencia. La jurisprudencia americana la define como cualquier maniobra incorrecta o cualquier amenaza que se sobrepone a la libre voluntad de una de las partes.[32] Para que este vicio invalide el contrato, es necesario que cumpla ciertas características.

a) Que la amenaza sea fatal de tal suerte que no deje una tercera opción a la víctima. Así, la víctima de una amenaza normalmente tiene dos opciones que son contratar y evitar el cumplimiento de la amenaza o no contratar y arriesgarse al cumplimiento de la amenaza. Cuando tiene una tercera opción que puede salvarlo del cumplimiento de la amenaza, y aun en presencia de esta alternativa decide contratar, la *duress* es inoperante para invalidar su consentimiento.

b) Que la amenaza sea ilegal, es decir, que implique acciones futuras consideradas como ilegales.

El efecto de este vicio es la anulación del contrato con la consecuente restitución de las prestaciones, pero la víctima no podrá demandar la indemnización de los daños sufridos a causa de las amenazas si no hay ataque o menoscabo a la persona de la víctima o privación física de su libertad.[33] La razón es la siguiente. Una indemnización de daños y perjuicios en caso de violencia, provendría de la *law of torts,* esto es, de la responsabilidad delictuosa. La violencia sicológica, es decir, las amenazas que llevan a una persona a contratar, no son fuente de responsabilidad civil delictuosa y tal violencia psicológica sale de la esfera de la *law of contracts* o derecho de los contratos.

B) *Undue influence o abuso de influencia o de poder*

Originalmente, el contratante víctima de un abuso de poder o de influencia, no podía actuar contra su cocontratante por una cuestión

---

[32] Kaplan *vs.* Kaplan, 25 III.2d 181,185, 182 N.E. 2d 706, 709 (1962) entre otros casos.

[33] LEVASSEUR, Alain A., *ob. cit.*, p. 39.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de estricta calificación. La única acción que existía era por *duress* o amenazas, y el abuso de influencia o poder no era exactamente calificado de amenazas, luego, el contrato era valido y eficaz. Fue entonces que la jurisprudencia concibió la *undue influence.* Siempre que una persona utilice la relación de poder o de confianza con otra para inducir a esta última a contratar, habrá abuso de influencia. Lo que en México conocemos como temor reverencial (Art. 1820 del Código Civil) podría en derecho americano, en ciertos casos muy especiales, causar la nulidad relativa del contrato. Pero las hipótesis más típicas son las de los contratos celebrados *entre* el médico y su paciente, el ministro de culto religioso y el fiel, el profesor y su alumno, el abogado y su cliente, o inclusive ciertos pactos entre esposos.

El efecto de este vicio no es la inexistencia del contrato, sino la nulidad relativa, por decirlo en términos mexicanos. El contrato es *voidable* (anulable) y no *void* (nulo).

C) *Unconscionability*

Se trata de una noción muy parecida a la *undue influence,* pero que se aproxima más a la lesión del derecho mexicano. Pero es una especie de lesión que se identifica sobre todo en los contratos de adhesión, en que existe una cierta desigualdad entre las partes en cuanto a su poder de negociación. Una sola de las partes redacta el contrato sin que la otra tenga la más mínima posibilidad de negociar sus condiciones. Las cláusulas no se estipulan, se imponen. Claro que, si hablamos de contratos de adhesión, hablamos de la materia mercantil. La *unconscionability* aparece sobre todo en materia comercial.[34] Desde luego que no basta la diferencia de poder de negociación entre las partes, por ejemplo, entre una gran compañía y un pequeño comerciante, o entre una empresa y un consumidor. Los profesores Calamari y Perillo nos enseñan que además es necesario por ejemplo, que la parte débil tenga sus opciones de contratación significativamente reducidas y que exista claramente una inclinación del contrato en favor de la parte fuerte de manera muy evidente.[35] La jurisprudencia americana nos muestra que el recurso

[34] La costumbre nos haría pensar que curiosamente en los Estados Unidos existe la lesión en materia mercantil. Me atrevo a decir que al contrario; no tiene nada de curioso. Lo curioso y nefasto es que se piense y se crea que en México —único país en el mundo donde esto ocurre— no exista la lesión en materia mercantil. No hay nada más falso que eso. Pero tal argumentación está fuera de nuestro tema. Es más; si existe una materia en la que la lesión se practica más, es la mercantil justamente.

[35] CALAMARI y Perillo, *ob. cit.*, p. 374.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de *unconscionability* se construyó en litigios que opinan grandes compañías a consumidores o pequeños comerciantes.[36]

El *Uniform Commercial Code* recoge este recurso en su artículo 2-302, que debe interpretarse como una aplicación concreta del deber general de buena fe *(good faith)* que debe prevalecer en toda actividad comercial. En efecto, el artículo 1-203 del referido ordenamiento establece que: "Todo contrato u obligación impone la obligación de buena fe tanto en su cumplimiento espontáneo o forzado." Si bien, este último numeral impone la buena fe en el cumplimiento del contrato, la jurisprudencia ha dicho claramente que la buena fe debe extenderse también al momento de la celebración del contrato.[37] La doctrina aplaude esta posición igualmente.[38] Además, sería ilógico pensar en un contrato celebrado de mala fe, es decir, con cláusulas abusivas y precio desproporcionado, pero en cuyo cumplimiento las partes se comportan de buena fe, ya que el contrato celebrado injustamente, desemboca necesariamente en una ejecución injusta. La buena fe no sólo es una cláusula implícita en todo contrato, sino es un deber general en su celebración. En aplicación de este principio, el *Uniform Commercial Code* introdujo la *unconscionability.*

Por su parte, el *Uniform Consumer Sale Practices Act* o Código Uniforme de Prácticas de Venta al Consumidor de 1970, lo que equivale a nuestra Ley Federal de Protección al Consumidor, establece varios supuestos de cláusulas abusivas por *unconscionability.* Otra referencia importante es el *Uniform Consumer Credit Code* o Código Uniforme de Crédito al Consumidor de 1974, que también consagra tal recurso en sus artículos 1.107 y 6.111(3).

D) *Mistake*

Es lo que los civilistas mexicanos conocemos comúnmente como error. La doctrina americana es sumamente abundante y controversial sobre todo en la cuestión de saber cuál es el error que debe ser tomado en cuenta por el juez y cuáles son los errores intrascendentes para el contrato. En una cosa la doctrina se ha puesto de acuerdo: El estudio del error debe dividirse en dos grandes vertientes, a saber, el error de ambas partes o el error de una sola de ellas. Es una divi-

---

[36] Campell Soup *vs.* Wentz, 172 F. 2d. 80 (3d Cir. 1948); Carlson *vs.* General Motors Corporation, 883 F 2d 287 (4th Cir. 1989), etcétera.

[37] Standard Gil Company of Texas *vs.* Lopeno Gas Co. 249 F 2d 504 (5th Cir. 1957) entre otros.

[38] Llewellyn, *The Common Law Tradition* Nº 369 (1960), *cfr.* con 1955 NY Law Rev. Common, vol. 1 658.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

sión que obedece a la diferencia que hay entre los efectos que se atribuyen al primero y al segundo. Así, el error de ambas partes tendrá efectos más severos para el contrato, que el error de una sola de las partes.

La gran diversidad de teorías y los debates entre ellas, así como la enorme complejidad de reglas legales, hacen imposible el desarrollo exhaustivo del tópico en este artículo. Sin embargo, de esa complejidad podemos desprender algunas reglas muy generales.

a) *Bilateral Mistake*

El error de ambas partes sobre la naturaleza del contrato, es decir, sobre lo que en doctrina mexicana se conoce como el objeto jurídico directo, lo hace inexistente. A entrega a B una cosa a título de arrendamiento siendo que B pensó haberla comprado. Hablamos entonces de un *void contract.*

Cuando el error no recae sobre la naturaleza del contrato, sino sobre un elemento considerado como esencial, el contrato es anulable *(voidable).* Cuando debido al error, el intercambio de valores entre las partes es diferente a aquel intercambio que las partes habían creído prever, el contrato es anulable, a menos que las partes hayan contemplado expresamente asumir el riesgo de esta diferencia entre lo previsto y la realidad, caso en el cual, la aceptación de un cierto *alea* excluye el error. También lo es cuando ambas partes contratan con base en algo que ambas asumen y que es falso.[39] Y esta última regla se aplica también en el caso de un error de ambas partes, aunque sea en diferente sentido, sobre un factor determinante de su voluntad. Un curioso ejemplo jurisprudencial ilustra este tipo de error. En un contrato, una parte decide contratar porque así conviene a su estrategia fiscal, y la otra contrató por el mismo motivo, pero teniendo ambas un régimen fiscal e intereses distintos en cuanto al ahorro de impuestos. Ambas partes se equivocaron en sus expectativas y metas fiscales, muy particulares para cada uno de ellos. El contrato es anulable.[40]

---

[39] Es lo que en México se conoce como el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad de las partes (art. 1813 del Código Civil para el D.F.)

[40] Future Plastics *vs.* Ware Shoals Plastics, 407 F 2d. 1042 (4th Cir. 1969). Seguramente el lector se pregunta: ¿Porqué existió un litigio si ambas partes estaban de acuerdo en que el contrato no les convenía? En ciertas operaciones comerciales de gran valor y gran complejidad en los montajes financieros, es difícil ponerse de acuerdo sobre los términos de una rescisión por convenio; el pago de intereses sobre cantidades entregadas, los plazos de restitución, los gastos de ejecución, etcétera.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

b) *Unilateral mistake*

En materia de error sufrido por uno solo de los contratantes, existe la regla según la cual, el error de una sola de las partes no puede causar la nulidad del contrato, a menos que el error sea tan palpable, que sea conocido del cocontratante o que éste pueda razonablemente conocer. Sin embargo esta regla ha visto demasiadas excepciones.

Más recientemente, la nulidad es aceptada cuando concurren dos condiciones: La primera es que la ejecución forzada del contrato demandada contra quien sufrió el error, le cause un menoscabo desproporcionado equivalente al contrato viciado por *unconscionability* o lesión. Esto es, que el cumplimiento del contrato resulte en una desproporción considerable en el intercambio de valores. La segunda es que, al mismo tiempo, los efectos de nulidad (restitución de prestaciones y cesación del lucro) no vayan a dañar injustamente al contratante que no sufrió el error. Nótese el carácter pragmático de la *common law*. Se trata de administrar una solución que satisfaga a ambas partes, mas allá de consideraciones técnicas rígidas.

A la regla tradicional según la cual el error debe ser tan palpable, que la contraparte se dé cuenta de él, se acumula la excepción de anulabilidad si el cumplimiento del contrato es lesivo y si su anulación no va a dañar injustamente al contratante que no sufrió el error y que no conoce el error.

E) *Misrepresentation y non-disclosure*

La figura mas parecida a la *misrepresentation* que podemos encontrar en el derecho mexicano es el dolo (Art. 1815 del Código Civil para el D.F.). La técnica contenciosa de esta figura es compleja. Así, siempre que un contratante sufra dolo en un contrato, en teoría podrá optar por la acción indemnizatoria por fraude fundada en la responsabilidad civil extracontractual; lo que equivaldría en derecho mexicano a una acción de responsabilidad por el hecho ilícito consistente en el fraude en la negociación precontractual. En efecto, es un hecho ilícito inducir a alguien a contratar empleando engaño.[41] Pero el perjudicado puede optar también por la acción de *misrepresentation* fundada en la *law of contracts* o derecho de los contratos.

En un principio se sostuvo la idea de que este vicio del consentimiento no podía configurarse si no había un dolo calificado como

[41] En derecho mexicano sería difícil encontrar en la práctica un caso en que el litigante haya optado por esta acción teniendo a la mano una acción contractual. La cuestión sería saber si los tribunales considerarían como un hecho ilícito el dolo, siendo que el dolo pertenece a la esfera contractual.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tal por la *law of torts,* es decir, el derecho de la responsabilidad extracontractual. Pero se trata de una acción cuya calificación es independiente de la calificación del dolo como "delito civil".

La *misrepresentation* es una noción del derecho substantivo de los contratos. Su puesta en marcha en el proceso judicial, se llama *action of deceit* o acción por engaño. Exige varios requisitos. I. Una declaración que cause una representación o creencia de una realidad. II. La falsedad de esa creencia. III. La conciencia en el contratante doloso, de la mentira. Esa conciencia se llama *scienter.* IV. La decepción, es decir, la diferencia entre el resultado creído y el resultado real del contrato. V. Un menoscabo sufrido por la víctima. Existe otro elemento que consiste en una apreciación objetiva de la víctima. Es necesario que las maniobras induzcan al error a una persona razonable. La acción no procede si el contratante que sufre el dolo es demasiado crédulo porque se supone que debió haber detectado el dolo. En este ultimo caso, su defensa sería la *unconscionability* o lesión.

Por su parte, lo que se conoce como *non-disclosure* equivale a la mala fe del artículo 1815 del Código Civil para el D.F. Esto es, la simple actitud pasiva que hace que el cocontratante se mantenga en el error. Se pone en marcha también a través de la *action of deceit.* La teoría en torno a este vicio del consentimiento ha suscitado vivos debates en doctrina que se enfocan a la famosa teoría de la "obligación precontractual de información".[42] ¿Un contratante, esta obligado a informar al otro sobre todas las circunstancias que rodean el contrato? Y si es así, ¿en qué medida? Una celebre jurisprudencia muestra la controvertida orientación de los tribunales americanos. La guerra de 1812 en los Estados Unidos, ocasionó el cierre del puerto de Nueva Orleáns. El tabaco no podía ser exportado y se acumuló en el mercado local dando como resultado la caída brutal de su precio. Organ, un comerciante de tabaco, se entera, la madrugada del 19 de febrero de 1815, que un tratado de paz con Inglaterra acababa de ser firmado y antes de que la noticia del tratado fuera del dominio público, compró enormes cantidades de tabaco a Laidlaw. Horas des-

[42] En México esta obligación implícita no esta claramente establecida. Emerge lentamente en ciertas materias como la protección al consumidor, pero es insuficiente en otras como la bancaria. Recordemos la controvertida decisión de nuestros tribunales en la crisis de 1994-95. Por fortuna, el Notario es guardián de este deber, que obedece a un simple comportamiento de buena fe entre los contratantes. Sin embargo, existen circunstancias de hecho alrededor del contrato, que el Notario no conoce ni está obligado a conocer. La ley debe ser más estricta y generalizar el deber de información precontractual a todos los contratos. No es más que una consecuencia de un mínimo comportamiento de buena fe que debe regir en todas las relaciones jurídicas entre las personas.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

pués, luego de la firma del tratado, el puerto abre sus exportaciones y el tabaco sube drásticamente de precio. Laidlaw demanda a Organ la nulidad del contrato y este último reconviene su ejecución. El juez Marshall determina que el contrato es ejecutorio, es decir, valido: "...La cuestión en este caso es si el conocimiento de circunstancias extrínsecas que pudieran influir en el precio del satisfactor, y que fueron del exclusivo dominio del comprador, debieron haber sido comunicadas al vendedor. La corte es de la opinión de que aquél no estaba obligado a comunicarlas. Sería difícil circunscribir una doctrina contraria con límites adecuados..."[43] El final de la citación nos da la impresión de que el juez eligió, entre dos opciones peligrosas, la que favoreciera la seguridad de las transacciones comerciales.

Esta jurisprudencia suscitó un debate doctrinal muy nutrido, el cual no ha hecho cambiar esencialmente la regla. En comercio —dicen algunos doctrinales— lo contrario sería como imponer la obligación de mostrar las cartas en una mesa de poker. ¿Puede una transacción comercial asimilarse a un juego de poker en que nadie conoce las cartas de los demás?[44] La regla, en lo general, permanece intacta, aunque se han desarrollado excepciones muy puntuales fundadas en el deber general de *good faith* o buena fe, cuando la no-información revela un comportamiento escandaloso y cuando sus consecuencias son catastróficas para la víctima.

En los sistemas jurídicos románico-latinos, el problema se trataría como una cuestión de información de buena fe, pero también podría tratarse desde otro punto de vista que no toca tanto al momento de la celebración del contrato —vicios del consentimiento— sino a su ejecución efectos: La teoría de la imprevisión.

Tanto la *misrepresentation* como la *non disclosure* tienen efectos similares que son más o menos paralelos a los del error: Si el engaño induce al error sobre la naturaleza del contrato, el mismo será inexistente *(void)*. Si induce al error sobre otros elementos del contrato, considerados como esenciales, el mismo será anulable *(voidable)*.

4. *La "consideration"*

Ya en la introducción, hicimos alusión a la *consideration*. Está integrada a la noción misma de contrato. Los anglosajones comprenden la *consideration* como el nexo mismo entre las partes en el contrato. George está obligado con Bill porque espera de Bill una contraprestación, una *consideration*. Si no hay tal contraprestación, el contrato es *unenforceable*, es decir, inejecutable, ineficaz.

---

[43] Laidlaw *vs.* Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178, 4 L.Ed. 214 (1817).
[44] CALAMARI y Perillo, *ob. cit.*, pp. 335 y 336.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Al lado del consentimiento, que es el punto de partida del contrato, se requiere efectivamente una contraprestación que justifique la obligatoriedad del contrato. Así, si A consiente en dar a B algo, pero a cambio no recibe nada, aunque B acepte, recibir, no habrá mas que un contrato moral; un contrato que será *unenforceable.* En derecho romano y los sistemas que de él proceden, estaríamos en presencia de un pacto que no genera más que obligaciones naturales.[45]

La *consideration* es entonces la contraprestación que justifica el carácter obligatorio de una promesa contractual. Esto nos recuerda a la tan polémica "causa" como elemento del contrato en los sistemas jurídicos románico-latinos. En efecto, su función es similar, ya que el contenido de ambas obligaciones se justifica recíprocamente.

El derecho privado norteamericano hace gala de un gran liberalismo. Paradójicamente, la autonomía de la voluntad sola, sólo justifica la posibilidad de que una persona decida obligarse, pero ella sola, no basta para fundar la fuerza obligatoria del contrato. Es indispensable la *consideration.* ¿Pero por qué es tan importante la *consideration?* Vamos a explicar en el contexto de la lógica jurídica anglosajona, la importancia de esta figura (A), de la cual se deducirá la importancia de cumplir con sus requisitos (B), para finalmente descubrir que frente al rigorismo de la técnica de la *consideration,* los tribunales han creado ciertos substitutos (C).

A) *La importancia de la consideration*

1. Si no hay contraprestación, entonces hay una liberalidad, es decir, un acto jurídico gratuito. Las donaciones en los Estados Unidos no existen sino como una categoría muy especial de promesas sujetas a formalismos sumamente rigurosos.[46]

2. Ahora bien, el cumplimiento forzado del contrato en derecho anglosajón consiste, no en la ejecución forzada de la prestación específicamente prometida, sino en el pago de una suma de dinero equivalente, más daños y perjuicios.[47] Luego entonces, el beneficiario de una promesa gratuita, como puede ser una donación, no sufre ningún daño si el promitente incumple. John promete a Jeff un objeto gratuitamente y Jeff acepta. Si John incumple, Jeff no pierde nada porque no dio nada a cambio. No hay daño sufrido por Jeff, y

[45] Sobre las cuales, ver Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano,* tomo V, vol. I, 5ª ed., Porrúa, México, 1985, pp. 61 y ss. Floris Margadant, Guillermo, *Derecho Privado Romano,* 17ª ed., Esfinge, México, 1991, pp. 311 y ss.

[46] Ver *infra.*

[47] Ver *infra.*

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

así, la ejecución forzada del contrato no tiene materia, es decir, no hay qué indemnizar y la ejecución forzada es imposible. Ninguna indemnización es debida.

B) *Los requisitos de la consideration*

1. *La motivación.* La *consideration* debe ser la razón por la cual una persona hace una promesa, entrega un objeto o presta un servicio. Debe ser el motivo determinante de la promesa o prestación de la contraparte.

Así, lo que nosotros en México conocemos como una donación remuneratoria, carece de *consideration* en Estados Unidos. "Te doy 100 dólares porque has sido buen hijo conmigo." El comportamiento del hijo no fue motivado por los 100 dólares, sino fue espontáneo y motivado por un deber moral. En cambio, citamos aquí un célebre caso de jurisprudencia en que un señor promete a su sobrino 5,000 dólares si deja de fumar hasta los 21 años. El sobrino, habiendo cumplido escrupulosamente tales condiciones, pudo exigir judicialmente la cantidad prometida porque su comportamiento no fue espontáneo, sino motivado por la promesa de los 5,000 dólares.[48]

2. *La cantidad.* El monto o valor de la prestación que sirve de *consideration* a una obligación contractual es intrascendente excepto cuando estamos en presencia de una permuta de cosas fungibles de valor conocido, o bien, un mutuo a corto término. En el primer caso, efectivamente no puede concebirse que cien gramos de plata sea una *consideration* suficiente que funde una contra promesa de un kilo de oro. En el segundo caso, un dólar prestado por la mañana no puede fundar la obligación de restitución de cien dólares por la tarde. Pero fuera de estos casos, los tribunales se abstienen de inmiscuirse en el contrato para corregir el valor de una prestación en razón de su desproporción con la contraprestación. Sin embargo, el riesgo o *alea* aceptado, justifica la desproporción entre las prestaciones por más chocante que ésta pueda ser. Así, si en el caso de la permuta, las partes aceptan el riesgo coyuntural del mercado de metales, la desproporción será justificada. Si en el caso del mutuo, A presta a B, cien dólares para que los invierta en la bolsa de valores, en papel de alto riesgo, una desproporción chocante será justificada desde el momento en que las partes aceptaron expresamente el riesgo. Lo mismo sucede en los sistemas jurídicos de tradición latina.

3. *El carácter posible.* Así como en los sistemas romanistas, el objeto material de la obligación debe ser posible y lícito, en derecho americano sucede lo mismo. El mecanismo de razonamiento es sin em-

[48] Homer *vs.* Sidway, 124 NY 538,27 N.E. 256 (NY App. 1891)

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

bargo diferente. Mientras que el derecho mexicano, el contrato es nulo si el objeto es imposible (Arts. 1825, 1827 Y 1828 del Código Civil para el D.F.), en Estados Unidos el contrato es *unenforceable* por carecer de *consideration*. En los casos de promesas sumamente imprecisas, o bien, de promesas sujetas a una condición puramente potestativa del promitente, estamos en presencia de una *ilusory promise* o promesa ilusoria. Una promesa ilusoria no puede de ninguna manera desempeñar el papel de una *consideration,* el contrato carecerá de eficacia.

C) *El substituto de la consideration: El promissory estoppel y el detrimental reliance*

Frente a lo rígido e inflexible de esta exigencia, los jueces se dieron cuenta que existían casos en que el contrato era ineficaz por falta de *consideration,* pero que al mismo tiempo se cometían grandes injusticias. Así por ejemplo, una persona que realiza ciertos gastos preparatorios motivados por una promesa, podía verse en la imposibilidad de exigir su cumplimiento en aplicación estricta de la técnica de la *consideration.* Es así como la jurisprudencia crea una alternativa equivalente a la *consideration:* la *promissory estoppel.* La traducción sería "debito por promesa" o mejor dicho, responsabilidad promisoria. Y es que los tribunales tomaron en cuenta cada vez mas el *detrimental reliance,* esto es, la actividad desplegada por el beneficiario de una promesa, que implica un gasto o menoscabo patrimonial en respuesta a esta, o sea, causada por la promesa. No es exactamente una *consideration* porque no constituye en sí, ni una contra-promesa, ni una contraprestación en beneficio del promitente. Ni tampoco es la razón en consideración de la cual el cocontratante se obliga. Pero el beneficiario, enterado de la promesa, se crea una confianza que es perfectamente legítima *(expectation interest)* y que puede inclusive llevarlo a sufrir un menoscabo en su patrimonio.[49] Cuando un contrato no es coercible por falta de *consideration,* puede serlo si se prueba que de no ejecutarse, se causará una injusticia al destinatario de la promesa y que la única manera de evitar tal injusticia, es haciendo coercible el contrato,[50] específica o equivalentemente.[51]

---

[49] T. Galligan, *The Law of Contracts.* Tulane University, Louisiana, p. 59.

[50] "Moore" Burger Inc. *vs.* Phillips Petroleum Co., Tex., 492 S.W. 2d. 934 entre otros.

[51] Sobre la particularidad del derecho americano en el cumplimiento forzado del contrato, v. Allan Farnsworth *Specific Relief in American Law,* in *Changing Your Mind: The Law of Regretted Decisions,* Yale University Press 1988.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

5. *El "Statute of frauds": La forma*

He aquí un tema de especial interés para los notarios: La forma como requisito de validez del contrato. Por desgracia, defraudaré al lector, pues la brevedad de este ensayo me impide profundizar como debiera hacerlo. Si la *Revista de Derecho Notarial* me honra concediéndome otro espacio, lo intentaré sin duda.

¿Porqué se llama *statute of frauds* la reglamentación sobre la forma? La respuesta la encontramos en la historia del derecho inglés. En la segunda mitad del siglo XVIII, el Parlamento inglés creó esta reglamentación para evitar el fraude, entendido éste, como la falsedad,[52] para evitar que una persona fuera obligada siendo que jamás otorgó su consentimiento. La forma escrita se exigía so pena de una ineficacia absoluta asimilable a lo que hoy conocemos como la nulidad absoluta en México.

Hoy en día, la forma en derecho norteamericano de los contratos es, como en México, un requisito de validez del contrato. Sin embargo es concebida de manera muy distinta.

Para empezar, las reglas de forma son muy diferentes según el punto de vista y el terreno en que se estudien. El derecho procesal es sumamente estricto y para efectos de prueba, siempre conviene la forma escrita. Pero en este terreno, la formalidad dependerá de la prudencia de las partes, de la desconfianza que se tengan, y de la precaución de sus abogados. Algunos irán hasta exigir de su cocontratante, la intervención de un *notary public* que certifique la autenticidad de las firmas. Pero estas formalidades que dependen de la precaución de las partes, se utilizan con miras a un eventual juicio y no con miras a la validez del contrato. Más que una cuestión de prueba en juicio, analizaremos aquí los requisitos de forma como necesarios para la validez substantiva del contrato, lo cual tendrá, ciertamente una importante influencia en el juicio. En efecto, un contrato que viola las reglas substantivas de forma, es decir, los formalismos *ad validitatem* no será ni siquiera recibido en los tribunales. Si al contrario, el contrato cumple con el formalismo no solamente será recibido en los tribunales para su ejecución, sino que además, será prácticamente imposible desvirtuarlo.

En cambio, un contrato que no está sujeto a formalismos, siempre será admitido por el juez, y su eficacia dependerá de las pruebas que ofrezcan las partes. La supervivencia del contrato y su consecuente eficacia, dependerá como en muchas materias en derecho anglosajón, de la habilidad argumentativa del abogado, y de las prue-

[52] A. Levasseur, *ob. cit.*, pp. 49 y ss.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

bas que lleve al tribunal. Para evitar esto, independientemente de la ley sobre la forma de los actos jurídicos, la práctica de los contratos se ha hecho muy formalista. A mayor valor económico, el contrato será mas preciso, más escrupuloso y más voluminoso. Prevén todas las hipótesis de comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato y todos los supuestos sobre el objeto del contrato y las circunstancias que rodean al contrato, las garantías, los casos de rescisión con una precisión exagerada, las llamadas cláusulas de *hardship* o de revisión en caso de cambio significativo del valor de las prestaciones, devaluación monetaria u otras circunstancias del mercado, la descripción del producto, su contenido, su material, composición y toda la información sobre el objeto material y las circunstancias de su procedencia. Todo esto es necesario en la práctica contractual para evitar que el contrato se convierta en un duelo de oratoria en las audiencias. Mientras en el foro los litigantes hacen gala de su oratoria y retórica, en los despachos los consultores compiten por presentar el contrato más seguro. Se habla entonces del "contrato *Peterson*" o de la "cláusula *Elroy*" en alusión a los abogados que se hicieron famosos por "inventar" tal o tal "candado" o tal medida o tal garantía.

Pero lo que interesa en este trabajo, son las reglas del derecho positivo que prescriben formalismos. El *Statute of frauds* es menos formalista de lo que pudiera creerse. Es la práctica cotidiana contractual motivada por el miedo a perder juicios, lo que hace al contrato formal. En realidad el derecho positivo exige muy poco en materia de forma.

A) *El campo de aplicación de los formalismos*

Vamos a ir definiendo el campo de aplicación del *Statute of frauds* para descubrir que el consensualismo tiene, en derecho positivo, un gran alcance. En primer lugar, no se aplica a lo que en Estados Unidos se conoce como *implied in law contracts,* es decir, a los contratos "creados por la ley" que son más o menos el equivalente de los cuasi-contratos de los países de sistema románico-latino, esto es, la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo y el pago de lo indebido. Tampoco se aplica a aquellos contratos que por su naturaleza tienen una regulación especial exclusiva. Por último, tampoco se aplica a contratos cuyas obligaciones principales han sido espontáneamente cumplidos por las partes.[53] Esto significa que una venta en que el precio ya fue pagado y la cosa entregada, no puede ser declarada nula con fundamento en el *Statut of Frands.*

[53] A. Levasseur, *ob. cit.*, p. 50.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Por el contrario, esta reglamentación se aplica a cinco tipos de contratos:

a) Los esponsales, el matrimonio y las capitulaciones matrimoniales.

b) Los contratos cuya obligación principal está sujeta a un término suspensivo mínimo de un año.

c) Las promesas de compraventa inmobiliaria

d) Los contratos de garantía.

Por su parte, el *Uniform Commercial Law* introduce otro formalismo que consiste en elevar a escrito privado todo aquel contrato de un valor superior a los 500 dólares.

Faltaría sólo remarcar un dato curioso en materia de promesa de venta inmobiliaria. Sorprendentemente, el contrato definitivo de venta no cae en el campo de aplicación del *Statute of Frauds.* Solo los acuerdos o promesas preparatorias o contratos de opción están sometidos al formalismo escrito.

B) *El modo de operar de los formalismos*

El consensualismo del derecho norteamericano se ve reflejado, no sólo en el estrecho campo de aplicación de la reglamentación de los formalismos, sino también en su mecanismo de aplicación. Cuando el *Statut of frauds* o el *Uniform Commercial Code* hablan de forma escrita, la interpretación que se da a tal forma es literal y por consecuencia, muy estrecha. No se establece que se requieren ciertas cláusulas o ciertos requisitos mínimos del escrito, simplemente se requiere "un escrito". Basta entonces con un escrito en que el contrato, su objeto y su deudor sean identificables, para que se cumpla la formalidad. ¡La ley no exige ni siquiera la firma de ambas partes! En este orden de ideas, un memorándum, un fax, o una correspondencia, en que se haga alusión al contrato, puede constituir el "escrito" a que la ley se refiere. Esta es la interpretación que se le ha dado a la ley. Dicho de otro modo, el contrato en sí mismo, no tiene que estar redactado por escrito. La exigencia de un escrito, se traduce como lo que en México se conoce como "un principio de prueba por escrito", o sea, un indicio escrito, de la existencia de un contrato identificable, entre dos partes identificables, y cuyos elementos son determinables. Así, también una nota de una persona a otra, manifestándole su intención de rescindir tal contrato, es un escrito que cumple con el *Statut of frauds.*

Por lo que hace a la sanción en caso de inobservancia del formalismo escrito, ésta varia según el estado de la Unión Americana de que se trate. Para algunos Estados el contrato será inexistente y toda

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

demanda intentada será rechazada de plano, mientras que para otros, será anulable, es decir, afectado de nulidad relativa, y si el demandado no opone la excepción de nulidad por falta de forma, podrá ser constreñido a cumplir con el contrato. Esta ultima hipótesis nos hace pensar en otra diferencia entre el sistema norteamericano y el mexicano en materia de formalismos. En los Estados Unidos no existe la acción *pro forma* como en México.[54] La voluntad originaria del legislador, de proteger un inocente contra el fraude que se puede maquinar a falta de un escrito, es más fuerte que el principio de conservación del contrato.[55]

6. *La capacidad de los contratantes*

La jurisprudencia norteamericana en materia de incapacidad es muy abundante y compleja. La casuística es sumamente rica y las diferentes hipótesis no han dejado de multiplicarse por varias razones. En primer lugar, por el surgimiento de las drogas que han invadido a la sociedad americana desde los años sesenta hasta nuestros días, lo cual ocasiona nuevas teorías sobre nuevas especies de incapacidad. Si tal o tal droga causa incapacidad, si la incapacidad es parcial, total, si actúa en el ámbito racional o en el ámbito emocional, si es estimulante o calmante, o simplemente si tal substancia es considerada o no como una droga. La segunda razón es que con mucha frecuencia el litigante norteamericano emplea como único y último recurso, el de la incapacidad de su cliente para hacerlo escapar de sus obligaciones contractuales. Los tribunales americanos se han dado a la tarea de estudiar caso por caso, ¿qué se entiende por incapacidad? ¿Cómo trazar la frontera entre la capacidad y la incapacidad? ¿Existen incapacidades intermedias?

Surge una cuestión de derecho comparado: ¿los juristas americanos han complicado las cosas demasiado? ¿No somos los juristas mexicanos quienes las hemos simplificado hasta llegar al blanco y negro, al todo o nada? Mientras los americanos hacen de los psiquiatras legistas verdaderos legisladores, en México nos contentamos con nuestro artículo 450 del Código Civil. Los Notarios se enfrentan a delicados casos cotidianamente. Entienden esta problemática cuando día con día asisten a testamentos a domicilio o en un hospital. Así,

[54] Arts. 1833 y 2232 del Código Civil y 27 del Código de Procedimientos Civiles, ambos del D.F.

[55] Sobre este principio y su primacía en caso de conflicto con una demanda de nulidad, ver Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Derecho Notarial*, 11ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 89 y *cfr.* Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Porrúa, México, 1973, p. 42.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cuando el problema se plantea al Notario, ya no en un testamento, sino en un contrato, el Notario, con toda su experiencia, determinará si el contratante es o no capaz.

Desde luego que si estamos explorando la materia de contratos, hablamos de la capacidad de ejercicio.

El problema es complejo en los Estados Unidos. Vamos a concentramos en las reglas generales vigentes. Como en México, la incapacidad se divide en dos grandes apartados. La incapacidad del menor, por su edad (A) y la del mayor por padecimiento (B).

A) *El menor*

En un principio en los Estados Unidos, la mayoría de edad, es decir, la capacidad para contratar por sí mismo, se adquiría a los 21 años. Hoy en día, en la mayoría de los estados, la capacidad para contratar sin necesidad de un representante, se adquiere a los 18 años. El derecho norteamericano de los contratos admite una primera excepción a esta regla, que no encontramos expresamente en el derecho positivo mexicano: El menor de edad es capaz de celebrar los contratos comunes y necesarios para llevar su vida cotidiana. La compra de un artículo como un refresco, la contratación de una comida en un restaurante, la compra de útiles escolares, etcétera.

Fuera de estos casos, los contratos celebrados por menores son *voidable contracts.* Puesto que se trata de nulidad relativa, sólo el menor puede demandarla. Si ello no conviene a sus intereses, puede, al contrario, demandar su cumplimiento. Los americanos utilizan la técnica de la *consideration* para explicar tal posibilidad. En efecto, la promesa hecha por un menor, es *consideration* o causa suficiente que funda el carácter obligatorio del contrato para su cocontratante, quien deberá cumplir con el contrato.

B) *El mayor incapaz*

Como ya lo apuntamos, esta capacidad tiene múltiples variantes. A esa complejidad, se suman las diferencias que hay de un estado a otro, pues la materia de incapacidades es de la competencia local. Sin embargo, se admite como regla general, más o menos la misma que se contiene en el artículo 450 fracción II del Código Civil para el D.F., esto es, las personas que padecen de una enfermedad mental o que abusan de substancias psicotrópicas como el alcohol o las drogas en general. La sola diferencia es que no basta la consideración de incapacidad, es decir, la enfermedad o el estado de adicción o de consumo de substancias. Para anular el contrato hay que probar también

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

el hecho de que en la especie, la afección privó al contratante de su capacidad de entender y querer las consecuencias de su acto. En este caso también estamos en presencia de una nulidad relativa; el contrato es *voidable*.

Existe una diferencia entre esta incapacidad y la del menor, que le dan un cierto tratamiento especial. El menor puede aparentar ser mayor, digamos, desde sus 16 años, y engañar a la contraparte. El mayor puede aparentar igualmente plena capacidad. Pero existen casos en que la incapacidad del mayor se vuelve evidente por los signos de su afección. En este caso, se presume que el otro contratante actuó con conocimiento de causa, y el incapaz no sufrirá los efectos restitutorios de la nulidad que eventualmente se declare. En el caso del menor, o del mayor incapaz no aparente, para demandar la nulidad, será necesario restituir lo recibido.

Aquí se agota nuestra investigación sobre los elementos del contrato en la *common law* americana.

Conclusión

La actividad notarial, inscrita en un contexto inminente de apertura y globalización acelerados, requiere de varios elementos que se adicionan a sus tareas de actualización tradicionales. Los Colegios de Notarios y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano se esfuerzan por actualizar a sus agremiados para estar en posibilidad de desempeñar las nuevas funciones que de manera natural, la integración regional de América del Norte, irán exigiendo paulatinamente. El conocimiento del derecho norteamericano en las materias que interesan al Notario, como por ejemplo los contratos, será útil en la medida en que los intercambios de bienes y valores entre personas de ambos países —México y Estados Unidos— se hagan más frecuentes. Este trabajo se expone aquí no con el propósito de enseñar, sino tan sólo como un ejercicio de síntesis abierto a la crítica siempre constructiva del Notariado mexicano.

Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003.
DR © Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C.