

IV. LO JUSTO O LO EQUITATIVO EN LAS DECISIONES JUDICIALES	
MERCANTILES ANGLO Y LATINOAMERICANAS	137
1. Introducción	137
2. Una versión prototípica de E I: la respuesta judía mercantil medieval	138
3. Versiones contemporáneas del E I	140
A. Fideicomisarios en el derecho de Estados Unidos	140
B. Partes con conocimientos superiores en el derecho de Estados Unidos	141
C. El deber de minimizar daños causados por la contraparte en el derecho de Estados Unidos	142
D. Fiduciarios y conocimiento superior en el derecho mexicano y costarricense	144
E. El poder superior de negociación y la lesión en el derecho mexicano	146
F. La posibilidad de “mitigar” los daños contractuales en el derecho de Costa Rica y México	148
4. Evaluación comparativa de las versiones E I de Estados Unidos y Latinoamérica	150
5. E II en el derecho mercantil de Estados Unidos	152
A. Introducción	152
B. Disputas contractuales	153
C. Derechos de los terceros	155
6. E II en el derecho mercantil latinoamericano	157
A. Introducción	157
B. Las decisiones judiciales mexicanas sobre derecho contractual	158
C. La equidad en las sentencias contractuales de otros países latinoamericanos	166
D. Los derechos de los terceros en Latinoamérica	169
7. Comparación de las versiones de los Estados Unidos y Latinoamérica del E II	172
8. Versiones prototípicas del E III: las usuras inglesa e indostaní y el derecho de necesidad familiar	179
9. Versiones contemporáneas comunes del E III	181
A. Derecho angloamericano	181
B. Derecho alemán	185
C. Derecho latinoamericano	186
10. Otras versiones del E III	187
11. Evaluación comparativa	189
12. Conclusiones	190

IV. Lo justo o lo equitativo en las decisiones judiciales mercantiles anglo y latinoamericanas

1. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que el significado de la justicia o de la equidad varía con cada escuela filosófica del derecho o de la moral, en las decisiones judiciales comerciales tal significado es uniforme y objetivo cuando estas decisiones se examinan en forma comparativa y transaccional, es decir, cuando se establece quiénes son las partes en cada contienda y cuáles son sus respectivas transacciones. Este artículo explora el significado de lo justo o equitativo incluyendo sus modelos adjudicativos (en lo sucesivo identificados indistintamente por E I, E II o E III, dependiendo del tipo de tratamiento de lo justo o equitativo en cuestión) en decisiones judiciales mercantiles anglo y latinoamericanas y resume los resultados de un estudio más amplio.¹

¹ El estudio titulado Legal Models of Fairness es una parte de un proyecto de investigación jurídica y de ciencia social apoyado por la National Science Foundation, Grant Gs-38286. El reporte de ciencia social está disponible como un capítulo elaborado por Phillip E. Hammond y Kirk R. Williams, "Moral Climates of Nations, Measurement and Classification" en *The Religious Dimensions in Quantitative Research*, R. Wuthnow comp., 1979. Los estudios de Hammond y de Williams proporcionan una visión general de los criterios de decisión judicial, incluyendo los grados de diversidad política y de desarrollo socioeconómico, y se apoyan en índices estadísticos para 106 países. El presente estudio se confina esencialmente a un mecanismo de decisión judicial para un tipo de disputa en un pequeño número de jurisdicciones representativas. El autor desea expresar su gratitud a la National Science Foundation y a la Universidad de Arizona por su apoyo para este proyecto. También el autor está en deuda por los

El segmento inicial de este ensayo se enfoca en el desarrollo histórico del derecho de la usura en dos jurisdicciones europeas, Inglaterra y España, ya que la usura es la figura jurídica que ha determinado, desde los tiempos bíblicos, el precio justo o equitativo del dinero. Este segmento sugiere la presencia de tres estándares de lo justo en grados variables de preeminencia durante cada estado de desarrollo del derecho de la usura. Un módulo de "hermandad", E I, que requería que el prestamista tratara al prestatario como si fuera su hermano, lo que significaba que el préstamo debía de ser sin interés alguno. Un módulo de mercado, E II, que requería que al prestatario se le otorgara la tasa de interés vigente en el mercado. Este tratamiento implica que cada parte contratante tratará a la otra como cualquier participante regular en el mercado, en busca de una ganancia, quisiera ser tratado por sus colegas. Por último, el modelo "para extraños", E III, no imponía restricción alguna a la manera en que un prestatario podía ser tratado. Generalmente, esto significa que al prestatario se le podía cobrar cualquier tasa de interés que el prestamista impusiera.²

Estudios subsecuentes de otras decisiones mercantiles³ confirman la presencia de los estándares antes señalados, aunque su frecuencia de aplicación, como en el caso de la usura, variaba de una jurisdicción representativa a la otra. En las siguientes secciones se describirán las diversas versiones de estos modelos de lo justo y se incluirá, cuando sea necesario, materiales legislativos de Estados Unidos y de jurisdicciones representativas de Latinoamérica.

2. UNA VERSIÓN PROTOTÍPICA DE E I: LA RESPONSA JUDÍA MERCANTIL MEDIEVAL

Entre los siglos IX y XIII, en una época en la que el comercio nacional e internacional en Europa, Norte de África y en Medio Oriente era una empresa

comentarios que fueron de gran ayuda a un borrador previo de este sumario con los profesores David Clark, Dale Furnish, Marc Galanter, Nahum Glatzer, Carlos J. Gutiérrez, E. A. Hoebel, Henning Jensen, Guillermo F. Margadant, Rudolf Schelsinger, Julius Stone, Daniel Swetchinsky, Robert S. Summers, Donald Wells, Norman Yoffee y Jacob S. Ziegel; por asistencia en la investigación a Alan Davidon, Mary Swallow y Eugenio L. Revilla; por sugerencias de gran utilidad a Zada Edgar, Paul Baier, John Baker y Chris Blakely; y por asistencia editorial a Billie Kozolchyk. Para los propósitos de este estudio los términos "justo" y "equitativo" serán tratados como equivalentes.

² El estudio de la usura como una muestra representativa de los criterios de lo justo lleva a B. Nelson, *The Idea of Usury* (1969). Su exhaustiva descripción de la evolución del significado de la usura desde sus orígenes tribales de hermandad hasta su concepción moderna de "sociedad universal de desconocidos", incluyendo el significado cambiante de "hermandad", fue de gran ayuda en la formulación de los estándares legales en este estudio.

³ Para los propósitos de este artículo, la decisión judicial "mercantil" incluye las transacciones encontradas normalmente en los códigos de comercio de los países de derecho civil. Así, adicionalmente a las transacciones contempladas por el UCC, el término "mercantil" incluye la venta de la propiedad inmueble con una intención de obtener ganancias, el contrato de comisión, la correduría, las asociaciones de negocios y las transacciones fiduciarias.

muy arriesgada,⁴ sólo aquellos comerciantes que confiaban entre ellos como hermanos podían contar con largas y productivas relaciones comerciales. Esta confianza estaba basada en un sentido de hermandad religiosa y profesional, notable entre los comerciantes árabes y judíos.⁵ La *responsa* medieval judía, o las respuestas a complejas preguntas legales, sometidas a los rabinos letrados o estudiosos del *Talmud*, por los jueces en las diversas comunidades, claramente reflejaba la influencia de la noción de hermandad. Así, siempre que un judío perdía algún dinero o propiedad por accidente o por robo y otro judío encontraba esa propiedad en las manos de un no judío y la compraba a éste (incluso si el no sabía que su propiedad originalmente perteneció a un judío), entonces si el propietario original aparecía y reconocía sus bienes, el comprador debía de regresar los bienes al dueño original y sólo tenía derecho a recuperar su desembolso.⁶

Similarmente, y para prevenir que acreedores sin escrúpulos tomasen ventaja de los judíos necesitados que hacían empeños, un *responsum* recordaba una ordenanza que establecía que nadie podía redimir (de un no judío) la prenda de judío.⁷

La relación de negocios exclusiva de un comerciante judío con uno no judío estaba protegida mediante amonestaciones e interdictos que prohibían a otros comerciantes judíos interferir con tal relación (*maarufia*).⁸ Los coventureros judíos o pasajeros en el mismo viaje comercial frecuentemente protegían a los familiares necesitados de sus colegas en la eventualidad de muerte o incapacidad de ese colega, mediante el deber de “rescatar su fardo”,⁹ es decir, llevar a cabo sus negocios y entregar las ganancias a la familia sobreviviente. Mediante el impulso de la confianza fraternal, el principio de hermandad también impulsó un altamente predecible método de hacer negocios, en el que las formalidades raramente eran necesarias. La confianza en la palabra de un hermano, y en su verdad fue una faceta central no sólo de la práctica comercial, sino también de

⁴ Para la mejor descripción de los peligros en el comercio mediterráneo, véase una colección de cartas medievales traducidas en S. D. Goitein, *Cartas de comerciantes judíos medievales*, 1973. Para una descripción general de las condiciones de comercio, términos consuetudinarios y prácticas, véase S. D. Goitein, *A Mediterranean Society - The Jewish Communities of the Arab World as Portrayed in the Documents of the Arab Geniza*, 2 vols., 1967. Para una descripción del comercio judío europeo noroccidental, véase I. A. Agus, *Urban Civilization in Pre-Crusade Europe*, 2 vols., 1965 (véase especialmente 67, 78, 88).

⁵ Para un análisis del significado y rol de “hermandad”, especialmente para infundir la confianza entre los comerciantes judíos y árabes, véase Goitein, *Formal Friendship in the Medieval Near East*, 15 Proc. Am. Philosophical Soc., 484, 1971.

⁶ *Responsum Shaare Zedek* 32 núm. 20, traducido en Agus *op. cit.*, *supra*, nota 4, vol. I, pp. 134-136.

⁷ *Responsum of Rashi*, en Agus *op. cit.*, *supra*, nota 4, vol. I, p. 244.

⁸ *Responsum of Rabbenu Gershon*, en Agus *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 206-207.

⁹ *Anonymous responsum from Sefer Hadinim of Rabit Judah ha Cohen*, en Agus *op. cit.*, *supra*, nota 4, vol. I, pp. 80-82.

la solución de controversias, porque ésta generalmente se centraba en el juramento decisorio.¹⁰

La versión judía medieval de E I asumía que las transacciones que daban lugar a disputas las llevaba a cabo principalmente un relativo pequeño número de comerciantes, es decir, hermanos sanguíneos o de religión. La protección de la *maarufia* (la exclusividad de la clientela gentil) revela al mismo tiempo la escasez y alto valor económico del comercio con los no judíos.

Cabe la reflexión sobre el tipo de mercado en el que prevalecía el modelo fraternal. Piénsese en la norma que requiere la recuperación por el dueño original de propiedades perdidas o robadas de un comprador de buena fe mediante el simple pago del último precio de adquisición. ¿Puede esta norma funcionar respecto a un número ilimitado de compradores? ¿Qué sucedería en un mercado en el que compradores de buena fe son constantemente instados a comprar, pero no tienen certeza sobre sus adquisiciones? ¿Qué sucedería cuando los compradores de buena fe se hicieran responsables ante compradores subsiguientes por la entrega del mismo bien aunque a un precio más alto que aquel ofrecido como reembolso por el dueño original? ¿Asumirían los compradores de buena fe el riesgo de la diferencia en los precios? ¿No debería el comprador de buena fe en tal situación estar protegido con respecto a un deber de reembolso, que puede incluir daños y perjuicios significativos? ¿Cómo puede conciliarse la protección de la *maarufia* con una política de impulso al libre comercio y competencia? ¿En las economías desarrolladas de mercado de hoy día, donde el comercio sólo excepcionalmente es entre hermanos, en un sentido religioso o familiar, podrían imponerse deberes de hermandad? Obviamente que cualquiera que sean los deberes de hermandad que el sistema jurídico decida imponer en mercados "abiertos", estos deberes deben basarse en criterios más universales que la pertenencia a la misma familia o religión.

3. VERSIONES CONTEMPORÁNEAS DEL E I

A. Fideicomisarios en el derecho de Estados Unidos

Una versión contemporánea del estándar de tratamiento fraterno E I se encuentra en la ley de Estados Unidos que establece los deberes de los fiduciarios y de las partes cuyos conocimientos superiores o cuyo poder económico los colocan en posiciones prevalentes sobre otros participantes en la misma trans-

¹⁰ Para instancias de confianza en el juramento decisorio en la *Responsa*, véase Agus *op. cit., supra*, nota 4, vol. I, p. 61; Agus, *supra* nota 4, vol. II, pp. 48, 440; para una evaluación comparativa del juramento en las tradiciones judías e islámicas, véase Pedersen, "Der Eid bei den Semiten", en *Seinem Verhältnis zu Verwandten Erscheinungen sowie die Stellung des Eides im Islam*, pp. 95-96, 1914.

acción. En contraste con un contratante ordinario, el fiduciario no puede alegar que la falta de contraprestación onerosa y con valor de mercado a cambio de su administración fiduciaria lo exime de responsabilidad como defensor de los derechos del beneficiario.¹¹ En sus transacciones con terceros, la diligencia del fiduciario se mide con el principio del "hombre prudente".

Sin embargo, en sus transacciones con el beneficiario o fideicomisario o en aquéllas en que el fiduciario adquiere para sí mismo propiedades del fideicomiso la medida es mucho más estricta. Como lo estableció en 1948 la Corte de Apelaciones de Nueva York en *In Re James Estate*: cuando los actos del fiduciario lo son en su propio interés y él continúa en el desempeño de sus deberes como fiduciario, el control del comportamiento se vuelve más riguroso. En tal caso, su interés debe ceder antes los intereses de los fideicomisarios o beneficiarios.¹²

B. Partes con conocimientos superiores en el derecho de Estados Unidos

In Re James Estate indicó que el riguroso método descrito anteriormente se aplica no sólo a los fiduciarios, sino también a otras partes, es decir, abogados, banqueros, corredores, aseguradores y otros cuyas funciones son fiduciarias por su "conocimiento superior" o su "dominio" de la negociación.¹³ Aproximadamente hace veinte años, empezaron a aparecer con mucha frecuencia en Estados Unidos decisiones que también indujeron a los vendedores y a los acreedores en sus transacciones con consumidores ignorantes, en una posición fiduciaria. Por ejemplo, en *Williams v. Walter Thomas Furniture Co.*,¹⁴ un caso que involucraba a un comerciante de muebles, como vendedor y pagador de cheques de beneficencia a compradores de bienes de consumo, la Corte de Apelaciones federal definió el abuso de poder contractual como "la explotación de la ausencia de opción negocial de la otra parte, aunada a términos contractuales no favorables para esa parte".¹⁵ La Corte explicó lo que quiso decir con la frase "ausencia de opción negocial" señalando que:

La manera en que el contrato se celebró es también relevante: ¿Acaso cada parte en el contrato, considerando su obvia educación o falta de ella, tiene una oportunidad razonable para entender los términos del contrato, especialmente cuando los términos importantes estaban escondidos en una masa de pequeñas letras?¹⁶

¹¹ G. C. Bogert, y G. T. Bogert, *Law of Trusts*, 1973; véase también *Restatement (Second) of the Law of Trusts*.

¹² *In Re James Estate*, 86 N.Y.S. 2d 78, pp. 89-90 1948.

¹³ *Ibidem*, pp. 87-88.

¹⁴ 350 F. 2d 445 (D.C Cir. 1965).

¹⁵ *Ibidem*, pp. 449.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 449-450.

Otra decisión concluyó que hubo inconsciencia e injusticia por parte del vendedor cuando la debilidad contractual del consumidor resultó en un precio de compra de dos veces y medio del valor mercado de los bienes adquiridos.¹⁷

C. El deber de minimizar daños causados por la contraparte en el derecho de Estados Unidos

Las precedentes decisiones sobre abuso, lesión e inconsciencia no fueron las únicas instancias en donde los comerciantes han tenido que actuar de una manera fraternal. Algunas cortes en Estados Unidos han reconocido un deber de hermandad por parte del comerciante agraviado en el incumplimiento contractual, requiriendo su esfuerzo en minimizar el quántum de daños causados por el incumplimiento del contrato por la otra parte.¹⁸ Los vendedores cuyas mercancías son injustificadamente rechazadas por los compradores con ante-

¹⁷ En Tokr v. Perl, 103 N.J. Super. 500, 247 A.2d 701 (L. Div. 1968), el tribunal de Nueva Jersey sostuvo que un contrato para la venta de un refrigerador con un precio de más de dos veces y medio el valor mercado era inválido por lesión y fraude. En apelación, sólo se decidió el asunto del fraude, 108 N.J. Super. 129, 260 A.2d 244 (App. Div. 1969); sin embargo, el precio cobrado impactó claramente la conciencia del tribunal, 103 N.J. Super. 504, 247 A.2d 703. Véase también Central Budget Corporation, v. Sánchez 53 Misc. 2d 630, 279 N.Y.S. 2d 391, 392 (N.Y.C. Civ. Ct. 1967) (que sostiene que precios excesivamente altos pueden provocar la aplicación del UCC §2-302), Toker v. Westerman 113 N.J. Super. 451, 274 A.2d 78 (App. Div. 1970); y Kugler v. Romain, 58 N.J. 552, 279 A.2d 640 (197).

¹⁸ Véase, por ejemplo, Sands v. Taylor, 5 Johns. Cas. 393, 4 Am. Dec. 374 (New York Sup. Ct. 1810) donde el comprador se negó a recibir una parte del cargamento de trigo del vendedor. El vendedor notificó al comprador que a menos que recibiera y pagara por el cargamento entero de trigo el restante se vendería en subasta pública. La Corte de Nueva York sostuvo que la venta del trigo por el vendedor no fue ni una renuncia a sus derechos ni una apropiación de bienes del comprador. El vendedor estaba, por el rechazo del comprador a aceptar el trigo, en libertad de abandonarlo, o disponer de él de *bona fide* como agente del comprador para la mejor venta de ambos. 5 Johns. Cas. 405, 4 Am. Dec. 375. J. Spencer, analizó la posición del vendedor como sigue: "ellos eran, por necesidad, los fiduciarios del demandado para manejar el trigo; y siendo fiduciarios o agentes de los demandados, debían ya sea abandonar la propiedad arriesgando su destrucción o tomar un camino más ventajoso para los demandados vendiéndolo. Existe una fuerte analogía entre este caso y aquél del asegurado, en caso de abandono del bien dañado[...]. En ambos casos, la parte en posesión es considerada un fiduciario o agente de la otra parte, por necesidad (e imposición de la ley)."

5 Johns. Cas. 405-06, 4 Am. Dec. 377. Es interesante que las cortes en estados pocos sofisticados en materia mercantil como era Arizona en 1892 hayan decidido lo siguiente: "Ante el incumplimiento de un contrato de compra venta por el comprador, que no aceptó el precio establecido en el contrato, el vendedor puede considerar el contrato como una venta perfeccionada y a su discreción puede almacenar los bienes como propiedad del comprador o, dentro de un tiempo razonable, revenderlos en el mercado abierto. Si retiene la propiedad para el comprador, podría recobrar el precio total del contrato. Si vende, la ley le considera como agente del comprador y puede aplicar las ganancias como pago tanto y, si es menos que el precio del contrato, recuperar la diferencia. También puede tratar el contrato como ejecutorio y vender los bienes al no haber conferido título sobre el comprador, y retener la propiedad para sí, y puede usar la diferencia entre el precio del contrato y el valor de mercado en el momento y lugar de la entrega." Slaughter v. Marlow, 3 Ariz. 429, 31 547 (1892).

rioridad a la fecha de la entrega o los compradores cuyos pagos del precio de venta son injustificadamente rechazados por los vendedores son instados a revender o a recomprar bienes sustitutos, recuperando, como daños, la diferencia entre el precio del cumplimiento sustituto y el de los bienes en la transacción original.¹⁹ La minimización de los daños causados por la otra parte contratante tiene mucho en común con el comportamiento del comerciante judío que rescataba el "fardo"²⁰ de su colega-hermano.

El comerciante de Estados Unidos, justo como el comerciante judío medieval, debe preocuparse de las pérdidas de la otra parte cuando tiene que ejercitar un "juicio comercial razonable con el propósito de evitar pérdidas".²¹ A diferencia del comerciante judío medieval, en Estados Unidos el vendedor o comprador que minimiza los daños de la parte que no cumple no es ni altruista ni hermano religioso. La parte no "agraviada" no sufrirá pérdida o detrimiento a consecuencia de su minimización. Lo que las cortes y legisladores de Estados Unidos han buscado es colocar a la parte agraviada en la misma posición en que ésta hubiera estado si el contrato hubiera sido cumplido cabalmente.²² Adicionalmente, al tener la facultad de utilizar su hacienda comercial de forma ininterrumpida en lugar de tenerla inmovilizada hasta la decisión final del juicio por incumplimiento del contrato o de determinación de los daños, las ganancias de la parte agraviada se incrementan a largo plazo.

En suma, dos versiones básicas del estándar E I pueden identificarse en el derecho comercial contemporáneo: la versión fiduciaria *strictu sensu* y la versión de la fiducia en razón del beneficio común. La primera se aplica a los fiduciarios y partes contratantes que actúan con un conocimiento superior o que disfrutan de un dominio negocial sobre las partes más débiles y que están en posición de tomar ventaja de ese conocimiento. Esta versión exige que el fiduciario o parte dominante actúe para el mejor interés del beneficiario o parte débil. El segundo principio, menos exigente, establece un deber de cuidado no a costa de las ganancias del fiduciario o agente por "necesidad" transaccional. Por el contrario, presupone un beneficio común y un altruismo motivado por el bienestar propio. Esta variante se aplica a los comerciantes en cuanto que ambas partes ganan de la conducta fraternal.

¹⁹ Véase *Mays Mills v. McRae*, 187 N. C. 707, 122 S.E. 762 (1924) (donde se sostuvo que el contratante víctima del repudio injustificado no debería continuar con su cumplimiento si al hacerlo podría causar daños adicionales); véase también UCC § 2-709 (1)(b) (que requiere que el vendedor haga un esfuerzo razonable para revender las mercancías en un precio razonable o que pruebe que las circunstancias indican que tales esfuerzos serían infructuosos). Véase también la sección UCC § 2-716.

²⁰ Véase el lenguaje citado por J. Spencer, en la nota 18 *supra* donde establece una analogía entre la fiducia o agencia por "necesidad" de un asegurado en el abandono de bienes y el de la víctima del repudio contractual.

²¹ UCC § 2-704(2).

²² Véase, por ejemplo, las acciones del vendedor por daños en el UCC § 2-708(1)(2).

D. Fiduciarios y conocimiento superior en el derecho mexicano y costarricense

Los latinoamericanos son justificadamente considerados como las personas más cálidas y hospitalarias del globo terráqueo. Según la experiencia de este autor, en Latinoamérica la familia y la amistad implican un profundo y genuino compromiso emocional y financiero, más profundo y genuino que en el caso de otras regiones económicamente más desarrolladas. A pesar de esta hospitalidad y calor humano, la escala E I parece, por lo general, ausente de las decisiones judiciales comerciales latinoamericanas.

México es una de las pocas jurisdicciones latinoamericanas que han adoptado el equivalente al fideicomiso angloamericano.²³ Las normas reglamentarias mexicanas establecen que el fiduciario debe desempeñar su cargo de acuerdo con las instrucciones dadas en el instrumento del fideicomiso y, en seguimiento de estas instrucciones, debe tener la diligencia de "un buen padre de familia".²⁴ Según un respetado comentarista, el principio del "buen padre de familia" se adoptó como versión contemporánea del romano *bonae fidei negotia*. Éste se aplicaría cuando, a falta de disposición expresa, las partes se vieran obligadas a emplear un alto nivel de diligencia (*summa u omnis diligentia*).²⁵ Implícito en el *bonae fidei negotia* estaba la utilización de un sano ejercicio de la discreción del fiduciario. Esta discreción era contraria a la llamada *stricti juris negotia* en donde la cuestión principal era hasta qué punto el deudor había violado instrucciones expresas del mandante o fideicomitente.²⁶

Un examen de las decisiones mexicanas revela que sus cortes evalúan la diligencia del fiduciario casi exclusivamente en términos de su apego a las

²³ En el derecho mexicano véase la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 26 de agosto de 1932 (en adelante LTOC mexicana). Allí se puede encontrar el grupo de las normas estatutarias sobre fideicomiso y sus antecedentes de 1926, Ley de Bancos de Fideicomiso, del 30 de junio de 1926, y la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, del 31 de agosto de 1926. En 1920, se preparó en Panamá un proyecto de ley sobre fideicomiso que tuvo gran influencia. El redactor fue el distinguido jurista R. Alfaro, Proyecto de Ley de Fideicomiso (Panamá, 1920). Normas estatutarias se encuentran, entre otros: en Costa Rica, Ley de Fideicomisos de 13 de noviembre de 1937, y más recientemente en el Código de Comercio de 1964, artículos 633-662 (Costa Rica); en Ecuador, Ley General de Bancos, 17 de marzo de 1948; en El Salvador, Código de Comercio, libro IV, título VII, capítulo. VII, (1970); en Guatemala, Ley de Bancos, núm. 315 de 5 de diciembre de 1946, Código de Comercio de 1952; en Honduras, Código de Comercio de 1950, artículos 1033-1062; en Nicaragua, Ley General de Instituciones Bancarias de 26 de octubre de 1956. Para un vistazo acerca de legislación sobre fideicomiso en Latinoamérica, véase R. Batiza, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, pp. 65-68. México, 1973; para investigaciones adicionales, véase 3 B. Kozolchyk y Torrealba, O., *Curso de derecho mercantil*, 34-40, Costa Rica, 1968 y R. Goldschmidt, "El fideicomiso en los países de la América Latina", en Nuevos estudios de derecho comparado, pp. 129-161, Venezuela, 1962.

²⁴ Véase la LTOC mexicana, *supra* nota 24, pp. 179-180.

²⁵ Véase Batiza, *op. cit.*, *supra*, nota 23, pp. 179-80.

²⁶ *Idem*.

instrucciones del fideicomitente o de las numerosas regulaciones administrativas. Por tanto, el estándar no proviene de lo que haría un “buen padre de familia” cuando el uso de su discreción hubiera podido redundar en beneficios para el fideicomiso.²⁷ En consecuencia, un fiduciario mexicano no tiene que actuar como “un buen padre de familia” en la venta o compra de un bien determinado si puede demostrar que su falta de acción fue dictada por su apego literal a una instrucción mal concebida.²⁸ En contraste con el derecho estadounidense, el fiduciario no es alentado a utilizar su conocimiento profesional y más cercano a las circunstancias de cada acto o transacción.²⁹

La pregunta surge sobre cuál es el principio aplicable a un fiduciario mexicano que contrata a nombre propio o adquiere, por ejemplo, un bien del beneficiario. En ausencia de una norma reglamentaria o administrativa específica, se puede inferir la actitud del legislador mexicano sólo de la prohibición que se aplica a un tutor:

Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciera, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva.³⁰

De esta manera, en contraste con la actitud evidente en *In Re James Estate*,³¹ donde el fiduciario norteamericano, como parte con conocimientos superiores, está autorizado para adquirir la propiedad del beneficiario a condición de que cumpla con la versión más estricta de E I, la legislatura mexicana parece muy renuente a confiar en el tutor en ciertos tipos de transacciones a nombre o interés propio, utilizando el estándar E I para asegurar que el fideicomiso no sea mal utilizado.

Una decisión de la Suprema Corte de Costa Rica, dictada en 1938, provee una ilustración de la necesidad de aplicar el modelo E I en transacciones en las que las partes con conocimientos menores confían sus bienes a otros con conocimientos superiores. Un notario público costarricense, albacea de una herencia, como tal vendió bienes de la herencia de un tercero y, al mismo tiempo, actuando como notario público, elaboró y expidió la escritura docu-

²⁷ Véase, por ejemplo, Leonor Esparza de Sánchez, Sec. 1a., (1954) 119-II *Semanario Judicial de la Federación* 1119; Francisco Acosta Sierra, 2a, (1952) 118-II *Semanario*, 1082. Para una discusión sobre algunas de las regulaciones administrativas que rigen la discreción de los fiduciarios mexicanos (que de acuerdo con la I.T.O.C sólo pueden ser instrucciones bancarias), véase Batiza, *op. cit.*, *supra*, nota 24, pp. 207-211.

²⁸ Véase Batiza, *op. cit.*, *supra*, nota 23, pp. 193-194 (véase especialmente la nota 359 sobre el efecto reductivo en la discreción fiduciaria en una inversión por el derecho bancario mexicano).

²⁹ *Idem*.

³⁰ Código Civil de 1928 artículo 569 (Méjico).

³¹ Véase el texto al que se refiere la nota 12 *supra*.

mentando la transacción.³² El registrador de la propiedad inmueble rehusó registrar la escritura porque la ley del notariado de Costa Rica establece que un notario que actúa como agente o representante para la venta de una propiedad no puede ser, al mismo tiempo, el notario público para la transacción.³³ En apelación, la Suprema Corte de Costa Rica negó que hubiere conflicto de intereses argumentando que si el notario daba “fe de la autenticidad del precio de venta con base en la tasación de un perito no podemos ver cómo la imparcialidad del notario pueda verse comprometida, especialmente porque ninguna transacción fue hecha en su beneficio propio...”³⁴

La Suprema Corte de Costa Rica no cuestionó si la sucesión pagó una cuota notarial o costos de transmisión más altos que los que hubieran resultado si el notario hubiera sido elegido después de determinar qué tarifas eran las más bajas.³⁵ El cobro de altas tarifas bien se hubiera podido evitar si el notario en cuestión hubiese tenido que probar que cuando se encargó de la transacción que involucraba su propio interés, este interés, como aquél del fiduciario en *In Re James Estate*, incuestionablemente cedia ante el de los herederos.

E. El poder superior de negociación y la lesión en el derecho mexicano

El artículo 17 del Código Civil mexicano para el Distrito y Territorios Federales de 1928 expone la teoría de la lesión como sigue:

Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.³⁶

A la luz de una disposición tan categórica, se hubiera esperado encontrar muchas decisiones del tipo *Walker Thomas*³⁷ tomadas por los tribunales de apelación mexicanos. Sin embargo, hay muy pocas decisiones que hayan aplicado el artículo 17 y las que lo aplican no proporcionan la necesaria

³² Ugalde Gamboa y Otro v. Registro Público de la Propiedad, Suprema Corte de Justicia, Casación, Costa Rica, 15 de agosto, 1938, [1938] II Seminario 1494, reimpresso en O.A. Salas, *Derecho notarial de Centroamérica y Panamá*, 163-167 (Costa Rica, 1973) (en adelante citado como Salas).

³³ Salas, *supra*, nota 32, pp. 164.

³⁴ *Idem*, pp. 166.

³⁵ Para la discusión de un arancel típico, véase Salas, *op. cit.*, *supra*, nota 32, pp. 447-450, en donde los aranceles en forma progresiva toman como base el tipo de escritura o instrumento.

³⁶ Artículo 17, Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales. México, Porrúa, 1992,

³⁷ Véase el texto al que se refiere la nota 14 *supra*.

protección al consumidor. De acuerdo con la opinión doctrinal prevalente, el artículo 385 del Código de Comercio mexicano, que impide aplicar la lesión a las "ventas mercantiles,"³⁸ también se aplica en transacciones "mixtas", es decir, cuando la venta es mercantil para una de las partes y "civil" para la otra.³⁹ En consecuencia, la protección del artículo 17 para los consumidores no se le facilita a la parte más débil cuando ésta más la necesita, es decir, cuando trata con un comerciante experto.⁴⁰ Más aún, las decisiones que aplican el artículo 17 (principalmente en la venta de tierra por un precio considerablemente más bajo que en el mercado) requieren tanto un elemento "objetivo" como uno "subjetivo".⁴¹ El elemento subjetivo está determinado por el grado de ignorancia, inexperiencia o pobreza de la parte más débil. El elemento objetivo se refiere a las ganancias excesivas en evidente desproporción con la obligación asumida por la parte más fuerte.⁴²

Al parecer, aun cuando un consumidor mexicano pueda reclamar la lesión subjetiva, no tendrá éxito si no puede probar que el demandado tuvo ganancias excesivas. En otras palabras, si los bienes fueron vendidos a un precio suficientemente cercano al valor de mercado, la protección del artículo 17 no puede ser invocada. Esto sería cierto aun cuando el pago del precio de venta estuviese garantizado por una garantía real o personal excesiva o abusiva.⁴³ Finalmente, a pesar de la referencia a la extrema miseria en el artículo 17, al menos una

³⁸ El Código de Comercio mexicano, en su artículo 385 establece: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento."

³⁹ Para una discusión comparativa sobre la aplicación del artículo 385 del Código de Comercio mexicano, véase Warren, "Mexican Retail Installment Sales Law. A Comparative Study", *Revista de la UCLA* 15, 53-57, 1962. Compárese el punto de vista expresado por Rodríguez y J. Rodríguez, *Curso de derecho mercantil*, 9, Monterrey, 1947 con el de R. L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, 80, 28a. ed., México, 1992, donde este reconocido autor señala: "El artículo 1050 del Código de Comercio mexicano [que establece que la aplicación de las reglas de procedimiento mercantiles dependen de si el demandado celebró un acto mercantil o civil] sólo resuelve de manera parcial la opción de la cuestión legal, porque sólo se refiere a las normas de procedimiento; no contiene la opción por el derecho sustantivo. En mi opinión, las obligaciones de la parte para quien el acto no lo es de comercio, se rigen de modo exclusivo para la ley civil. Para poder someter esas obligaciones al derecho mercantil sería preciso un texto que en nuestro sistema jurídico no existe."

⁴⁰ R. Schlesinger, *Comparative Law*, 409, 3a. ed., 1970.

⁴¹ Véase, por ejemplo, Luis Moreno Montes de Oca, Suprema Corte de Justicia, *Semanario* [1966] 101 27 "para la existencia de la lesión, tal como se establece en el artículo 17 del Código Civil del Distrito Federal, no es suficiente que exista una notoria desproporción en el precio, sino que también es necesario que exista un abuso de la miseria, ignorancia o inexperiencia de la víctima." Para una declaración similar véase, Antonio Gantus, Suprema Corte de Justicia, *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes* 1966-1970, Actualización II Civil, Mex. 1970.

⁴² *Idem*.

⁴³ La situación descrita en el texto principal es la de la decisión Walker Thomas discutida en el texto al que se refiere la nota 14 *supra*.

opinión doctrinal mexicana mantiene que la presión económica no está dentro de la protección del artículo 17.⁴⁴

F. La posibilidad de “mitigar” los daños contractuales en el derecho de Costa Rica y México

Las Cortes Supremas de Costa Rica y México han negado hasta muy recientemente el ejercicio de la reparación de daños por medio de la reventa extrajudicial al vendedor agraviado o de la recompra extrajudicial al comprador agraviado aun cuando las partes hayan estipulado en el contrato las bases para la rescisión extrajudicial.⁴⁵ Como lo estableció la Suprema Corte de Costa Rica en una decisión en 1945:

⁴⁴ E. Gutiérrez y González, *Derecho de las obligaciones*, 367, Cajica, 6a. edición, 1987 “Es muy laudable, que el legislador busque defender a los débiles del abuso de los fuertes; a los pobres de los ricos, etcétera, pero omitió en esa defensa, a los que, sin ser pobres, ni ser ignorantes, ni ser inexpertos, pueden en un momento dado encontrarse en un estado de suma necesidad, que permitirá que otro se aproveche de esa situación y obtenga un lucro desproporcionado”.

Pero cfr., Flores Barroeta, “Voluntad contractual y derecho mexicano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, septiembre-diciembre, 1964, pp. 699, 719, quien contrasta las normas de coacción económica bajo las cuales operan los tribunales franceses y mexicanos: “Lo que las decisiones de las cortes francesas han incluido bajo el título de coacción está claramente contemplado por nuestra legislación sobre lesión”.

A juzgar por la ausencia de decisiones mexicanas sobre el tipo de necesidad descrita por Gutiérrez González, que él distingue de la pobreza, parecería que los tribunales mexicanos aplican al artículo 17 con el mismo criterio restrictivo. Para una descripción de las decisiones y actitudes de los tribunales alemanes y franceses previas a la Segunda Guerra Mundial respecto a la coacción económica véase Dawson, “Economic Duress and Fair Exchange in French and German Law”, *Tul. L. Rev.* 12, 42, 1937.

⁴⁵ En Costa Rica, la decisión judicial que pudiera ser el punto de partida en contra de la doctrina de que la reventa es sólo posible mediante una autorización judicial es la de *Cueromat v. Grunhaus Perlmutter*, Sala de Casación, 9 de abril de 1953, reimpronta en 2 Kozolchyk y Torrealba, *op. cit., supra*, nota 23, pp. 115, 129, en donde la Suprema Corte estableció: “El actor cumplió con su parte del negocio poniendo a disposición del demandado la mercancía vendida (en la Aduana Nacional), que el demandado, desde el primer embarque, claramente rechazó. Tal incumplimiento le permite al actor demandar con base en los artículos 312 del Código de Comercio y 692 del Código Civil. El derecho del demandante no se menoscaba por la autorización de una reventa dada a su representante en Costa Rica, porque esta autorización fue provocada por la negativa del demandado de retirar la mercancía de las aduanas, y frente a la advertencia de la aduana que la mercancía tendría que ser vendida para pagar los gastos de almacenaje. Así, cuando el demandante revindió para reducir los daños causados por el demandado, él no perdió el derecho a reclamar la rescisión del contrato y el pago de los daños tal como lo dispone el artículo 692.

La Corte se remitió a la doctrina jurisprudencial [desde 1917] que negaba la reventa excepto con aprobación judicial, pero señaló que la acción de rescisión tiene bases equitativas que permiten la reventa cuando las circunstancias del caso lo requieran. Es muy significativo que una decisión de 1922 por la misma Suprema Corte se haya referido a la diferencia entre las actitudes de las cortes de Costa Rica y de Francia respecto a la rescisión extrajudicial como causadas por el hecho que el derecho francés “no le da al acreedor un derecho perfecto para rescindir ni transformar al juez en el juicio declarativo en un

Una vez más reiteramos el principio de que la rescisión que emerge de una cláusula resarcitoria, sea ésta el resultado de un acuerdo expreso o de un entendimiento tácito, no puede nunca operar de pleno derecho. La razón es elemental. Ni la corte, ni las partes están en libertad de ignorar la injusticia resultante. Esta cláusula le daría al vendedor la opción de demandar o no ante las cortes el cumplimiento de la obligación (pago del precio de compra) o su rescisión de acuerdo a si la propiedad vendida haya subido o bajado en su valor.⁴⁶

No debe pasar inadvertido que el mismo recurso que la Suprema Corte de Costa Rica consideró injusto es considerado como eminentemente justo por las cortes estadounidenses. Mientras que la Suprema Corte de Costa Rica considera como injusto el hecho de que la parte agraviada tenga la opción de ejercitarse o no una acción por incumplimiento de contrato o por su ejecución forzosa (dependiendo del valor de mercado de los bienes), esta opción es concebida como deseable en el derecho decisorio y legislado de Estados Unidos.⁴⁷ Más aún, precisamente porque es muy posible que el precio de mercado fluctúe mientras más dilate la parte agraviada el ejercicio de su opción, creando esta demora una innecesaria acumulación de daños, el derecho de Estados Unidos alienta a la parte agraviada a revender o recomprar tan pronto como sea posible.

En contraste, una decisión de 1957 de la Suprema Corte mexicana sostuvo (como lo hizo su homóloga en Costa Rica) que la reventa del vendedor, basada en su conocimiento del incumplimiento de forma anticipada a la fecha para el cumplimiento en el contrato, fue inválida porque se basó en “un derecho no existente, así el vendedor era responsable de los daños sufridos por el comprador como resultado de tal reventa.”⁴⁸ En 1946, la Suprema Corte mexicana fue aún más lejos al sostener que un vendedor que revende un inmueble con base en su conocimiento sobre el incumplimiento del comprador en forma anticipada

juez de equidad mientras que el artículo 692 del Código Civil de Costa Rica es más preciso e incondicional al respecto...” Transcripción de la Sentencia de la Sala de Casación de 19 de diciembre de 1922, reimpressa en P. Casafont Romero, *Ensayos de derecho contractual*, 56, Costa Rica, 1956. Debe de recordarse que una justificación similar ha sido expresada por un autor mexicano; véase Flores Barroeta, *op. cit.*, *supra*, nota 44. Una decisión de la Suprema Corte mexicana convalidó una estipulación expresa autorizando la rescisión extrajudicial; véase Banco Nacional de Crédito Ejidal, S. A., Suprema Corte de Justicia, [1955] 122-123, *Semanario Judicial de la Federación* 538, extracto reimpresso en Gutiérrez González, *op. cit.*, *supra*, nota 44, p. 534; véase México Tractor and Machinery Co. S. A., Suprema Corte de Justicia [1957] I *Semanario Judicial de la Federación* 119, extracto reimpresso en Gutiérrez González, *op. cit.*, *supra*, nota 44, p. 535; véase también el artículo pionero de Headrick, “La rescisión de la compraventa, *Revista de la Facultad de Derecho*, U.N.A.M. febrero-marzo 1963, pp. 83, 89.

⁴⁶ Tribunal de Casación, sentencia de 4 de agosto de 1945, reimpressa en su parte resolutiva en Casafont Romero, *op. cit.*, *supra*, nota 45, pp. 44-45.

⁴⁷ Véase notas 18-22 *supra* y texto que les acompaña.

⁴⁸ Véase México Tractor, *supra* nota 45, y comentario al respecto en Headrick, *op. cit.*, *supra*, nota 45, p. 87.

es “culpable del delito de fraude”.⁴⁹ Este vendedor no quedaba relevado de culpa aun si probara que el comprador había incumplido sus obligaciones en la promesa de compra. El hecho de que el comprador no haya cumplido con sus obligaciones, en palabras de la Corte, “no le da al acusado el derecho de tratar el contrato como rescindido, ya que él tiene el derecho de plantear ante la autoridad judicial la acción apropiada ...”.⁵⁰ No fue sino hasta 1955 que la Suprema Corte de México decidió que una estipulación contractual que establecía las bases para la rescisión extrajudicial era válida, pero limitada esta validez a contratos que incluyeran estipulaciones rescisorias “expresas”.⁵¹

4. EVALUACIÓN COMPARATIVA DE LAS VERSIONES E I DE ESTADOS UNIDOS Y LATINOAMÉRICA

El análisis del estándar E I en la *respuesta* medieval judía indicó que este principio era, por definición, restrictivo e incompatible con una definición de hermandad abierta o universal. Este análisis indicó también que E I estaba íntimamente ligado a la confianza negocial. Este principio se aplicó a aquéllos en quienes se podía confiar (hermanos en el sentido religioso) y mediante su aplicación, es decir, demandando una conducta fraternal, la confianza negocial se promovía.

Las versiones de E I en el derecho de Estados Unidos indican que esta escala todavía se aplica de una forma restrictiva, pero la hermandad no se basa ya en un deber religioso, familiar o tribal. El tratamiento “fraterno” está basado en la responsabilidad profesional de los fiduciarios, partes con conocimiento superior o dominio contractual ante contrapartes más débiles. También se aplica, pero no tan estrictamente, a ciertos aspectos de las transacciones mercantiles entre comerciantes, es decir, en donde se requiere que sus pérdidas contractuales sean mitigadas o minimizadas. Así como con el derecho de las respuestas judía medievales, el derecho norteamericano requiere que los contratantes actúen de una manera fraternal cuando existe la posibilidad de una seria pérdida de bienes en disputa, e impone deberes fraternales que aumentan con el grado de autointerés o ganancia presente en la transacción en cuestión; a mayor ganancia, mayores deberes de protección fraternal.

En contraste con el derecho norteamericano, el derecho legislativo y decisoriario latinoamericano se muestra renuente a confiar en el fiduciario cuando actúa en transacciones discretionales y especialmente con autointerés o posi-

⁴⁹ Pedro J. González, Suprema Corte de Justicia, [1964] 80-II *Semanario Judicial de la Federación* 23, traducido en W. L. Butte, *Selected Mexican Cases*, 303, Universidad de Texas, Escuela de Derecho, Mimeo, 1970.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Véase Banco Nacional de Crédito Ejidal, *supra* nota 45.

bilidad de ganancia propia. Esta actitud normativa puede resultar dañina al beneficiario o pupilo cuando el autointerés del fiduciario es consistente con el del beneficiario; por ejemplo, cuando el fudiciario que adquiere el bien fideicomitido está en la mejor situación de poder pagar el mejor precio posible por el bien. La normativa descrita influirá sobre decisiones judiciales en las que la adquisición de la propiedad del beneficiario por un fiduciario o tutor, aun cuando pueda probarse que esta transacción es muy favorable para el beneficiario, será invalidada. De manera similar, el lenguaje legislativo que prohíbe contratos respecto a los bienes del beneficiario⁵² previene una adquisición de una participación en un negocio altamente redituable únicamente porque el fiduciario o su familia son socios, accionistas o participantes en ese negocio.

En contraste con la actitud legislativa, judicial y doctrinal mexicana, el Código Civil alemán prohíbe al tutor utilizar el patrimonio del tutelado para sí.⁵³ Sin embargo, el propio código, después de enumerar los tipos aprobados de inversión, confiere autoridad para sancionar inversiones diversas a las expresamente enumeradas a las cortes de tutores cuando las circunstancias especiales requieren de tales inversiones.⁵⁴ La legislación subsecuente aclaró que la aprobación de la corte podía ser negada sólo si la inversión propuesta, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, era contraria a una buena administración de la tutela.⁵⁵

La comparación con el derecho alemán en materia de lesión es también ilustrativa. A pesar de que el artículo 138 del Código Civil alemán fue el modelo para el proyecto del artículo 17 del Código Civil mexicano, la interpretación alemana contrasta agudamente con la mexicana. Un estudio clásico⁵⁶ sobre las decisiones alemanas en materia de lesión anteriores a la Segunda Guerra Mundial hace referencia a un caso en que un miembro de una familia acomodada adquirió mercancías en la tienda del demandado después de que éste fuera informado de que el actor, que estaba a punto de lograr la tutela del comprador, era un crónico derrochador. La corte sostuvo que el hecho de que el comprador pagó los mismos precios que otros compradores no eran obstáculo para anular la transacción debido a la lesión, si los peritos testificaban que los precios del demandado eran excesivos en comparación con los de "comerciantes honestos."⁵⁷

Otras decisiones reflejan las actitudes de las cortes alemanas hacia las transacciones que involucran a compradores necesitados. Típicamente, estas

⁵² Véase el texto al que se refiere la nota 30 *supra*.

⁵³ I. Forrester, S. L. Goren & H. M. Ilgen, Código Civil alemán, artículo 1805, p. 279 (1975).

⁵⁴ *Ibidem*, artículos 1807, 1808, 1811, pp. 279, 280.

⁵⁵ Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 1811, annot. (1)(b), en 1604 (1977).

⁵⁶ Dawson, *op. cit.*, *supra* nota 44.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 57, núm. 161, citando juicio del 18 de abril de 1905. *Reichsgericht*, [1905] Juristische Wochenschrift, 366.

transacciones involucran al llamado “estado de necesidad”.⁵⁸ Con criterio similar al de Gutiérrez y González, el *Reichsgericht* alemán, en casos de estado de necesidad, consideró la situación económica transaccional de la parte necesitada, y sostuvo que “una mera situación económica difícil, apurada, si es lo suficientemente apremiante, puede destruir el poder de negociación de una persona poseedora de recursos financieros considerables”.⁵⁹ La definición de ignorancia o inexperiencia adoptada por el *Reichsgericht* incluía la de “un simple trabajador inexperto en materia de precios de fertilizante quien los adquirió a un precio excesivo”.⁶⁰ De manera similar, la actitud del derecho alemán estatutario y jurisprudencial sobre reparación y mitigación o minimización de daños contrasta con la de Costa Rica y México, y es mucho más cercana a la que prevalece en Estados Unidos.⁶¹

Parecería, por consiguiente, que la presencia o ausencia del principio E I o de cualquiera de sus versiones no es el resultado de la afiliación de la norma con el derecho de los países de procedencia “romanista” de derecho “codificado” o con el *common law*. La aplicación de E I depende de las *actitudes normativas* de legisladores y jueces sobre quien debe ser sujeto de la máxima confiabilidad (*uberima fides*) y, por tanto, sobre quien debe actuar como un hermano en una transacción comercial.

5. E II EN EL DERECHO MERCANTIL DE ESTADOS UNIDOS

A. Introducción

E II es el principio que exige que cada parte en un contrato o transacción trate a los otros participantes en la transacción o contrato de la misma manera que los participantes regulares o comunes en esa transacción o contrato esperan ser tratados al perseguir sus beneficios o ganancias. Este principio es el más común en las decisiones judiciales de Estados Unidos. Se aplica a las disputas contratuales, entre otros propósitos, para determinar el significado de la intención contractual, la adecuación o suficiencia de las prestaciones recíprocas y la

⁵⁸ Dawson, *op. cit.*, *supra*, nota 44, p. 62.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Juicio del 7 de enero de 1905, [1905] 60 Reischsgicht Zeitung 9, citado por Dawson, *op. cit.*, *supra*, nota 44, p. 63, núm. 178.

⁶¹ Cohn, *Manual of German Law*, 39, Londres, 1971, establece: “En una venta mercantil, independientemente de lo vendido, (en caso de incumplimiento) el vendedor tiene derecho a depositar los bienes en un almacén u otro lugar seguro a riesgo y costos del comprador, o, habiéndole notificado al comprador, puede vender los bienes o documentos en subasta pública (Sección 383 (3) BGB; [...] No se requiere notificación cuando los bienes son perecederos o cuando una notificación no fuera práctica (*untunlich*). En donde exista un precio de mercado, la venta puede llevarse a cabo a través de un corredor autorizado.”

disponibilidad de acciones y recursos judiciales, y la medida de la reparación por daños y perjuicios en casos de incumplimiento. Es utilizado también en disputas que involucran a “terceros” o a aquellas partes que no tienen vinculación contractual entre sí para determinar quién tiene el mejor derecho a la posesión de los bienes en disputa.

B. Disputas contractuales

Desde un punto de vista judicial, la determinación de la voluntad o intención contractual razonable (el instrumento conceptual clave para dirimir disputas sobre contratos en Estados Unidos) no depende del significado literal de los términos expresos en un contrato. Si el contrato fue celebrado por comerciantes o por participantes comunes en transacciones de mercado, la determinación de la intención depende de sus usos y costumbres, ya sean éstos de naturaleza interpretativa o puramente transaccional.

En el caso *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*,⁶² por ejemplo, el contrato explícitamente señalaba un precio por tonelada de fosfato, sujeto a una cláusula de precios escalonados ligada a los costos de producción. El apelante ofreció la declaración de un perito, considerado por el tribunal de apelación como poseedor de “una extensa experiencia del mercado”,⁶³ para argumentar que, en virtud de condiciones de inseguridad de la producción y clima, la estipulación respecto al precio y cantidad en el mercado de fertilizantes mezclados son “meras proyecciones o estimados para ser ajustados a las variaciones del mercado”.⁶⁴ La corte de distrito sostuvo que tal prueba de intención contractual extrínseca a lo acordado literalmente (*parole evidence*) debía de ser excluida, señalando que “el uso y la costumbre o curso de la negociación no son admisibles para contradecir al lenguaje expreso, literal, sin ambigüedades de un contrato escrito válido y que además contiene una cláusula que niega la posibilidad de que el contrato esté abierto a enmiendas o variaciones”.⁶⁵

El tribunal de apelación rechazó este razonamiento sosteniendo que, de acuerdo con la posición legislativa evidente en el comentario oficial del UCC, §2-202, “el curso de la negociación previa y los usos y costumbres del comercio, salvo que estén negados expresa e inequivocadamente, son admisibles como prueba para complementar los términos de cualquier contrato escrito”. Por ello,

⁶² Una comparación del artículo 373 del Código de Comercio alemán de 1900, *Handels Gesetzbuch*, artículo 373, (Al. 1900), con el UCC §2-706 revela una aproximación notable al recurso de reventa del vendedor. Esta similitud se explica, quizás, por el conocimiento de Karl Llewellyn, redactor en jefe del UCC, del derecho alemán.

⁶³ 451 F. 2d 3 (4to. Cir. 1971).

⁶⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 8.

"los contratos deben ser interpretados asumiendo que estos usos y costumbres fueron tomados en cuenta cuando el documento fue redactado".⁶⁶

Es cierto que la interpretación del Cuarto Circuito del término "suplementar" es lo suficientemente amplia como para incluir no sólo una adición sino también una negación del significado literal o aparente de las estipulaciones. Pero también es cierto que esta decisión lejos de ser excepcional es representativa de la actitud judicial en Estados Unidos respecto al uso y la costumbre como instrumento interpretativo de la intención contractual o transaccional. La tendencia en Estados Unidos, a pesar de las normas restrictivas de la prueba, es establecer el significado del propósito contractual no solamente mediante diccionarios de significaciones legas, o mediante la búsqueda de la "lógica interna" de un contrato, sino buscando fuera del contrato, para establecer lo "razonable" en el mercado en cuestión.⁶⁷ De ahí que aun cuando una corte intente definir un término tan susceptible a un significado literal o no ambiguo como el vocablo "pollo" recurriendo a un diccionario o a la lógica contractual interna, finalmente tiene que recurrir a un análisis del significado del vocablo en el mercado correspondiente, tal como lo hizo un tribunal en una famosa ejecutoria:

No vale decir, como lo dice el actor en su alegato, que el precio de 33 centavos ofrecido por los pollos de 2-3 libras era más cercano al de 35 centavos para los pollos para asar que al de 30 centavos para pollos para freír; cualquiera que fuese el precio de los pollos para asar, el actor tenía que asumir que el demandado buscaba alguna ganancia; seguramente él no podía asumir acuerdo sobre un precio que causara pérdidas al demandado.⁶⁸

En otras palabras, aun cuando el término es aparentemente tan poco ambiguo como la palabra "pollo", la intención de las partes se determina inquiriendo ¿qué significado del vocablo "pollo" hubiera estipulado un comerciante, ac-

⁶⁶ *Ibidem*, en 10-11. El tribunal ha establecido ya que, de acuerdo con el comentario oficial al 2-202, la sección "rechazó la vieja regla que la evidencia del curso de la negociación o los usos del comercio pueden ser alegados sólo cuando el contrato es ambiguo". *Ibidem*, p. 9.

⁶⁷ Respecto a la importancia del curso de la negociación entre las partes como utensilio de interpretación véase *Skeels v. Universal C.I.T. Credit Corp.* 222 F. Supp. 696 (W.D. Pa., 1963) donde el curso de la negociación fue utilizando por la corte para modificar los términos literales del contrato. El mercado también proporciona en el UCC el significado de términos contractuales ausentes de tal importancia como lo es el precio. Véase, por ejemplo, el Memorándum de LLewellyn en respuesta al Reporte del Grupo de Trabajo 1 del Comité Especial de la Asociación de Comercio e Industria de Nueva York Inc., en el Código de Comercio Uniforme, 1 N.Y. State Law Comm'n, 1954 Report 106, 117-18 (1954): "Se puede ser inexacto sobre muchos elementos, o dejarlos fuera. En ese caso, el legislador o el juez se refieren al mercado y así se impide que el jurado haga locuras. Aun si en sus testimonios mienten las partes o los testigos respecto al precio, donde existe un mercado siempre es posible determinar con aproximación cual fue el precio acordado.

⁶⁸ *Frigaliment Importing Co., Ltd., v. B.N.S. International Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116, 120 (S.D.N.Y. 1960).

tuando como participante regular en una transacción comercial en el mercado de pollos (para asar o freír) con vistas a su expectativa de ganancia?

Lo “razonable”, es decir, el tipo de comportamiento más cercano al de los participantes regulares en el mercado, también rige la determinación de si un vendedor o comprador puede exigir la ejecución forzosa de un contrato en vez de los daños resultantes de una reventa o recompra de otra parte contratante, o la rescisión del contrato.⁶⁹ También rigen lo “razonable” las cuestiones sobre el momento apropiado para llevar a cabo la reventa o recompra o el lugar en que se deben comprar o vender los bienes sustituidos.⁷⁰

C. Derechos de los terceros

Los derechos de los terceros tales como los compradores de buena fe (incluyendo los tenedores de títulos de crédito o valor) al igual que los derechos de los acreedores que aportaron dinero a cambio de una garantía real o personal del deudor están basados sobre la contribución de un valor mercado por el acreedor o comprador. El UCC define el valor como “cualquier prestación o contraprestación suficiente como para hacer obligatorio un contrato”.⁷¹ El UCC no considera la mera posesión de un instrumento negociable o título de crédito como “a cambio de valor” salvo que “el valor acordado haya sido pagado...”⁷² Reflejando la misma posición, las cortes estadunidenses han sostenido desde principios del siglo XX que el mero otorgamiento de un crédito en la cuenta bancaria del depositante de un cheque no es un otorgamiento de valor a los efectos de calificar al banco tomador como tenedor de buena fe.⁷³ La compra efectiva del cheque del depositario fue requerida para calificar al banco como tenedor de buena fe.⁷⁴ Los derechos de este tomador, por tanto, son medidos no solamente por haber tenido que sufrir un detrimento patrimonial comprobable, sino por haber contribuido en algo que, para la mayoría de los participantes en el mercado de títulos de crédito o de valor, es valioso.

⁶⁹ Véase *supra* nota 19.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, UCC §§ 2-706, 2-712.

⁷¹ Véase UCC § 1-201 (44).

⁷² Véase UCC § 3-303.

⁷³ Véase *Citizens' State Bank v. Cowles*, 180 N.Y. 346, N.E. 33 (1905) interpretando *inter alia*, las secciones 52(3), 191(12) y 25 de la Ley Uniforme sobre Instrumentos Negociables sobre el significado de valor y posesión: “Si la prueba hubiera confirmado la inferencia de que el actor no compró el cheque, sino que simplemente le dio crédito a Hoffman por su monto en los libros del banco, entonces el actor no es un tenedor de buena fe...”

⁷⁴ 180 N.Y. pp. 349-349, 73 N.E. 33. Para posiciones similares véase los casos citados por W. E. Britton, *Cases of the Law of Bills and Note*, 216, núm. 7, 1961.

⁷⁴ *Idem*.

De manera similar, a pesar del requerimiento de una prestación suficiente para convalidar un “contrato simple”, expresada por el artículo 9 del UCC,⁷⁵ el tipo de valor que garantiza la obtención de un derecho de prioridad sobre otros acreedores prendarios en el propio artículo no es el valor anterior al préstamo y prenda en cuestión sino un “nuevo valor”; es decir, un acreditamiento contemporáneo a la garantía. Aunque no claramente definido, este concepto también requiere de un valor mercado. Así, una garantía real procedente del financiamiento de una compra (*purchase money security interest*) es creada

cuando ella es (a) adquirida o retenida por el vendedor del bien garantizador (*collateral*) para garantizar todo o parte del precio de su venta; (b) (o es) adquirida por una persona quien, haciendo aportaciones (de numerario o crédito) o contrayendo una obligación, da valor para facultar al deudor para adquirir derechos a la posesión y uso del bien garantizador si tal valor, de hecho, ha sido usado con ese propósito.⁷⁶

En consecuencia, aquella aportación de valor que hace posible la adquisición del bien por parte del comprador a crédito será preferida sobre otra aportación u obligación menos instrumental para la adquisición del bien. Así, las prioridades se ordenan de acuerdo con el principio de mayor especificidad de contribución: la contribución o aportación más específica al valor comercializable del bien en cuestión, tendrá la más alta prioridad.⁷⁷

⁷⁵ Véase UCC § 9-108.

⁷⁶ UCC §§ 9-107; § 9-312 (3), (4), y comentarios 3, 4; 2 G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property* 782, 1965; J. White & R. Summers, *Uniform Commercial Code*, 914-916, 1972.

⁷⁷ UCC § 9-312, comentarios 2, 3. Para una extensión de la lógica prioritaria con base en la aportación más específica, véase la regla en cuanto al conflicto entre un acreedor quirografario en posesión de un embargo judicial y un acreedor que aportó o prometió hacer futuros aportes con la garantía del mismo colateral afectado por el embargo, véase Gilmore, *op. cit., supra*, nota 76, p. 939: “¿Hasta qué punto queda el derecho del acreedor embargante menoscabado al quedar este derecho subordinado a aportaciones futuras, al amparo de un acuerdo de préstamo preexistente? Piénsese en préstamos sucesivos con fecha del 1 de abril y 1 de mayo y con un embargo realizado el 15 de abril. Si el acreedor embargante remata la maquinaria ese día, su reclamo sólo podrá llegar hasta el valor del bien que le pertenece al deudor, es decir, aquel valor no gravado del bien menos la cantidad debida al acreedor prendario respecto al préstamo del 1 de abril (si no hay otra deuda prendaria por qué preocuparse). Si el embargante retrasa su remate hasta después del 1 de mayo, también alcanzará el valor propiedad del deudor, pero éste no se verá disminuido por el préstamo (aún no exigible) del 1 de mayo. De esta manera, el valor de los bienes del deudor no habrán sido menguados: el aporte del 1 de mayo compensa la disminución del valor embargable en la maquinaria. El embargante recibirá ahora menos por el remate de la maquinaria de lo que hubiera recibido antes del 1 de mayo, pero sus posibilidades de embargar más bienes del deudor (que ahora incluyen el aporte del 1 de mayo) se incrementa; presumiblemente el número de bienes es mucho mayor como resultado del suministro de capital de trabajo fresco.”

El pasaje precedente de uno de los redactores más influyentes del derecho prendario codificado angloamericano revela claramente la política de balancear la contribución al valor de bienes patrimoniales embargables.

Debe hacerse notar que el rol preeminente concedido por el legislador comercial a las disputas que involucran a acreedores prendarios y compradores de buena fe y otros acreedores y titulares del bien fue a expensas del título de dominio sobre el bien.⁷⁸ Lo que en el siglo XIX solía ser decidido por la determinación de quién era el propietario o quién había reservado o retenido su dominio, hoy en día se resuelve preguntando ¿quién aportó el más específico valor a cambio de su derecho posesorio? La aportación del valor más específico al valor mercado del bien o universalidad de bienes acompañada de publicidad adecuada para terceros son las determinantes actuales de los derechos posesorios en el derecho estadounidense.⁷⁹

6. E II EN EL DERECHO MERCANTIL LATINOAMERICANO

A. Introducción

El principio E II se utiliza en algunas de las decisiones judiciales mercantiles latinoamericanas seleccionadas como representativas de grandes y pequeños mercados,⁸⁰ pero su aplicación no es tan difundida ni tan determinante del resultado de la controversia como lo es en Estados Unidos, especialmente si choca con la intención expresada en escrituras públicas o privadas. El fuerte peso probatorio de las escrituras públicas en el derecho procesal latinoamericano, y el difundido uso de estas escrituras en transacciones comerciales importantes (que son las más posiblemente litigables) contribuye al empleo restringido de la prueba de la intención extrínseca o consuetudinaria manifestada en el curso de la negociación entre las partes y en los usos mercantiles. La

⁷⁸ Véase UCC § 9-202 y comentario al mismo; UCC § 9-312, comentario 3.

⁷⁹ Véase especialmente UCC §§ 9-312, 9-313 y "La venta de bienes muebles por su no dueño", Capítulo VI de este tomo.

⁸⁰ En el derecho argentino véase, por ejemplo, Banco Polaco Polska Kasa Opieki v. Van der Velde y Wrangle, [1942] 2 Jurisprudencia Argentina [J.A.] 242, 248, donde la cuestión de si las letras de cambio en los créditos documentarios a falta de estipulación expresa, se efectúa con recurso en contra del beneficiario se resolvió estableciendo la costumbre de la mayoría de los bancos de Buenos Aires. Debe notarse, sin embargo, que la dependencia de las cortes argentinas de la costumbre fue en gran medida propiciada por el artículo 738 del Código de Comercio en vigor, que expresamente remitía a las cortes a los "usos mercantiles" cuando la cuestión involucra requisitos esenciales de la letra de cambio incluyendo su presentación, aceptación, pago, protesto y notificación. En el derecho costarricense, véase Halabi Miraje v. Pacific Refrigeration, Sala de Casación, 22 de diciembre de 1958, reimpronta en Kozolchyk y Torrealba, *op. cit., supra*, nota 23, p. 108 (donde la cuestión de si el precio por docena de mercancía era el producto de un error tipográfico fue resuelta estableciendo, *inter alia*, el precio vigente entre comerciantes comparables). Como ya lo señaló este autor, la aplicabilidad de la costumbre o del uso en el derecho latinoamericano depende en gran medida de la autorización legislativa (usualmente expresada en los códigos civiles o de comercio) de la aplicabilidad del derecho consuetudinario. B. Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, p. 47, 1966.

actitud de los tribunales latinoamericanos se ilustrará por medio de decisiones mexicanas, argentinas y chilenas.

B. Las decisiones judiciales mexicanas sobre derecho contractual

I. Simulación, curso de la negociación y usos mercantiles

La simulación contractual es la expresión de una intención contractual en un escrito o documento sólo para propósitos oficiales, enmascarando la intención verdadera y secreta no expresada por las partes. La simulación es un fenómeno común en la práctica comercial mexicana, especialmente cuando la transacción supone una carga fiscal fuerte,⁸¹ como el impuesto sobre la venta o gravamen de propiedad real. En estas transacciones, con frecuencia el precio de la tierra vendida es rebajado en la escritura pública o privada o la transacción en sí misma es disfrazada para evitar o reducir considerablemente el impuesto debido. Tales prácticas traen consigo el peligro de que uno de los participantes tome ventaja de lo declarado u ostensible a expensas del otro, particularmente cuando los tribunales interpretan los escritos o documentos de manera estricta o literal. Este riesgo se ilustra en la ejecutoria Fernando López de la Suprema Corte de México en 1958.⁸²

En esta ejecutoria, el actor acordó vender su tierra al demandado utilizando un documento privado que establecía que el precio de la tierra era de 100 pesos. A pesar de que el precio de mercado de la tierra fue estimado por un perito en 8 000 pesos, el demandado insistió en pagar únicamente el precio establecido. El actor ofreció probar que el precio declarado fue insertado meramente para evitar el pago de los impuestos de traslación de dominio. En su contestación, el demandado hizo énfasis sobre una cláusula en el documento privado que establecía que las partes estaban de acuerdo en que el precio señalado era justo y legal, y que incluso si en la opinión de expertos el precio resultaba ser mayor que lo establecido, era la intención de las partes el donarse mutuamente cualquier excedente o diferencia existente entre el valor mercado y el contrato.⁸³

⁸¹ Para una descripción de la simulación en las prácticas mercantiles en Latinoamérica, véase Kozolchyk, "Law and the Credit Structure in Latin America", 7 *Va. J. Int'l. L.* 1, 11, 12, pp. 33-35, 1967.

⁸² Fernando López, [1958] 14 Semanario 81, traducido en Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, pp. 355-365.

⁸³ Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, p. 357. La práctica mexicana de renunciar a cualquier reclamación por lesión mediante un relato formal en el escrito tiene sus raíces en prácticas medievales igualmente simulatorias, pero dirigidas principalmente contra la prohibición de la usura por la iglesia. Dawson, *op. cit.*, *supra*, nota 44, pp. 274-275, reporta que: "Las partes contratantes intentaron evadir el efecto de normas como la *laesio* mediante cláusulas formales de renuncia, mediante el uso del juramento y de cláusulas de que cualquier discrepancia entre los valores intercambiados representa una donación del

El juez de primera instancia en el estado de Puebla sostuvo que el actor no probó su acción de nulidad de la escritura de compraventa y que su intento de probar la falsificación de la intención contractual carecía de mérito.⁸⁴

El actor interpuso apelación ante el tribunal de apelación en Puebla, que confirmó la decisión del tribunal inferior. En apelación, la Suprema Corte mexicana ordenó que la evidencia sobre la posible nulidad del contrato fuera tomada en cuenta por el tribunal de apelación del estado.⁸⁵ En cumplimiento de esta decisión, el tribunal de alzada estatal emitió una nueva decisión en donde no encontró razón alguna para revocar la decisión del tribunal inferior. Sostuvo que la evidencia de los testigos del actor para probar que el valor de la tierra era de 8 000 pesos lo más que demostró es lo que la propiedad valía en el mercado y no lo que las partes acordaron como precio de venta.⁸⁶ La Suprema Corte de México, a su vez, decidió que habiendo sido probado que la tierra que había sido vendido valía 8 000 pesos, sería una injusticia validar el precio simulado de 100 pesos.

El contrato, por ello, fue declarado nulo porque no había un verdadero consentimiento.⁸⁷ Más aún, La Corte determinó que lo acordado o el precio verdadero era de 4 500 pesos. Sin embargo, debido a que el precio de la tierra era lo suficientemente alto como para requerir la presencia de una escritura pública y dado que dicha escritura no se había elaborado, la Corte consideró que ella era incompetente para implementar tal formalidad y así decretó la nulidad de la transacción.⁸⁸ En apoyo a este razonamiento, la Suprema Corte citó un pasaje de un famoso tratado de uno de sus ministros que preconizaba la regla de una vez que

“el acto secreto” había sido descubierto por un tercero o por una de las partes contratantes, el acto “ostensible” era dejado sin efecto legal. También se da la facultad a cualquiera de las partes para descubrir el acto secreto cuando “la otra parte trate de tomar ventaja del acto ostensible”.⁸⁹

Este pasaje no da respuesta al problema creado cuando una de las partes se aventaja de la simulación mientras le conviene y la denuncia una vez que cesa de convenirle. Incluso cuando los tribunales mexicanos han intentado darle validez al propósito “verdadero”, se encuentran con el problema de no saber

excedente. Estas cláusulas encontraron una vigorosa resistencia por parte de los comentaristas con el efecto de que con frecuencia fueron dejadas sin efecto”. Véase también Código Civil francés de 1804, artículo 1674.

⁸⁴ Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, pp. 357-58.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 359.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 361.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 363.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 365.

qué hacer con un documento ostensiblemente válido. ¿Debe ser invalidado este documento total o parcialmente? De ser invalidado, ¿se haría con base en el testimonio de partes o personas allegadas a las partes de cuya palabra posiblemente desconfíen los tribunales por tratarse de partícipes o cómplices en un comportamiento simulado?⁹⁰ Este problema se hace patente en una decisión de la Suprema Corte en 1954 en el caso Bernardo González Varela.⁹¹ Las partes firmaron un documento privado en el que el comprador-demandado aparecía como habiendo pagado al actor-vendedor 50 000 pesos del precio de venta de tierra y aceptaba pagar 36 000 pesos adicionales. A continuación, las partes firmaron una escritura pública en la que el comprador-demandado reconocía haber recibido 36 000 pesos del vendedor-actor y aceptaba constituir una hipoteca por esa cantidad ofreciendo como garantía la tierra adquirida del actor. En respuesta a la petición del actor de que el tribunal ordenara la ejecución de la escritura de hipoteca, el tribunal de apelación señaló que:

Los demandados ofrecieron como prueba a su favor el testimonio del testigo A. G [...] quien testificó lo que G. V. dijo, y el testigo escuchó, que los 36 000 pesos a los que se refería la escritura de hipoteca eran los mismos que el demandado todavía debía al actor como resultado de la adquisición de los lotes[...] Este testimonio, a pesar de que fue hecho por un testigo único, lleva a este tribunal a la convicción de que, de hecho, los 36 000 pesos que el actor ahora reclama de los demandados, no se les dio a ellos en efectivo, sino se simuló su entrega a los efectos de garantizar su pago como parte del precio de compraventa[...] Al exigir el actor

⁹⁰ Los libros de texto sobre derecho procesal invariablemente inician la discusión sobre la prueba testimonial señalando que: "Desde los tiempos del derecho romano prevalecía el principio que nadie puede ser testigo en su propio caso (*nemo debet esse testis in propria causa*). La razón es que si la parte testifica, sólo lo puede hacer en favor o en contra de su propio interés. En el primer caso, estaría confesando la demanda de la otra parte, en el segundo caso el testimonio sería redundante e inútil."

J. Becerra Bautista, *El proceso civil en México III*, 4a ed., México, Porrúa, 1974 p. 112; véase también E. Pallares, *Derecho procesal civil*, 5a ed., Porrúa, 1974, pp. 372, 373, donde Pallares se opone a la sugerencia de F. Cornelutti, un connodato procesalista italiano, de que la confesión de parte debe aceptarse como una forma de testimonio. Los puntos de vista de autores mexicanos respecto al peso y la credibilidad del testimonio de las partes son compartidos en otros países latinoamericanos. Tipicamente, los tribunales argentinos han sostenido que "las declaraciones de las partes dando respuesta a interrogatorios no son evidencia a su favor, son una simple reafirmación de sus peticiones. Ni cambian los términos de la *litis*, ni les dan a estos términos mayor credibilidad." Iriberry v. Lasalle, Cámara 1era Ap. Mar del Plata, 16 de julio de 1964, [1965] 117 La Ley 821, involucrando una venta simulada. Véase también cómo un alegato o declaración de hecho por una parte no puede beneficiar, pero si dañar la posición de la parte, Varsky v. Flomenbaum, Cámara Nacional Civil, Sala E., 3 de octubre de 1966, [1967] 125 La Ley 585, también involucrando a una alegada simulación. Pero cf., I Echandia, p. Teoría general de la prueba judicial, Argen, 1974, pp. 23 y ss. que preconiza, como lo hace Cornelutti, un mayor valor al testimonio de las partes. Es de notar que las asunciones de los tradicionalistas son: 1) que las partes necesariamente testificarán en forma beneficiosa a sus intereses, incluso bajo juramento; 2) que tal testimonio está destinado a ser inconsistente con la verdad y 3) que no tienen ningún valor para establecer los hechos aun cuando la versión de los hechos por las partes no esté en conflicto.

⁹¹ Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, p. 343.

una hipoteca respecto a esta cantidad las partes simularon un mutuo con interés y garantía hipotecaria. La función de los tribunales no es la de dar efecto a actos simulados, aún y cuando éstos puedan llenar ciertos requisitos de carácter formal; por el contrario [...] es la de dar luz a los hechos e impartir justicia. Sería desde cualquier punto de vista injusto para este tribunal ordenar a JPA y MIG el pago de 36 000 pesos en el supuesto contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, porque si esto se ordenase, estaría todavía expedito el derecho del dicho G. V. para requerir a JPA y a su esposa el pago de otros 36 000 pesos que es la cantidad que los demandados le debían todavía a G. V. como resultado de la venta...⁹²

Es importante notar que la corte de apelación asumió que aunque el actor no había reclamado nada más que lo que las partes habían verdaderamente acordado, era muy posible que si la hipoteca era decretada, el actor se enriquecería injustamente en un futuro reclamando el doble pago de la misma suma utilizando el documento privado y la hipoteca como evidencia⁹³ de la intención de las partes. De cualquier manera, el tribunal terminó privando al actor de lo acordado y del valor del mercado. La Suprema Corte revocó esta decisión y al hacerlo su razonamiento fue, paradójicamente, basado en consideraciones de derecho estricto:

El tribunal inferior le da un valor excesivo a esta prueba en desacato al viejo principio *Unus testis, nullus testis*, y como las otras consideraciones hechas por el tribunal inferior están sostenidas sólo por suposiciones es evidente que su razonamiento es inadecuado [...] [el razonamiento del tribunal inferior] en modo alguno corresponde a la necesidad de decidir este amparo de acuerdo con estricto derecho.⁹⁴

La Corte añadió que:

Es pertinente observar desde luego, que no existe incompatibilidad legal o material entre una y otra transacción (la compraventa y el mutuo) y como los demandados son competentes para contratar y como de la escritura aparece que al momento de hacerse el contrato estaban en pleno uso de sus facultades mentales e hicieron el contrato con su consentimiento libre [...] No es lógico ni jurídico que con base en tan frágil suposición ellos intenten ahora negar la validez de las obligaciones asumidas por ello, especialmente si éstas obligaciones fueron asumidas de manera solemne bajo la certificación de notario público y con todos los requisitos exigidos por la ley.⁹⁵

La marcada rencuencia a examinar la intención contractual a la luz del comportamiento típico en el mercado es evidente también en relación con el curso de

⁹² *Ídem*,

⁹³ *Ídem*.

⁹⁴ *Ídem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 344.

negociaciones previas entre las partes. En un caso relativo si, a falta de una estipulación contractual sobre el lugar del pago en caso de mora, el actor podía asumir que el lugar del pago moroso sería el mismo en que se llevaron a cabo 43 anteriores pagos de plazo (el domicilio del actor),⁹⁶ la Suprema Corte de México concluyó que:

Aunque es cierto que el comprador admitió que tenía la obligación de hacer los pagos en la casa del vendedor, y de que fue en ese sitio en el cual él había entregado los 43 pagos que había hecho... es también cierto que esta admisión y la conducta previa no tienen la fuerza probatoria que el actor les atribuye. La admisión no puede sostenerse porque se contradice por los términos del contrato en donde nada está dicho o prometido con respecto a esta admisión. La única conclusión que puede sacarse de tal admisión es que la parte pagadora erróneamente creyó que tenía que llevarle los pagos al domicilio del acreedor, y no que el acreedor tenía que ir al domicilio del deudor para cobrarlos.⁹⁷

El peso probatorio atribuido al silencio contractual por la Suprema Corte de México en esta ejecutoria es especialmente digno de atención. A pesar del silencio contractual, respecto al lugar que las partes deseaban fuese el lugar del pago moratorio, el silencio contractual fue interpretado como expresión de una norma opuesta a la conducta reiterada de las partes.

2. *Equidad*

La renuncia de los tribunales mexicanos a permitir que la intención contractual sea determinada por el curso de las negociaciones previas y por los usos y costumbres mercantiles está ligada a su rechazo de la equidad como base para dirimir disputas contractuales. Dos decisiones de la Suprema Corte mexicana ilustran este punto.

En una decisión rendida en 1941,⁹⁸ el señor Viteri, un ingeniero, celebró un acuerdo con el dueño de un pozo petrolero, en el cual el señor Viteri se comprometió a lograr que un pozo improductivo produjese petróleo. Adicionalmente, el señor Viteri accedió a manejar y supervisar la producción una vez que el pozo se había hecho productivo y por el tiempo que continuara siéndolo. A cambio de tal obligación, el señor Viteri recibiría 50% de las ganancias producidas por sus esfuerzos. El tribunal inferior determinó que los esfuerzos del señor Viteri fueron exitosos y que, por un periodo anterior a su muerte,

⁹⁶ Ana María Navarrete Carapia [1964] 85 *Semanario Judicial de la Federación* 30, traducido en Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, pp. 313, 317.

⁹⁷ Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, p. 316.

⁹⁸ Suc. de Viteri Jorge, [1955] 125 *Semanario Judicial de la Federación* 315, traducida en Butte, *op. cit.*, *supra*, nota 49, pp. 309-312.

estuvo a cargo de la explotación del pozo. Después de su muerte, la sucesión de Viteri reclamó el derecho de continuar recibiendo 50% de los beneficios del pozo. La Suprema Corte, al igual que los tribunales inferiores, rechazaron esta demanda. El razonamiento de la corte es particularmente revelador.

De acuerdo con la corte, los tribunales inferiores basaron sus decisiones en la caracterización del contrato entre Viteri y el dueño del pozo como un acuerdo para crear una asociación en participación, en contraste con un contrato para la rendición de un servicio a un precio alzado.⁹⁹ El tribunal intermedio de apelación reconoció la injusticia de privar a la sucesión del actor de las ganancias del pozo a partir de la muerte de Viteri, especialmente ante la realidad de la esencial contribución del actor a la rentabilidad del pozo. Sin embargo, en virtud de que el acuerdo se caracterizó como una asociación en participación, y esta asociación no se disolvió de acuerdo con los requisitos de disolución de la Ley de Sociedades Mercantiles, la corte decidió que no tenía el poder de aceptar la reclamación de la sucesión de Viteri.¹⁰⁰

La Suprema Corte caracterizó las obligaciones de Viteri como personales y, así, el derecho a percibir 50% de las ganancias estaba limitado a la producción de petróleo por el periodo en que Viteri, con su trabajo personal, contribuyó a la rentabilidad del pozo.¹⁰¹ La Suprema Corte razonó que, a partir de su muerte, la otra parte en el contrato de asociación podía terminar el acuerdo y cancelar sus obligaciones.¹⁰² En respuesta al argumento del apelante de que el trabajo de Viteri no podía ser categorizado realmente como personal ya que hubiera podido haberse hecho por cualquier otra persona con los conocimientos de Viteri, la Suprema Corte declaró: “la consideración importante no es que el trabajo técnico pueda ser reemplazado sino que, como el trabajo acordado es estrictamente personal, cuando él no podía efectuarlo más, la otra parte tenía el derecho de rescindir el contrato”.¹⁰³ Con este argumento, la sucesión fue privada del derecho a las ganancias en un pozo improductivo hasta el momento que Viteri lo convirtió en productivo.

En respuesta a la petición del apelante de que los demandados iban a ser enriquecidos sin causa por la decisión del tribunal inferior, la Suprema Corte admitió la posibilidad de que los esfuerzos de Viteri fueron de gran significación económica. La corte también declaró que, en comparación con el subsiguiente trabajo de administración, supervisión y mantenimiento, cada una de estas actividades bien podía merecer 25% de la producción excedente. Sin embargo, como quiera que los apelantes no habían contratado por sus servicios,

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 309-310.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 310.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 311.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

la Suprema Corte dijo que no tenía facultades para adjudicar ningún monto.¹⁰⁴ De esta manera, la apelación fue denegada y con ella la demanda de la sucesión de Viteri.

La caracterización del contrato como “estrictamente personal” por la Suprema Corte tiene serios problemas conceptuales. Aparte del hecho apuntado por el apelante de que una gestión sustituta era efectivamente posible, la corte asumió que los derechos devengados por un desempeño estrictamente personal no eran ni asignables ni heredables. Esta asunción ignoró la distinción entre la imposibilidad de una prestación por un sustituto en un contrato “estrictamente personal” y la posibilidad de transmitir el producto ya logrado de un esfuerzo “estrictamente personal” a terceros cesionarios, legatarios o herederos del comerciante. Lo absurdo de tal asunción se pone de manifiesto en una situación hipotética en donde al ingeniero Viteri le hubiera sido pagada la porción de la producción presente y futura (estimada) justo después de haber completado el trabajo de hacer reddituable el pozo. ¿Su sucesión no hubiera tenido el derecho a reclamar tal pago en manos de un tercero depositario? Si la sucesión hubiera heredado estas ganancias ya pagadas, por qué no podría heredar las rentas no pagadas? ¿Acaso es razonable pensar que Viteri hubiera estado de acuerdo con esforzarse sabiendo que si moría poco después de triunfar, ni él ni sus herederos recibirían nada?

La Suprema Corte de México escogió la caracterización de la obligación como “estrictamente personal” y su secuela de intransferibilidad a pesar de que esta obligación generara una prestación transferible, en lugar de caracterizar los beneficios retenidos por el dueño del pozo como un enriquecimiento indebido o injusto. Esta posición es consistente con aquella evidente en otras decisiones donde la equidad hubiera requerido que los contratos fuesen decididos mediante la evaluación de la mutuidad de las prestaciones de las partes a la luz del valor de mercado de los desempeños respectivos, pero la Corte escogió el tenor literal de las estipulaciones contractuales a pesar de la falta de mutualidad.

En una decisión de 1932 de la Suprema Corte mexicana en *Karas v. Friedemberg S.A.*,¹⁰⁵ el actor como endosatario, tenedor en debida forma de tres letras de cambio aceptadas (pero no pagadas) por el demandado, exigió el pago de 1 357 dólares estadounidenses o su equivalente en pesos mexicanos. El tribunal inferior ordenó el pago de 3 420 pesos mexicanos y, cuando el pago fue rehusado, decretó la ejecución de la sentencia sobre la propiedad del demandado.¹⁰⁶ Ambas partes apelaron al decreto de ejecución. El actor hizo notar que la cantidad en pesos mexicanos señalados en el decreto correspondían

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 312.

¹⁰⁵ Gerhard Karras y Cia. v. Friedemberg S. A., [1934] *Revista General de Derecho y Jurisprudencia* 5, 116.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 117

no al tipo de cambio en el momento de decretar el pago por el tribunal, sino al tipo de cambio en vigor al momento de presentar la demanda. Había una gran diferencia entre estas dos cantidades como resultado de la devaluación monetaria. Afirmó que la decisión del tribunal inferior era contraria tanto a la ley monetaria mexicana como a los principios de equidad.

El artículo 509 del Código de Comercio mexicano en vigor en aquel momento establecía que si la moneda extranjera estipulada en la letra de cambio no era de curso legal, el pago se haría en una suma equivalente a aquella estipulada con base en el tipo de cambio en vigor en el día de vencimiento del instrumento.¹⁰⁷ De cualquier manera, el artículo 8 de la subsecuentemente promulgada ley monetaria proveía que el tipo de cambio para la determinación del monto debido era la que estaba en vigor al momento del pago.¹⁰⁸ La Suprema Corte escogió entender el término pago como si quisiera decir la fecha de vencimiento de la letra de cambio y no la fecha del pago en sí.¹⁰⁹ En respuesta a la argumentación del actor de que el demandado había sido enriquecido sin causa, la corte declaró que “la subida o caída de los tipos de cambio y sus efectos sobre el pago es un fenómeno económico que es independiente de la necesidad jurídica de fijar, al plantear la demanda, el quántum de la reclamación”.¹¹⁰ Adicionalmente, la corte se refirió a los principios de equidad como sigue:

El apelante invoca la equidad para obtener una reparación más alta sin tomar en cuenta que un triunal de derecho como lo es este tribunal, salvo en aquellos casos en que la ley autoriza el acudir a los principios de equidad para resolver casos concretos, no puede aplicar tales principios porque esto violaría la igualdad ante la ley que es la base del orden social. Mientras existan disposiciones legales aplicables al caso en cuestión no hay razón para intentar corregirlas sustituyendo lo legislado por una norma enteramente subjetiva...¹¹¹

En un sabio comentario sobre esta decisión, el profesor Eduardo García Maynez apuntó que la ley en vigor en el momento de esta decisión cominaba a las cortes a decidir controversias que involucraban derechos iguales de la misma especie “observando la mayor igualdad posible entre las partes”, o con base en la mayor reciprocidad.¹¹² Por consiguiente, aun cuando la equidad no pueda, en opinión del profesor García Maynez, corregir o sustituir al derecho legislativo, definitivamente tiene un papel suplementario, en especial cuando el derecho legislado es poco claro.¹¹³

¹⁰⁷ *Ibidem*, en 119.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 120.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Ibidem*, p. 127.

¹¹³ *Idem*.

Pero hay más problemas con el razonamiento de esta decisión que una visión equivocada del rol suplementario de la equidad o una visión exclusivamente formalista del alegato de demanda (esta última, una visión que tolera un enriquecimiento sin causa cuando la alternativa sería permitir una enmienda de la demanda reflejando una suma mayor a la originalmente exigida). El problema conceptual más serio es que la corte percibió el valor mercado de las actuaciones involucradas como un “fenómeno económico” “independiente” de lo jurídico.¹¹⁴ De esta manera, el derecho fue percibido como preocupado con hechos desprovistos de implicaciones económicas o totalmente ajenos a las transacciones del mercado y en forma contraria a la sabiduría convencional,¹¹⁵ a la par que la equidad fue percibida como propulsora de la desigualdad ya que las decisiones equitativas se presumían ser inevitablemente subjetivas o arbitrarias.

C. La equidad en las sentencias contractuales de otros países latinoamericanos

La posición previamente descrita no es única de la Suprema Corte mexicana. Un estudio de las decisiones chilenas hecho en 1971 por el profesor Gesche Müller sobre el efecto de la devaluación monetaria en las obligaciones contractuales concluye que:

a pesar de la aguda devaluación monetaria de casi medio siglo, la jurisprudencia y la doctrina chilenas han aplicado inflexiblemente la doctrina nominalista[...] Esto ha conducido a una distorsión del concepto de equidad en el Código Civil, en áreas tales como [...] pago de dividendos por compañías civiles y mercantiles, restitución, rescisión y nulidad de los contratos, ejecución forzosa de las promesas en los contratos bilaterales donde una parte prometió dinero y la otra bienes o propiedades identificables, pagos a plazos en un largo periodo, etcétera.¹¹⁶

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 120; véase el texto al que se refiere la nota *supra* 110.

¹¹⁵ La sabiduría convencional a que hacemos referencia en el texto principal es la expresada por Aristóteles en el libro V de su *Ética Nicomaquea*: “Cuando la ley habla en forma universal, y surge un caso que no está cubierto por el enunciado universal, entonces lo correcto es, donde el legislador nos falla y yerra por demasiada simplicidad, corregir la omisión y decir lo que el legislador hubiera dicho si hubiera estado presente y hubiera puesto en su ley si lo hubiera sabido. Ésta es la naturaleza de lo equitativo, una corrección del derecho en donde es defectuoso debido su universalidad.”

Aristóteles, *The Nicomachean Ethics*, traducido por W. D. Ross, *The Oxford Translation of Aristotle*, 11, 1925. La versión de la igualdad de la Suprema Corte mexicana por consiguiente estaba predicada sobre la premisa de que todas las normas jurídicas no sólo son universales (para usar el término aristotélico), sino también, invariablemente, omnicomprendivas. Ya que sólo las leyes que todo lo abarcan, es decir, aquellas que tratan a todos a los iguales como iguales y a todos los desiguales como desiguales, pueden garantizar la igualdad del trato.

¹¹⁶ B. Gesche Muller, *Jurisprudencia dinámica y la desvaloración monetaria y otros problemas del derecho* 18, Chile, 1971.

De manera similar, el reciente estudio del profesor Rosenn sobre inflación en el derecho latinoamericano apunta que,

En contraste con las legislaturas americana, austriaca, francesa, alemana y polaca, que promulgaron legislación general revalorizando categorías específicas de obligaciones expresadas en moneda altamente depreciada, las legislaturas latinoamericanas ordenaron la revalorización sólo en un número muy limitado de circunstancias. Esta legislación de revalorización excepcional generalmente ha sido dirigida a proteger el patrimonio del gobierno buscando la más eficiente operación de los servicios del gobierno en vez de proteger a los contratantes afectados.¹¹⁷

Rosenn también considera que, a pesar de la promulgación en Argentina de la teoría de la "imprevisión"¹¹⁸ para anular o revisar contratos, siempre que exista un cambio sustancial imprevisto en las condiciones económicas prevalecientes en el momento en que se llevaron a cabo los acuerdos, los tribunales argentinos hasta hace muy poco han sido reacios a liberar de sus obligaciones a las partes contratantes o a ajustar o modificar las obligaciones. Algunos incluso han afirmado que la inflación es un hecho tan notorio de la vida en Argentina que no puede ser ignorado por las partes.¹¹⁹ Igual que la aplicación de la doctrina del derecho procesal estricto por la Suprema Corte mexicana para descalificar la demanda por una cantidad de pesos equivalente a la de dólares especificada en el texto de una letra de cambio, el Tribunal Nacional de Apelación de Argentina rehusó, todavía en 1977, revaluar las reclamaciones contenidas en títulos de crédito porque esto hubiera requerido "que los tribunales descartaran la naturaleza independiente de la promesa en el título de crédito y ahondaran

¹¹⁷ Rosenn, "The Effects of Inflation on the Law of Obligations in Latin America," *Int'l & Comp. Law Review*, 269, 278, 1979.

¹¹⁸ El profesor Rosenn traza los orígenes de la teoría de la imprevisión hasta la teoría medieval de *rebus sic stantibus*, la cual "postula que todo contrato contiene una cláusula tácita (o condición implícita) terminando o modificando su fuerza obligatoria siempre que haya habido un cambio sustancial en el estado en los hechos prevalecientes a la fecha en que el contrato fue celebrado que hace injusto su cumplimiento[...]."

No existe una definición única de la teoría de la imprevisión, pero su concepto esencial es el de que una corte puede anular o revisar un contrato siempre que haya habido un cambio sustancial e imprevisto en las condiciones económicas prevalecientes en el tiempo en el que el contrato fue celebrado, haciendo que el cumplimiento por parte del deudor sea excesivamente oneroso, aunque no objetivamente imposible." *Ibidem*, pp. 279, 280 (cita omitida). Una reforma de 1968 al artículo 1198 del Código Civil argentino establecía que: "Si en los contratos de cumplimiento diferido o continuo, el cumplimiento para una de las partes se hace excesivamente oneroso en virtud de eventos extraordinarios e imprevistos, la parte perjudicada puede demandar la terminación del contrato..." Sobre esta reforma véase Rosenn, *op. cit., supra*, nota 117, p. 281.

¹¹⁹ Véase *Ibidem*, p. 282 y nótese también lo manifestado por este autor, que "Espoleados por la hiperinflación de 1975 y 1976 y por una fuerte corriente doctrinal, los tribunales argentinos han descartado el nominalismo y permitido la recuperación por depreciación monetaria en donde ha habido retraso en obligaciones de pago o pecuniarias." *Ibidem*, p. 295 (cita omitida).

en consideraciones contractuales subyacentes...”¹²⁰ El formalismo y la argumentación estricta eran aparentemente iguales en la negativa de la Suprema Corte chilena a revalorar los daños y perjuicios por muerte adjudicados por los tribunales de primera instancia mediante la afirmación de que tal revalorización hubiera infringido un daño serio al principio de *res iudicata*.¹²¹

La renuencia de los tribunales argentinos y chilenos a tomar como base adjudicativa un valor mercado para la liberación de las obligaciones monetarias es afín a la tradicional postura legislativa en favor del nominalismo. Hasta hace muy poco, las decisiones de los tribunales en estos países eran tan compatibles con el enfoque nominalista que éste era aplicado incluso cuando los hechos involucrados no requerían su aplicación. Por ejemplo, en Bustillo v. Café Paulista S.R.L.,¹²² una sentencia de la Suprema Corte de Argentina de 1953, la *litis* no giraba en torno a la equivalencia de prestaciones monetarias, sino a la validez de una cláusula de arbitraje. Las partes en un préstamo a largo plazo habían acordado que, en el caso de una devaluación de 40% en la moneda argentina, el monto del adeudo de un arrendamiento de largo plazo sería determinado por un procedimiento arbitral.

Al negar la validez del tal cláusula, la Suprema Corte de Argentina equiparó la estipulación sobre arbitraje de las partes a una usurpación de una función de derecho público. Esta usurpación aparentemente consistía en privar al Estado de su poder de requerir el pago del valor nominal en vez del valor de mercado elegido por las partes.¹²³ Sostuvo además que la determinación en cuestión era estrictamente jurídica y por consiguiente fuera de la competencia de árbitros quienes sólo deberían preocuparse con asuntos no jurídicos o “técnicos”.¹²⁴ A primera vista, este razonamiento podría parecer contrario a aquél de la Suprema Corte mexicana en la decisión Karras, en donde se sostuvo que la devaluación monetaria era un hecho económico indiferente a la ley.¹²⁵ En el fondo, sin embargo, la contradicción es sólo aparente ya que ambas cortes retienen la prerrogativa para decidir en la misma manera lo que cada una percibe como un asunto “jurídico” nominalista y ambas cortes rechazan consideraciones no jurídicas o inspiradas en el mercado independientemente de su denominación o “etiqueta”. En un caso, estas consideraciones se denominan “económicas” y, en el otro, son materia de “arbitraje” o de “equidad”.

¹²⁰ Sentencia del 13 de abril 1977, Cámara Nacional de lo Comercial, en pleno, *La Ley*, 1, 2, 5, 1977, 42.

¹²¹ Véase Berta Guzmán de Shirazawa v. Empresa de Ferrocarriles del Estado, 10 de septiembre de 1942, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* 60, 1963 y *Gaceta de los Tribunales*, 407, extracto y reimpresión en Gesche Muller, *op. cit., supra*, nota 116, pp. 57-69.

¹²² *Jurisprudencia Argentina*, 89, III, 1953.

¹²³ *Ibidem*, pp. 93-94.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 89-95.

¹²⁵ Véase el texto al que se refiere la nota 110 *supra*.

D. Los derechos de los terceros en Latinoamérica

En contraste con las decisiones judiciales angloamericanas que requieren la aportación de valor mercado para la protección de terceros como los tenedores de buena fe de títulos de crédito, los compradores de bienes muebles o inmuebles y los acreedores prendarios, la aportación de un valor mercado no juega un papel importante en las decisiones judiciales respecto a los derechos de los terceros más económicamente significativos en el derecho latinoamericano.

Una decisión de 1964 de la Suprema Corte de Colombia es particularmente ilustrativa debido a que la legislación en vigor en aquel momento era una traducción al español de la United States Uniform Negotiable Instruments Act,¹²⁶ una ley en la que la aportación de valor jugaba un papel clave en la determinación de los derechos de los tenedores en debida forma.¹²⁷ En *Cia. Bogotana de Teatros S.A. v. Ramírez*,¹²⁸ el apelante alegó, *inter alia*, que el apelado no era un tenedor en debida forma del cheque del apelante porque admitió en sus respuestas a los interrogatorios que él no había pagado nada por los cheques en posesión.¹²⁹ También apareció en el expediente que los beneficiarios de los cheques habían negado haberlos endosado al presunto tomador apelado.¹³⁰ El apelante alegó que el tribunal inferior erró al desechar su demanda y al afirmar que no todos los elementos de una acción de enriquecimiento ilegítimo se habían reunido. Asimismo el apelante alegó finalmente que aunque todos los elementos de una acción de enriquecimiento ilegítimo no se hubiesen reunido, su acción debía haberse concedido como una acción de restitución de dineros equivocadamente pagados o recolectados.¹³¹

Después de establecer que la acción para la restitución de dineros equivocadamente pagados o recolectados era una especie del género del enriquecimiento ilegítimo y que fallaría si todos los elementos genéricos no estaban presentes,¹³² la Corte colombiana concluyó que la ley de instrumentos negociables en vigor presumía la autenticidad de las firmas y los endosos.¹³³ Por consiguiente, un alegato de falsedad de un endoso requiere de la prueba de la falsificación efectiva. Más aun, se dijo que la ley presumía que cuando estaba

¹²⁶ Ley de Instrumentos Negociables colombiana, 46 de 1923; véase los comentarios sobre esta traducción de la Ley de Instrumentos Negociables y su adopción en Jaramillo E. Schloss, *Los instrumentos negociables en el nuevo Código de Comercio*, pp. 66, 67 (Bogotá 1974); R. Rengifo, *La letra de cambio y el cheque*, pp. 133-135, Colombia, 1977.

¹²⁷ Véase *supra* nota 73.

¹²⁸ Suprema Corte, *Gaceta Oficial* 58, 107, 1964.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 62.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*, pp. 65-66.

¹³³ *Ibidem*, p. 66.

en manos de un tenedor en debida forma había sido válidamente transmitido por sus predecesores. La Corte se remitió a la sección sobre tenencia en debida forma de la Ley de Instrumentos Negociables, y a la sección que establece la presunción refutable que la tenencia, salvo prueba en contrario, es en debida forma. Basada en estas secciones, la Corte sustuvo que cuando el tribunal inferior requería la prueba de la falsificación efectiva (en contraste con la negativa del endosante sobre la autenticidad de su endoso) actuó consecuentemente con la actitud de la ley de proteger a los tenedores en debida forma.¹³⁴ Más adelante estuvo de acuerdo con la decisión del tribunal inferior en cuanto a lo improPIO de la demanda de enriquecimiento ilegítimo y denegó la apelación. A pesar de que el presunto tenedor no probó haber pagado valor mercado alguno por los cheques en su posesión, nada dijo la Corte al respecto, convaleando con su silencio una tenencia protegida sin aportación de valor.¹³⁵

De igual significación económica es la determinación de quien tiene el *status* de tercero comprador protegido de propiedad mueble o inmueble o de acreedor con garantía real perfeccionada; es decir, inscrita o posesoria. Cuando se trata de prendas sobre bienes muebles, las prácticas mercantiles indican que es necesario usar los mismos bienes como garantía o “colateral” para propiciar el financiamiento simultáneo o sucesivo por parte de diversos prestamistas o vendedores. Cuando los mismos bienes sirven como garantía para el vendedor y sus financieros, y para el comprador y sus financieros, y cuando quien está en posesión de los bienes durante ciertas etapas de la transacción es un tercero transportista o almacenista y durante otras etapas el consumidor final, la cuestión mercantil relevante no es quién es el propietario “original” “vendedor” o “histórico” entre los varios demandantes legítimos, sino quién de entre ellos tiene el mejor derecho a la posesión inmediata del bien.

Cualquier derecho que el primer u “original” propietario haya tenido con anterioridad al ingreso de los bienes en los canales del comercio, el financiamiento de cada participante subsecuente en las transacciones comerciales requiere la fragmentación de tal derecho. Algunos derechos son retenidos con el vendedor o su financiero; algunos son incorporados en el documento acusando recibo para el transporte o almacenaje; algunos son adquiridos por el comerciante que compra los bienes para revenderlos; algunos son adquiridos por su financiero; y algunos son adquiridos por el consumidor y su financiero.

Intentar resolver las cuestiones que afectan los derechos sobre la posesión determinando en primer término quién fue el propietario original puede resultar un proceso irrelevante o costoso. Así, S. J. Rotman, un investigador argentino de hipotecas sobre bienes muebles y financiamiento de vehículos automotores, descubrió en un estudio realizado en 1967 que “las gravísimas pérdidas sufridas

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Idem*.

por el comercio argentino de vehículos automotores¹³⁶ en el periodo estudiado eran atribuibles a la confusión judicial y administrativa entre los requisitos de titulación de vehículos automotores y los de publicidad para las garantías reales utilizando estos vehículos como colateral. Esta confusión surgió por la negativa del Registro de Hipotecas de Bienes Muebles de expedir certificados de hipoteca sobre bienes muebles hasta que no hubiera sido satisfecho el procedimiento de titulación y viceversa.¹³⁷ Muy pronto, de acuerdo con este autor, cientos de millones de pesos de financiamiento hipotecario sobre bienes muebles quedaron inutilizados esperando la decisión del Registro de Hipotecas sobre Bienes Muebles.¹³⁸

El requerimiento de que un derecho prendario fuese tratado como un derecho de dominio fue responsable de la siguiente situación observada con frecuencia por el autor en Costa Rica en 1968: A, un acreedor prendario sobre el bien X, presenta su contrato de prenda para su registro en el Registro de Prendas el día 1. B, un adquirente de buena fe de X acude al Registro el día 15, revisa los libros y no encuentra referencia alguna al registro de la prenda de C sobre X. Por lo tanto, B compra el bien mueble. A pesar de la falta del registro de la prenda de A, éste prevalecerá sobre B como resultado de aplicar el artículo 542 del Código de Comercio de Costa Rica que establece la fecha de "presentación" del contrato de prenda al Registro como fecha en que los derechos de terceros se vieron afectados. La razón de la ausencia de inscripción o nota marginal en el índice de deudores en el Registro a partir de la fecha de presentación era que tanto las inscripciones como las anotaciones eran tratadas por el reglamento del registro como si fueran registros de titularidad mobiliaria. No era sino hasta que el contrato se turnaba para su registro al funcionario responsable cuando aparecía una referencia a la presentación del contrato de prenda en el índice.¹³⁹ Por consiguiente, las controversias con respecto a la perfección a prioridad de las prendas o transferencias de derechos no podían resolverse con base en lo que aparecía en el registro.

Dificultades similares con respecto al valor de la apariencia registral son frecuentes en el derecho registral inmobiliario mexicano, especialmente como resultado de recientes decisiones de la Suprema Corte mexicana sobre lo que constituye la buena fe en la adquisición de la propiedad real. Estas decisiones requieren que el tercero adquirente o acreedor lleve a cabo una búsqueda muy diligente si no exhaustiva de la cadena de la titularidad correspondiente. Ésta es una tarea difícil y compleja incluso para especialistas.¹⁴⁰ Además, aun

¹³⁶ S. Julio Rotman, *La buena fe en la prenda con registro*, p. 37, Buenos Aires, 1967.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Idem*.

¹³⁹ Kozolchyk y Torrealba, *op. cit., supra*, nota 23, pp. 32, 33-36.

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, Eufrasia Rodríguez de Ibarra, Suprema Corte de Justicia, *Semanario Judicial de la Federación*, 105, 51, 1966, traducido por Kozolchyk, "The Mexican Land Registry", *Arizona Law*

después de la más minuciosa búsqueda, el tercero interesado tendría que contender con una doctrina judicial que en efecto requiere que esté bien versado en el derecho de la propiedad real. En virtud de que “la ignorancia del derecho no puede beneficiar a tercero [...] quien haya confiado, por ejemplo, en una inscripción que resultó de una decisión de la Corte que fue subsecuentemente revocada puede perder su derecho en contra de quien derivó el suyo de la nueva (y no escrita) decisión...”¹⁴¹

7. COMPARACIÓN DE LAS VERSIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LATINOAMÉRICA DEL E II

El uso del principio del mercado E II como el más generalizado para la resolución judicial de las controversias mercantiles incrementa la predictibilidad del resultado de las disputas. Para un leigo, términos tales como “razonable”, “oportuno” o “comercial” pueden sonar arbitrarios, vagos e imprevisibles. Para el estudiante de las decisiones judiciales angloamericanas tanto como para los comerciantes experimentados, estos términos tienen una connotación concreta: el comportamiento más usual o consuetudinario en el mercado. Por tanto, estos términos constituyen una referencia objetiva a la realidad transaccional.

En su nivel más básico, el principio de mercado requiere que en cada contrato o transacción exista lo que la Suprema Corte de California describió como “un convenio implícito de buena fe y trato justo de que ninguna parte haga nada que lesione el derecho del otro a recibir los beneficios de su negociación”.¹⁴² Es obvio que si las percepciones de los tribunales sobre los beneficios pretendidos por las partes coinciden con los usos y costumbres mercantiles, los participantes en el mercado tienen la posibilidad de poder predecir el resultado de las respectivas interpretaciones del contrato, uso o costumbres y, por ende, de sus controversias. Como estableció una Corte federal en una importante decisión en 1967, las “buenas prácticas comerciales crean un buen derecho”.¹⁴³

E II, sin embargo, no garantiza certeza absoluta. Hay incertidumbre al menos en tres situaciones. La primera es donde la naturaleza de los beneficios buscados por cada parte no es clara y los tribunales no pueden, mediante la aplicación del uso o costumbre de comercio, determinar si es que una parte está,

Review, 308, 353, 355, volumen 12, 1970 en donde la Corte concluyó que “Para evitar una presunción de ligereza o mala fe en la adquisición de propiedad inmueble, la parte que busque la protección del registro debe de ser capaz de probar que ha investigado exhaustivamente el trácto sucesivo de su título [...] La ignorancia de la ley no es una excusa para el no cumplimiento de esta obligación.”

¹⁴¹ *Semanario Judicial de la Federación*, 105, 95, 1966, véase la discusión sobre este punto en Kozolchyk, *op. cit.*, *supra*, nota 140, pp. 337-38.

¹⁴² *Brown v. Superior Court*, 34 California 2d 559, 564, 212 P.2d 878, 881, 1949.

¹⁴³ *En Portland Newspaper Publishing Co., Inc.*, 271 F Supp. 395, 400, d. Ore., 1967.

en efecto, recibiendo algo a cambio de nada.¹⁴⁴ Si el tribunal es incapaz de caracterizar la transacción como un préstamo, una compraventa o una comisión, no tendría sentido indagar con vendedores, prestamistas o comisionistas lo que la mayoría de ellos haría bajo las circunstancias de la disputa.

La segunda y más común incertidumbre surge cuando hay versiones contradictorias del significado, de la validez o eficacia de los términos contratuales, o de los usos y costumbres, como resultado de la membresía de las partes en grupos comerciales o profesionales con intereses opuestos. Por ejemplo, los bancos que verifican el estricto cumplimiento de los documentos en los créditos documentarios con frecuencia tienen puntos de vista opuestos a los de los comerciantes que emiten estos documentos. Así, agentes de seguros que emiten documentos tales como los certificados o notas de cobertura serán de la opinión de que estos documentos deberían ser aceptables por los bancos que especifican la necesidad de presentación de una "póliza" de seguro.¹⁴⁵ De manera similar, de acuerdo con el lado de la transacción en el que el participante se encuentre, se pueden invocar interpretaciones contradictorias respecto al significado usual de lo que es un conocimiento de embarque "limpio" o viciado. En tales casos, las cortes han tenido que imponer sus propias nociones de lo que constituye el trato justo asumiendo, —como lo hizo el juez Friendly, en el caso Frigaliment Importing Co.— que la intención implícita de las partes era que una parte no se obligaría en su contrato oneroso a una prestación claramente dañina especialmente cuando ambas partes buscaban sus ganancias.¹⁴⁶

Es necesario enfatizar que, aun cuando, como en el caso Frigaliment, la buena fe y el trato justo son utilizados en forma indistinta, estos conceptos tienen características individuales. El trato justo a veces tiene que ser aplicado a contratantes de mala fe. Por su parte, la buena fe requiere que los tribunales comprueben el verdadero propósito de las partes a la luz de lo que la mayoría de los participantes en una transacción similar hubiera pretendido, sin importar las consideraciones de forma. En otras palabras, un tribunal estadounidense no descartará el testimonio de un testigo respecto a usos y costumbres simplemente porque el contrato consta en una escritura pública, como hizo la Suprema Corte

¹⁴⁴ Asumamos, por ejemplo, que algunos clientes del banco solicitan a sus bancos que expiden créditos documentarios pagables a la presentación no de documentos originales, como es lo usual, sino de duplicados de ellos. Ningún documento es presentado por los beneficiarios de los créditos al banco y, por consiguiente, parecería que no existe base legal para que una Corte decida que el banco tiene derecho a la comisión por el uso del crédito. Sin embargo, el banco prueba que las partes (no bancarias; es decir, el ordinante del crédito y el beneficiario) habían acordado secretamente que si el pago no se ejecutaba entre ellos contra presentación de documentos originales, pagaría el banco contra la presentación de los duplicados. En este caso, el uso bancario que requiere el pago de una comisión cuando el crédito ha sido "usado", requiere la redefinición judicial de lo que constituye "el uso" de un crédito, ya que el crédito bancario efectivamente había sido usado. Para una exposición sobre esta práctica y sus ambigüedades, véase B. Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, pp. 116-117, 1966.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 428-29.

¹⁴⁶ Véase el texto al que se refiere la nota 68 *supra*.

de México y por tribunales de apelación en muchas jurisdicciones latinoamericanas.¹⁴⁷

La diferencia se evidencia al comparar esta actitud con la de las cortes de Luisiana respecto al valor de lo que ellos llaman “prueba plena” de los “actos auténticos” (contrapartes en Luisiana a las escrituras públicas de México y Latinoamérica).¹⁴⁸ En 1958, la Suprema Corte de Luisiana, en *Wilson v. Levy*,¹⁴⁹ sostuvo que un convenio que constaba en un “acto auténtico” en el que, por error o inadvertencia, fueron incluidos 30 acres más de los que las partes pretendieron, puede ser reformado mediante prueba de la intención de las partes.¹⁵⁰ Despues de escuchar el testimonio de las partes, la Corte inferior escuchó a un tal Ellis J. Smith, el agente inmobiliario involucrado en la transacción, a quien la Corte describió como alguien completamente familiar con las propiedades de la vecindad.¹⁵¹ Así, aun en una jurisdicción de derecho codificado como Luisiana, donde los tribunales están obligados por ley a dar el valor de “prueba plena” a los actos auténticos, las decisiones judiciales no interpretan los contratos con apego al estricto derecho sino a un principio de equidad que le permite a las partes “corregir cualquier error en el documento con la intención de que llegue a reflejar la verdadera y correcta intención de las partes...”¹⁵²

Las decisiones latinoamericanas estudiadas indican que el intento de interpretar el propósito contractual no descansa, como regla, en el principio E II especialmente cuando el contrato o promesa consta en una escritura pública. Si bien en el caso *Fernando López*¹⁵³ la Suprema Corte de México revocó la decisión del tribunal de apelación de Puebla y tomó en cuenta la prueba pericial sobre el verdadero valor de la tierra convenido en un escrito privado, en el caso *González Varela*¹⁵⁴ rechazó la prueba de lo estipulado en la escritura pública.

Pudiera argüirse que una interpretación estricta o literal de las estipulaciones en la escritura pública, aun cuando sean injustas desde el punto de vista del E II, puede proveer un alto grado de certeza y que en el fondo ése es el propósito de la escritura pública y del derecho notarial. Este argumento presupone que el

¹⁴⁷ Véase el texto de las notas 82-89 *supra*. Como ejemplo de una decisión semejante de la Suprema Corte colombiana, véase *Gaceta Judicial* 143 108, 1964, donde la Corte declaró: “El documento ejecutado ante notario público es prueba literal *par excellence* y constituye el requisito solemne e indispensable para la formación de un contrato de compraventa de propiedad inmueble de acuerdo con la ley...”

¹⁴⁸ Véase en lo general 1 S., *Litvinoff Obligations*, 203.04, 1969.

¹⁴⁹ 234 La. 721, 101, So.2d 214 (1958).

¹⁵⁰ *Ibidem*, 722, 101 So.2d en 215.

¹⁵¹ *Ibidem*, 723, 101 So.2d en 216.

¹⁵² *Ibidem*, 215.

¹⁵³ Véase el texto al que se refiere la nota 82 *supra*.

¹⁵⁴ Véase el texto al que se refiere la nota 91 *supra*.

significado de la intención expresada en un documento público o privado es susceptible de interpretación uniforme, sin importar el contexto en que los términos son utilizados. Ésta es una presuposición falaz en cualquier sistema jurídico. Tal como lo ilustran los casos González Varela y Fernando López, un término contractual al parecer tan inequívoco como el precio de un convenio sobre tierras se torna incierto en el contexto de una simulación inspirada en la evasión fiscal. De manera similar, la decisión Frigaliment¹⁵⁵ enseña que un término tan aparentemente inequívoco como “pollo” no tiene el mismo significado para un exportador norteamericano que para un importador europeo.

Dada la importancia del contexto transaccional en la interpretación de los términos de los contratos mercantiles cabe preguntar cómo llenan este vacío los tribunales latinoamericanos. La respuesta es que estos tribunales frecuentemente utilizan abstracciones o conceptos de lógica formal con muy poca relación con los hechos de la disputa y la normatividad resultante, si bien silogísticamente justificada, no contribuye a la predictibilidad y madurez del derecho comercial judicial.¹⁵⁶

Así, la cuestión respecto a lo que constituye una remuneración justa para quien logra que un pozo petrolero sea productivo se resolvió no por medio de la determinación de los métodos consuetudinarios de compensación en el mercado de perforación de pozos de petróleo sino mediante la subsunción de los servicios del ingeniero Viteri dentro de la categoría de contratos “estrictamente personales”, independientemente de la relación de esa categoría lógica formal con la voluntad de las partes o la costumbre del mercado de servicios de ingeniería de petróleos.¹⁵⁷

Vale la pena recordar también que la Suprema Corte de México admitió que una parte sustancial de la demanda se refería a servicios ya prestados,¹⁵⁸ admitiendo implícitamente lo irrelevante del criterio escogido. Más aún, como lo ilustra el razonamiento de la Suprema Corte colombiana en Compañía Bogotana de Teatros, S. A.,¹⁵⁹ en algunas instancias no hay sólo una inconsistencia entre los hechos transaccionales y el concepto decisorio o principio, sino también un serio conflicto entre lo que está implícito en el concepto o principio

¹⁵⁵ Véase en el texto al que se refiere la nota 68 *supra*.

¹⁵⁶ El uso de conceptos de lógica puramente formal se ilustra en una conclusión atribuida por el Repertorio argentino, *La Ley 265*, 1944, al Tribunal Uruguayo de Apelación, 2 turno, 26 de julio de 1943: “Hablar de la sustitución de un convenio expreso por otro tácito constituye un *absurdo jurídico*.“ En esta declaración está implícita la asunción de que una vez que los términos han sido expresados, a pesar de lo que la verdadera intención de las partes pueda ser o llegar a ser, no puede existir ninguna otra intención, ni siquiera una posterior a la expresada en un inicio. Por consiguiente, la existencia de la intención verdadera está subordinada a la forma de su expresión.

¹⁵⁷ Véase el texto al que se refieren las notas 98-104 *supra*.

¹⁵⁸ Véase el texto al que se refiere la nota 103 *supra*.

¹⁵⁹ Véase las notas 128-135, *supra* y el texto que acompañan.

decisorio y las presuposiciones fundamentales del mercado. Recuérdese la decisión de la Suprema Corte colombiana que ignoró la necesidad de aportar un valor mercado para obtener la protección de la tenencia en debida forma. Esta presuposición es totalmente contraria a las prácticas y necesidades del mercado financiero.

La participación de “terceros” en el mercado implica la aportación de un valor comprobable. Un mercado financiero activo se caracteriza precisamente por el impulso que proporcionan tales aportaciones a cambio de la concesión normativa de un *status jurídico* protegido tal como el del tenedor en debida forma. Cuando los tribunales conceden tal *status* a cualquier tenedor, la aportación de valor y la actividad financiera son desalentadas y encarecidas innecesariamente. Esto sucede porque los obligados cambiarios se convierten en víctimas de los tenedores ilegítimos y, para evitar ser explotados, se niegan a actuar como giradores, aceptantes o endosantes de títulos de crédito y valor. Por lo tanto, tal disposición no es únicamente una fuente de inseguridad, sino un desuso de la norma judicial.

De igual manera, el uso del concepto de la titularidad original por los tribunales funcionarios administrativos latinoamericanos como concepto determinante de la adquisición de derechos prendarios hipotecarios y posesorios crea seria incertidumbre especialmente cuando el mercado requiere la fragmentación del dominio en derechos, a veces conflictivos sobre posesión inmediata.

Frecuentemente, la doctrina comercial se usa como sustituto del E II y provoca decisiones contrarias al principio del mercado. La decisión en el caso *Picado Guerrero v. Rojas Díaz*,¹⁶⁰ de la Suprema Corte de Costa Rica, ejemplifica esta tendencia. El actor, abogado de mucha experiencia, contrató a un corredor bien conocido en la plaza de San José para que situara honorarios recientemente devengados en una inversión lucrativa. El corredor había sido contactado previamente por el tenedor de unos supuestos bonos del tesoro que ofrecían un buen rendimiento. El actor le pidió al corredor que enviara los bonos al Banco Nacional de Costa Rica para verificar su autenticidad. Cuando le informaron que éstos eran auténticos, adquirió los bonos y pagó al corredor su comisión. Poco después se descubrió que los bonos eran falsos. Al igual que en el caso de la sucesión de Viteri, el problema ante la Suprema Corte de Costa Rica se convirtió en uno de caracterización formal: ¿era el demandado un “comisionista” o un “corredor”?¹⁶¹ Si resultaba ser un comisionista, debía asumir responsabilidad personal con la validez de los bonos.

Si resultaba ser un corredor, él era sólo un intermediario y no era responsable ante su comprador. Al determinar la caracterización de comisionista, la Suprema Corte dijo que el demandado había reconocido su carácter de comi-

¹⁶⁰ *Picado Guerrero v. Rojas Díaz*, Sala de Casación, 1965, reimpreso en 2 Kozolchyk y Torrealba, *op. cit.*, *supra*, nota 23, p. 139.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 152.

sionista al usar tal denominación en el letrero de su oficina y en su membrete profesional. Además, la Corte consideró las declaraciones de eminentes comerciantes latinoamericanos y europeos a quien se les preguntó: ¿Qué es un comisionista y cuál es su responsabilidad en comparación con la de otros intermediarios?¹⁶² De esa manera, se determinó que el demandado comisionista ostensible y doctrinalmente era responsable por las pérdidas del actor.

Es importante apuntar que la Corte no le atribuyó valor alguno a la prueba de que en la plaza comercial de San José, Costa Rica, tanto entre comerciantes como entre los no comerciantes, el término "comisionista" se utilizaba para designar al "simple corredor"¹⁶³ y así era usado este término por el demandado en todos sus negocios. De esta manera, una definición doctrinal del término "comisionista", inspirada en usos europeos quizás totalmente extraños en San José, desplazó los usos del mercado de San José, lugar donde la transacción tuvo lugar.

Al concluir esta evaluación comparativa es necesario hacer algunas aclaraciones. La primera es que la renuencia de los tribunales latinoamericanos a aplicar el estándar E II cuando intentan interpretar la intención de las partes en sus escrituras públicas o contratos formales, se debe frecuentemente a la desconfianza y poco peso dado al testimonio de las partes.¹⁶⁴ La segunda es que los tribunales latinoamericanos bien pueden verse impedidos en la aplicación del E II como resultado de concepciones generalizadas en sus plazas sobre lo que constituye el precio del mercado. Muchos de los participantes en mercados "informales" de crédito en Latinoamérica tienen una noción de lo que constituye el precio justo del dinero muy distinta a la de los centros financieros.

Una investigación de campo sobre las prácticas de los prestamistas y sus percepciones de tasas justas de interés¹⁶⁵ en mercado informales (sin regulación oficial) de la ciudad de México encontró que, en respuesta a la pregunta: ¿qué es una tasa justa de interés?, la mayoría de los prestamistas contestó que era la tasa dictada por la oferta y la demanda.¹⁶⁶ Sin embargo, la realidad de los mercados informales era que la demanda por crédito era muy superior a la oferta y por ello un método monopolístico determinaba las tasas. Las tasas cobradas por el equivalente de las compañías de financiamiento personal de Estados Unidos generalmente se basaban en la evaluación del prestamista de la probabilidad de que el prestatario pagara el préstamo. Un prestamista cobraba a los pilotos de una línea aérea 10% al mes, pero cobraba a los mecánicos y al personal de mantenimiento de la misma compañía sólo 5% porque los pilotos

¹⁶² *Ibidem*, p. 144-46.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 152, conclusión XI.

¹⁶⁴ Véase las notas, 90, 92, *supra*.

¹⁶⁵ P. Karon, *Law, Fairness and Non-Institutional Credit in Mexico*, Universidad de Arizona, 1976.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 48.

"al ganar más plata pueden pagar más altos intereses".¹⁶⁷ *Mutatis mutandis* un gran número de viudas en el negocio de los préstamos cobraba lo que el sacerdote local sugierese como tasa justa, que en la mayoría de los casos era menor que la tasa cobrada por prestamistas del sexo opuesto.¹⁶⁸ Tales prácticas claramente impiden determinar lo que la mayoría de los participantes en la transacción, vislumbrando su propia ventaja, consideraría como el justo precio del dinero prestado.

Finalmente, es necesario subrayar que E II no es un principio altruista. La distinción entre E I y E II no es únicamente que el E I protege a los hermanos en un sentido religioso o de clase y el segundo protege a aquellos que participan en transacciones comerciales de una forma regular. La protección del E II uno es la que no esperaría de un hermano; está basada en las percepciones utilitarias de los hombres de negocios y no en los deberes absolutos hacia los miembros de su familia. Así, mientras que el estándar E II requiere que una parte revele a la otra hechos que muchos de los participantes considerarían como esenciales, no requiere, como lo hace E I, que la parte con superiores conocimientos se abstenga de participar en un contrato si la otra parte es demasiado débil para obtener ganancias o para impedir que sea dañada por el contrato.

Además, mientras que E II no es tan limitado en su disponibilidad como E I, su ámbito de protección está limitado a las transacciones comerciales que involucren participantes regulares. Por lo tanto, el significado de lo que es beneficio o pérdida en E II es solamente el que prevalece entre los participantes regulares en transacciones comerciales o en transacciones emprendidas con propósito de lucro.

Este punto ha sido ilustrado por recientes decisiones de los tribunales norteamericanos que interpretan el significado de la garantía de "comerciabilidad" en demandas planteadas por fumadores de cigarrillos que alegaron haber contraído cáncer como resultado de fumar estos cigarrillos. La definición de los tribunales de cigarrillos defectuosos en estas demandas por incumplimiento contractual era: "un producto [cigarrillo] que es virtualmente igual a todos los demás de esa manera en particular y de otras marcas en general."¹⁶⁹ Dada esta definición proveniente de un concepto puramente mercantil (E II) de lo que es un producto, el actor hubiera tenido que alegar y probar el incumplimiento de una garantía de bien vendible o comerciable. Es decir, tendría que probar que el defecto en cuestión era tal que convertiría los cigarrillos en bienes o productos no susceptibles de ser vendidos al por mayor o al por menor. Si a pesar de la alegada condición defectuosa estas ventas continuaban y en algunos mercados se incrementaban, no cabía la alegación de incumplimiento de la garantía de

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶⁹ *Green v. American Tobacco Co.*, 391 F. 2d 97, 110 (5to Cir. 1968) (Simpson, J., disención), adoptada como opinión de revisión en pleno 409 F. 2d 1166 (5to Cir. 1969) (*per curiam*).

vendibilidad. Por tanto, E II no es un principio diseñado para proteger a consumidores (no comerciantes).

8. VERSIONES PROTOTÍPICAS DEL E III: LAS USURAS INGLESA E INDOSTANÍ Y EL DERECHO DE NECESIDAD FAMILIAR

El estudio sobre la usura inglesa revela que tanto los tribunales ingleses del siglo XVI como los jueces romanos más de mil años antes, distinguieron los derechos y deberes de los comerciantes propios y extranjeros.¹⁷⁰ La determinación de cuándo un préstamo era usurario en el derecho inglés dependía en muchas instancias de si el prestatario era comerciante extranjero. Si lo era, se le trataba como extraño y los tribunales no interferían cualquiera que fuera la tasa de interés fijada en el instrumento del préstamo. El Libro Blanco de la Ciudad de Londres (*Liber Albus*) registra una demanda típica de usura emprendida por Ralph Cornwaile, un prestatario inglés, en contra de Walter Southouse, un prestamista inglés.¹⁷¹ Southouse alegó una excepción “absoluta” que consistía en que el actor que mantenía que el préstamo era usurario no era el verdadero prestatario, sino un tercero que actuaba meramente como garante para el verdadero prestatario, un tal Bartholomew Boscham, un extranjero (un lombardo).¹⁷² La protección de los tribunales a los comerciantes locales a expensas de los extranjeros fue tan grande que en 1499 miembros de la Liga Hanseática rehusaron someterse a la jurisdicción de los tribunales ingleses porque “puede haber gran parcialidad en dichos jueces y especialmente en su examen de testigos.”¹⁷³

Una réplica contemporánea de la versión inglesa precedente del estándar E III es evidente en la aplicación del derecho hindú a las transacciones de crédito por tribunales del derecho indostaní. India es, en las palabras de un eminentе estudioso, “una tierra de derechos personales”;¹⁷⁴ brahmanes, budistas, cristianos, mahometanos y persas son gobernados por leyes diferentes que afectan cada faceta de sus vidas.¹⁷⁵ El *Damdupat* es un principio del derecho indostaní que impide la reclamación de intereses por préstamos de dinero, que excedan,

¹⁷⁰ W. W. Buckland y A. D. McNair, *Roman Law Common Law*, 25, 2a ed., 1965: “La normativa empezó con el criterio de que ningún extranjero era merecedor del *ius civile*, y así elaboraron un cuerpo de leyes para regular las relaciones entre los romanos y extranjeros y entre los extranjeros entre sí.”

¹⁷¹ *Liber Albus*, 339-344, (*The White Book of the City of London*), H. T. Riley trad., Londres, 1861.

¹⁷² El jurado no creyó al demandado y determinó que “un contrato de usura había sido ideado por el susodicho Walter [...] con intención usuraria contra el dicho Ralph...” De haber creído al demandado (prestamista) no se hubiese protegido al actor prestatario.

¹⁷³ A. Abram, *Social Life in England in the Fifteenth Century*, p. 47, Londres, 1909.

¹⁷⁴ J. M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, p. 39, 1968.

¹⁷⁵ *Idem*.

en cualquier momento, el monto del principal.¹⁷⁶ Como principio de derecho personal, el *Damdupat* no puede ser invocado por deudores no indostanies.¹⁷⁷

Estrechamente relacionado con el *Damdupat* está el principio de la necesidad legal. Este principio fue concebido para proteger los derechos de los miembros de una familia en contra de las disposiciones frívolas de la propiedad familiar por albaceas testamentarios y se aplica aun cuando la propiedad haya sido rematada por un acreedor hipotecario o comprada por un adquirente de buena fe. De acuerdo con este principio, una disposición de la propiedad familiar es válida sólo cuando existe una necesidad legal para hacerlo, y una necesidad legal se define en forma negativa: por ejemplo, cuando un préstamo no es utilizado para la manutención de la familia sino para un propósito tal como "la compra de licores alcohólicos", "mantener a una amante" o "el vicio de la prostitución."¹⁷⁸ La conclusión de una Corte de que no existía una necesidad legal para vender o pedir prestado puede invalidar la venta o el préstamo o reducir equitativamente el monto de este último.¹⁷⁹ Es más, para algunas Cortes indostanies no importa que el acreedor no haya sido prestamista original, el acreedor hipotecario o el primer adquirente de la hipoteca. Si el bien hipotecado era propiedad familiar ancestral, el acreedor hipotecario o adquirente tiene el deber de determinar anteriormente a su préstamo o compra la necesidad en que se encontraba el vendedor o prestatario.¹⁸⁰ Frecuentemente cuando la venta o hipoteca es impugnada por un miembro de la familia (*coparcener*) la validez final de la transacción dependerá de la conclusión de la Corte de que el extraño hizo todas las investigaciones apropiadas para satisfacerse de la veracidad de las aseveraciones y hechos relativos a la necesidad familiar.¹⁸¹ Claramente, la protección de la propiedad familiar ancestral en el derecho indostaní es a expensas del tercero comprador o acreedor inocente no miembro de la familia o extraño a la situación familiar.

¹⁷⁶ *Bapuroa v. Anant Kashinath*, (1946) Indian L. R. Nagpur 407, 413. Sobre *Damdupat* véase en lo general J. M. Derret, *Introduction to Modern Hindu Law*, pp. 520-524 1963.

¹⁷⁷ Véase India L. R. Kagpur, p. 411 1946.

¹⁷⁸ *Rajeshwar v. Nangiram Gangabishan*, 142 Indian Cases 242, 244, 1932 (C.I.C. Nagpur).

¹⁷⁹ *Ram Khelawan v. Ram Nares Singh*, (1919) 51 Indian Cases 52 (Allahabad H.C.).

¹⁸⁰ Para una interesante discusión sobre la naturaleza de la costumbre y la propiedad familiar inalienable en el derecho indostani, véase *Protap Chandra v. Jagadish Chandra*, Indian L. R., Calcuta 118, 125, 1925, citado en *Ram Khelawan*, Indian Cases, 51, 1919, p. 52, en donde la Corte declaró: "Es de la incumbencia del acreedor hipotecario que demanda hacer valer su hipoteca, el probar no sólo la existencia de la necesidad familiar, sino de que había necesidad de pedir prestado con una tasa de interés onerosa."

¹⁸¹ *Bunku Behari De v. Bisewar Lal*. (1923) A.I.R. 575, 576 (Calcuta S.C. 1923).

9. VERSIONES CONTEMPORÁNEAS COMUNES DEL E III

A. Derecho angloamericano

A diferencia de las decisiones sobre usura inglesa de los siglos XV y XVI y de la doctrina indostaní *damdupat* y de necesidad familiar, las versiones contemporáneas más comunes del principio E III en países con mercados de bienes y servicios desarrollados no se aplican a partes contratantes o terceros meramente porque son extraños (extranjeros o coterráneos que no son miembros de la familia o amigos de la parte contratante). A diferencia de la adjudicación oficial o extraoficial en los países en vía de desarrollo en los que la distinción entre el familiar o amigo cercano, por una parte, y el extraño, por la otra, todavía conlleva serios efectos normativos,¹⁸² la versión contemporánea más común del E III en los países desarrollados resulta de la ecuación legislativa, judicial o administrativa entre los participantes regulares y ocasionales en transacciones del mercado. Los participantes ocasionales, por lo general, carecen de la experiencia comercial, conocimiento de los términos del contrato o poder de negociación suficientes para obtener la contraparte un valor de mercado aceptable para cualquier participante regular en ese mismo tipo de transacción.

Cuando el adjudicador asume que estos "extraños" son participantes regulares y conocedores en el mercado, les niega los beneficios de E I y E II, ya que asume que ellos voluntariamente acordaron todos los términos y condiciones de estas transacciones. Entonces, lo justo o equitativo en esta versión del E III entonces sólo requiere establecer el significado literal de los contratos sin importar cuán leoninos o explotativos fueran. El caso *L'Estrange v. Graucob*,¹⁸³ una decisión de la Corte del Kings Bench inglesa en 1934, ofrece una buena ilustración de esta versión de E III. La actora es propietaria de un café suburbano y el demandado era un fabricante y vendedor londinense de máquinas automáticas de monedas para la venta de cigarrillos. Los agentes del demandado, vendedor de máquinas, persuadieron a la actora a comprar la máquina y el agente del demandado produjo una forma de venta impresa titulada "acuerdo de venta". En letra muy pequeña, el acuerdo contenía la estipulación de que cualquier condición expresa o implícita, o declaración o garantía establecida por la ley u otra no declarada en el contrato quedaba por este medio excluida.¹⁸⁴ La actora pagó un plazo del precio de venta y descubrió que la máquina era

¹⁸² Una versión de E III considerablemente extendida en la toma de decisiones administrativas o extrajudiciales en países en desarrollo es la de requerirle a un extranjero o extraño pagar una propina o soborno por decisiones que los miembros de la familia o amigos o compatriotas del funcionario o juez recibirían sin necesidad de tal soborno. En este sentido, el soborno constituye el precio por recibir el tratamiento de hermano E I.

¹⁸³ 2 K.B. p. 394, 1934.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 402.

inoperante. La actora suspendió sus pagos y demandó al vendedor alegando que ella había sido inducida a firmar el contrato por promesa falsa: el demandando le había asegurado que lo firmado era una mera solicitud de información. Por tanto ella no sabía nada de las condiciones en letra pequeña. El juez de la corte inferior decidió en favor de la actora. Sin embargo,, en apelación, el tribunal declaró que no había evidencia de promesa falsa ante la corte inferior y, equiparando el alegato de la actora a una imputación de fraude, sostuvo: "habiendo la actora puesto su firma en el documento... no vale decir que ella no estaba obligada por los términos del documento simplemente porque ella no los haya leído."¹⁸⁵

Maugham, L. J., declaró que lamentaba la severidad de su decisión pero, estando su tribunal gobernado por reglas de estricto derecho, no podía decidir de otra manera.¹⁸⁶ Concluyó que era irrelevante que la actora no hubiera leído los términos y condiciones en letra pequeña, y que ese documento debía de tener efecto de acuerdo con sus términos.¹⁸⁷ Añadió que si bien él hubiese preferido que el contrato constase en una forma más simple y usual, y que era lamentable que la cláusula que excluía las garantías en cuestión estuviese en una letra tan pequeña, la apelación era apropiada.¹⁸⁸ Es importante notar cómo la opinión de la mayoría del tribunal en este caso distinguió la regla en los casos que involucraban "boletos de tren" de aquella propia en el caso ante ellos:

Cuando el contrato consta en un boleto de tren u otro documento no firmado es necesario probar que una de las partes supuestas estaba consciente, o debía de haber estado consciente, de sus términos y condiciones. Este razonamiento no se aplica cuando el documento ha sido firmado. Cuando un documento que contiene términos contractuales es firmado, entonces en la ausencia de prueba de fraude o de falsedad, la parte firmante queda obligada, y es irrelevante que haya leído los documentos o no...¹⁸⁹

Como quiera que una advertencia sobre los términos del contrato fue requerida por el tribunal en los casos de boletos de tren y dispensada en los casos de los que compradores de bienes que hayan firmado el contrato, la firma del adquirente tiene el mismo peso que el conocimiento efectivo de los términos del contrato a los ojos de este tribunal.¹⁹⁰ Por otra parte, para poder decidir que una

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 404.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 406-407.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 405, 407.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 403.

¹⁹⁰ Un paralelo interesante al de la imputación de conocimiento por estampación de firma es la solución ritualística dada por el Código Civil italiano de 1942, artículo 1341. Este Código requiere de una aprobación específica (usualmente por firma o inicial) para "1. condiciones que limitan la responsabilidad de la parte que ha preparado las condiciones generales..." Sobre este artículo y su interpretación en el derecho italiano véase Gorla, "Standard Conditions and Form Contracts in Italian

firma implica tal conocimiento, el tribunal tuvo que asumir que cada comprador firmante estaba efectivamente consciente del contenido del contrato (lo cual era inconsistente con la propia versión de la Corte sobre los hechos), o que el actor por imputación jurídica poseía tal conocimiento a pesar de que este conocimiento era imputable únicamente a un comprador conocedor o regular de máquinas de monedas. En efecto, sólo participantes regulares en ese comercio pueden ser juzgados como conocedores de los términos, condiciones y renuncias presumiblemente tan comunes en ese mercado que no requieren una forma de declaración clara. Esta asunción sin verdadero fundamento de hecho, por consiguiente, resultó en una aplicación del estándar E III. La aplicación del estándar fraternal E I hubiese requerido la eliminación de la cláusula de exención y la aplicación del estándar mercado E II hubiera requerido, no sólo la clara expresión de la exención contractual sino también que el producto vendido tuviese un precio de mercado que reflejase el riesgo asumido por el comprador. Como lo expresa el comentario Oficial 4 al UCC §2-313, en la determinación de lo que las partes acordaron "la buena fe es un factor (esencial) y siempre debe de tomarse en consideración al hecho de que es muy pequeña la probabilidad de que alguien está dispuesto a pagar un precio verdadero (o de mercado) a cambio de una pseudoobligación."¹⁹¹ (Paréntesis añadido).

La determinación sobre cuál hubiera sido la presunta intención de los participantes regulares en la transacción (bien por medio de la búsqueda de la "raíz del contrato" o de los "términos fundamentales del contrato") indujeron a otros tribunales ingleses a desatender la decisión de L'Estrange.¹⁹² En Karsales Ltd. v. Wallis,¹⁹³ una cláusula de una compra a plazos con reserva de dominio que establecía que: "no se garantiza que el vehículo sea rodable, ni nada respecto a su edad, condición o estado..."¹⁹⁴ fue descartada por la Corte que determinó que el vehículo en cuestión era inservible. En las palabras de la Corte:

Las cláusulas de exención no son válidas cuando el demandado es culpable de un incumplimiento que afecta la raíz del contrato. Hay que examinar todo el contrato, aparte de las cláusulas de exención, para determinar cuáles son los términos,

Law," *Am. J. Comp. Law*, 11, 1, 1962. Es interesante notar que la doctrina de estricto derecho a que se refirió el tribunal inglés tuvo que ser modificada hace aproximadamente veinte años por el Parlamento inglés por medio de legislación requiriendo "términos justos o equitativos" (*fair contract terms*) en los contratos.

¹⁹¹ UCC § 2-313, comentario 4.

¹⁹² Notablemente, véase *Glynn v. Margetson & Co.*, (1893) A.C. 351 (donde se sostuvo que si una cláusula era inconsistente con el propósito principal del contrato, esa cláusula debía de ser rechazada). Más recientemente, véase *Alexander v. Railway Executive*, (1951) 2 K.B. 882 (en donde Lord Devlin, entonces Devlin J, acuñó el término "incumplimiento fundamental"); y *Harbut's Plasticine Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd.*, (1970) 1 Q.B. 447. Pero compárese *Coope, The Effect of Discharge by Breach on Exemption Clauses*, 28 Cambridge L.J. 221, 1970.

¹⁹³ 2 All E.R. 866, 1 W.L.R. 936 (C.A.), 1956.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 868, 1 W.L.R en 937-38, 1956.

expresos o tácitos, que constituyen las obligaciones fundamentales de las partes. Si el demandado fue culpable de un incumplimiento de estas obligaciones de tal manera que afecta a la raíz del contrato, no puede valerse de la cláusula de exención...¹⁹⁵

La injusticia de tratar a las partes contractualmente débiles o inexpertas como si fueran participantes regulares y expertos fue percibido por la Suprema Corte de Estados Unidos en *New York Central R. R. v. Lockwood*,¹⁹⁶ en una decisión de 1873. En las palabras del juez Bradley:

El transportista y su cliente no están situados en una posición de igualdad negocial. Este último es (por lo general) un individuo aislado. Él no puede permitirse el lujo de regatear, de adoptar una postura individual, o de buscar en cada disputa con el transportista una reparación judicial. Su negocio requiere que acepte los términos del conocimiento de embarque o firme cualquier papel que el transportista le presente, a menudo sin saber qué es lo que el uno o el otro contienen...¹⁹⁷

En 1941, el juez Frankfurter expresó una visión similar en su opinión disidente en *United States v. Bethlehem Steel Corporation*,¹⁹⁸ cuestionando si es que existía algún principio en nuestra ley con aplicación más universal que el que requiere que las Cortes no convaliden transacciones en donde la más fuerte de las partes se aventaja de las necesidades de la más débil.¹⁹⁹

Sin embargo, en 1966, Karl Llewellyn evaluó las actitudes de las cortes de Estados Unidos hacia contratos de adhesión²⁰⁰ como sigue:

La tendencia judicial se puede describir con pocas palabras: muchas veces los tribunales interpretan los documentos con base en lo que aparentan decir, añaden algún lugar común sobre la libertad de contratación, sobre la oportunidad que tienen las partes para aclarar su intención, sobre el frecuente uso imprudente por las partes de su libertad de contratación o sobre la falta de poder de las cortes para hacer más que lamentar la injusticia autoperpetuada por las partes, y a continuación lanzan a las víctimas a la hoguera del estricto derecho. Sin embargo, con la misma impredecibilidad y con la misma frecuencia las cortes leen el documento para determinar si es explotativo o injusto indecente y lo invalidan...²⁰¹

¿Son las valoraciones de Llewellyn y Frankfurter reconciliables? La reconciliación procede cuando uno entiende que el principio del juez Frankfurter “de aplicación universal” era aplicable al universo “limitado” de los participantes

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 868-869, 1 W.L.R, pp. 940-41.

¹⁹⁶ Estados Unidos (17 Wall.) 357, 1873.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 379.

¹⁹⁸ 315, Estados Unidos, 289, 1942.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 326 (Frankfurter, J., opinión disidente).

²⁰⁰ K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, pp. 362-371, 1960.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 364.

regulares en el mercado. El actor en Bethlehem Steel era, después de todo, el gobierno de Estados Unidos y su acción era por la presunta coerción del demandado provocada por la Segunda Guerra Mundial. Si bien el juez Frankfurter tenía razón al criticar a sus colegas en la Corte por su negativa a considerar la posibilidad de que existiese una coerción contractual que tuviese como víctima al gobierno,²⁰² él también hubiese admitido la regularidad de la participación del gobierno de Estados Unidos en el negocio de adquirir bienes o servicios para del desempeño de su misión de orden público.

De hecho, hasta hace poco, las cortes en Estados Unidos han ayudado más a corregir las desigualdades contractuales entre los participantes regulares en el mercado que las desigualdades contractuales entre éstos y los participantes ocasionales en el mismo. Esta tendencia se inició con la promulgación a finales del siglo pasado y principios de éste de la legislación federal antimonopolio y de comercio desleal, y por la legislación federal y estatal de protección al consumidor emitida en la séptima década, poco después de la evaluación de Llewellyn de las tendencias judiciales.

B. Derecho alemán

Una de las más importantes conclusiones en el lúcido estudio de Dawson sobre el derecho alemán respecto al justo intercambio de valores mercado en la contratación durante la etapa anterior a la Segunda Guerra Mundial fue que el ideal de un intercambio justo de valores estaba inseparablemente relacionado con los de disparidades del poder de negociación.²⁰³ Si bien sólo tres tipos de disparidad se reconocían en el Código Civil alemán de 1900, a saber, necesidad, irreflexión e inexperiencia, las cortes emplearon considerable discreción en la interpretación de estos términos.²⁰⁴ Un descalabro económico temporal, si es suficientemente severo, puede, a los ojos de las cortes alemanas, destruir el poder de negociación que tiene una persona de considerables recursos financieros.²⁰⁵ Un simple trabajador, en oposición a un granjero-comerciante experimentado, fue calificado como suficientemente inexperto a los efectos de anular su compra de fertilizante a un precio excesivo.²⁰⁶

Además de los casos arriba mencionados de lesión subjetiva, Dawson enumeró otras decisiones basadas en el artículo 138 del Código Civil alemán que prohíben contratos violatorios del “buen comportamiento”, o del artículo

²⁰² 315, Estados Unidos, 330-331 (Frankfurter, J., opinión disidente).

²⁰³ Dawson, *op. cit.*, *supra*, nota 44, p. 62.

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ *Idem*.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 63 núm. 177.

242, que requerían buena fe en el cumplimiento de los contratos que contenían²⁰⁷ restricciones sobre la libertad de contracción de los minoristas-compradores de cerveza impuestas por los fabricantes-vendedores al mayoreo de cerveza,²⁰⁸ o creando gravámenes sobre todo el patrimonio de un deudor como garantía del préstamo del acreedor²⁰⁹ o severas cláusulas penales.²¹⁰ Éstas, entre otras transacciones, se subsumieron bajo el rubro de *Knebelungsvertrag* (que Dawson traduce como un contrato estrangulador) por el que el poder del capital de un contratante se utilizaba para esclavizar las energías del otro contratante económicamente más débil.²¹¹

Un estudio de la contratación en la Alemania de después de la Segunda Guerra Mundial hecho por Lenhoff indica que las cortes alemanas abrieron, aún más, el ámbito de sus determinaciones de desigualdad: "Un término o condición contractual que un cliente (que no fuera comerciante ni miembro de una profesión o servicio organizado conocedor del significado de tal término) puede razonablemente desconocer será desechar por la corte."²¹² (Paréntesis añadido).

C. Derecho latinoamericano

Como se indicó anteriormente en la discusión sobre el estándar E I, a pesar de la disponibilidad de normas legislativas bastante similares a las usadas por las cortes alemanas para asegurar un intercambio justo y para reparar la desigualdad del poder de negociación, las cortes mexicanas raramente han usado estas disposiciones.²¹³ No solamente son muy pocas las decisiones mexicanas basadas en la lesión subjetiva, sino también son pocas las rescisiones judiciales basadas en la violación de la "buena fe" o del "buen comportamiento" contractual. Las cortes argentinas, por su parte, parecen más dispuestas a evaluar los efectos de una gran desproporción de poder de negociación en los contratos de adhesión. Como lo declaró el juez de apelación argentino:

En nuestro derecho, la ausencia de regulación de los contratos de adhesión no previene la rescisión judicial de la lesión objetiva-subjetiva prevista por el artículo 954 del Código Civil, especialmente donde hay términos o condiciones que la parte

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 64-69.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 65.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 66.

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ De acuerdo con Dawson, el concepto de *Knebelungsvertrag* "se utilizaba incluso para invalidar un acuerdo entre un padre y su hija, por el cual la hija le transmitía al padre un poder completo de disposición de todas sus propiedades". *Ibidem*, pp. 67-68.

²¹² Lenhoff, *Contracts D'Adhesion in German and Austrian Law*, 1956 A.B.A. Com. Rep. Comp. L. 121, 124.

²¹³ Véase el texto de las notas 39-41 supra.

adherente puede no haber descubierto aún con su empleo de la debida diligencia. [Tampoco nuestro derecho previene] una interpretación favorable a la parte adherente cuando las estipulaciones son poco claras.²¹⁴

No obstante, debe apuntarse que la Corte condicionó la lesión a la prueba de un entendimiento del significado de lo estipulado mediante el empleo de la debida diligencia. Esta condición de diligencia impuesta por la decisión argentina la acerca más a la postura de la Corte inglesa en el caso *L'Estrange*²¹⁵ que a las decisiones alemanas, del tipo E I anteriormente descritas.²¹⁶

Una diferencia adicional entre las decisiones alemanas y estadunidenses, por un lado, y las latinoamericanas, por el otro, es que el derecho antimonopolio y de competencia desleal latinoamericano está virtualmente en su infancia. Así el participante más débil en el mercado latinoamericano está frecuentemente a la merced del más fuerte. Como es evidente en un estudio hecho por el profesor Furnish en los años sesenta sobre la aplicación de la ley antimonopolios,²¹⁷ incluso en una jurisdicción en donde existía legislación antimonopolios y también, al menos oficialmente, una maquinaria administrativa preparada para hacerla valer, las restricciones sobre el comercio minorista comparables a aquéllas impuestas sobre los productores alemanes de cerveza a principios de este siglo, habían quedado en vigor en Chile.²¹⁸.

10. OTRAS VERSIONES DEL E III

E III resulta no sólo de una ecuación injustificada entre participantes regulares y ocasionales en transacciones de mercado, sino también de la falta de aplicación del estándar E II a los participantes en contratos típicos del mercado en cuestión, al igual que a terceros relacionados a estos contratos. Desde el punto de vista del estándar E II, el comprador o acreedor hipotecario mexicano que confía en inscripciones en el Registro Público de la Propiedad que indican que su causahabiente podía transmitir o gravar y no es protegido por este registro

²¹⁴ Oscar Avila v. El Roll S.A., CN Civil, Sala C. 30 de septiembre de 1975, II La Ley 127, 131 1976. Este caso involucró la venta de un piso con base en un precio "proyectado" insertada en el contrato de adhesión (boleto). Véase también González Betancourt v. Julio E. Gómez S.R.L., CN Paz, Cala IV, 4 de julio de 1952, 67 La Ley, 423, 1953; pero Ponce Roldán v. Toscani, Suprema Corte de Tucumán, 35 La Ley 792, 1 de septiembre (en donde la cláusula en el contrato de adhesión requiriendo al nuevo concesionario de un servicio municipal al pago de indemnización por despido de un concesionario anterior fue convalidada). De especial interés en este caso es que el concesionario demandado intentaba evitar ser tratado como comerciante debido a las exigencias laborales sobre comerciantes. Estas exigencias imponían deberes del tipo E I respecto a las empresas.

²¹⁵ Véase el texto al que se refieren las notas 203-212 *supra*.

²¹⁶ Véase el texto al que se refieren las notas 203-212 *supra*.

²¹⁷ Furnish, *Chilean Antitrust Law*, 19 Am. J. Comp. L. 464, 1971.

²¹⁸ *Ibidem* pp.473-488 (especialmente la discusión en torno al caso de los distribuidores de harina).

debido a asientos anteriores y difícilmente descubribles, es tratado como un extraño y es víctima de la aplicación del estándar E III. La norma que priva de protección a este comprador o acreedor le imputa un conocimiento del derecho registral no imputable al participante común y corriente en transacciones inmobiliarias y solamente imputable a un experto en materia registral.²¹⁹ El comprador o acreedor prendario costarricense "B" que proporcionó dinero o cualquier objeto con valor mercado correspondiente al valor de la prenda, tras haber determinado que no existía una inscripción adversa a su adquisición o préstamo prendario, también sufre el tratamiento del extraño si su adquisición o préstamo tiene un rango inferior al de "A", otro adquirente o prestamista cuyo título se presentó, pero no se inscribió, hasta después de la determinación de ausencia de venta o gravámenes por "B".²²⁰ Tanto los compradores como los acreedores costarricenses y mexicanos anteriormente descritos proporcionaron un valor que la mayoría de los participantes en los respectivos mercados hubiesen considerado como suficiente para la adquisición de derechos protegibles. Ambos confiaron en la apariencia oficial de titularidad y ninguno fue protegido.

Mutatis mutandis, como resultado de la renuencia de las cortes latinoamericanas a aplicar el estándar E II a las relaciones como la que hay entre un accionista minoritario y la sociedad anónima, este importante participante potencial en el mercado de títulos valores es tratado como un extraño.²²¹

Finalmente, E III puede resultar también de una mala aplicación del estándar E I cuando un tercero, sin conocimiento alguno sobre la relación contractual subyacente, es hecho responsable por deberes contractuales y extracontractuales de tipo E I correspondientes a una de las partes del contrato. Esta situación es probable que surja en las jurisdicciones en las que la protección al consumidor o a las partes contractuales débiles desplaza el principio que provee que la responsabilidad contractual sólo corresponde los vinculados por el contrato. Un extremo ejemplo de una mala aplicación del E I resultante en la aplicación del estándar E III es proveído por una determinación de un jurado en *Insurance Agency Managers v. González*, un caso de 1977 ante la Corte del condado de Texas.²²²

En forma simplificada, los hechos son los siguientes: C, un consumidor-prestatario procuró un préstamo de mejoramiento de vivienda de P, un prestamista comercial. El propósito de este préstamo era financiar un contrato de construcción con K, un constructor profesional. A, un asegurador, proporcionó

²¹⁹ Véase la nota 140 *supra* y el texto principal correspondiente.

²²⁰ Véase la nota 139 *supra* y el texto principal correspondiente.

²²¹ Para la ilustración sobre el tratamiento dado a los accionistas minoritarios en el derecho costarricense, véase "Hacia una teoría..., en este libro (sobre los abusos en sociedades anónimas costarricenses y colombianas a los derechos de las minorías).

²²² *Insurance Agency Managers v. González* núm. 289985 (condado de Harris Ct., Texas, iniciado el 8 de diciembre de 1977).

a P una póliza de seguro de crédito que garantizaba el pago del préstamo recibido por C en el caso de su incumplimiento por C. C no pagó el préstamo alegando que K había llevado a cabo de manera impropia su contrato de construcción y que P no debía haberle pagado a K. A le pagó a P el monto que éste prestó a C y demandó a C como firmante y endosatario del pagaré entregado a P contentivo de la promesa del pago del préstamo recibido por C. C contradiemandó alegando el incumplimiento del contrato por parte de K y además la violación de la ley respecto a los términos verdaderos en el contrato de préstamo (*Truth in Lending Law*) por parte de P.

Esta ley requiere que ciertos términos en el contrato de préstamo aparezcan escritos con determinado tipo de letra e impresión, más visible ésta que la comúnmente utilizada. De acuerdo con la Corte de primera instancia, no haber utilizado este tipo de impresión constituyó una violación de esta ley y sujetó al prestamista a daños del tipo ejemplar o punitivos. C entonces alegó que por haberse subrogado A en el lugar y grado de P a los efectos del cobro del pagaré suscrito por C, A también quedó sujeto a los daños ejemplares y punitivos debidos por P. La Corte expresó su conformidad con este análisis.²²³

De haberse aplicado el estándar E II en esta decisión, la Corte debió de haberse preguntado si los beneficios recibidos por A como asegurante-acrededor subrogado en los derechos de P (tras haber pagado el préstamo de C) en alguna forma guardaban proporción con la carga de la subrogación y con los daños y perjuicios impuestos que ascendieron a tres veces la cantidad prestada. Al no aplicar el estándar E II, implícito en la pregunta anterior, la Corte aplicó el estándar E III que no fija límite de valor mercado alguno a lo que se obtiene o exige de una parte contractual o de un tercero, de forma similar a la aplicada a los extranjeros en la Inglaterra de los siglos XV y XVI.²²⁴

11. EVALUACIÓN COMPARATIVA

La diferencia principal entre las versiones históricas y las versiones comunes contemporáneas del principio E III es que la versión histórica deliberadamente singulariza al miembro de otra familia, tribu, clan o país para el trato de extraño. En contraste, las versiones contemporáneas aplican el principio del extraño como resultado de una ecuación injustificada entre los participantes y los no participantes en el mercado y mediante la negativa a aplicar el E II a transacciones de mercado en las que a las partes o terceros, expresa o tácitamente, se les asegura que recibirán ese tratamiento.

Esta negativa podría resultar del uso de los tribunales de una lógica puramente formal, tal como en las decisiones sobre derechos contractuales y

²²³ *Idem*.

²²⁴ Véase las notas 171, 173 *supra* y texto.

de terceros tomadas por cortes latinoamericanas antes descritas. El rechazo de E II también puede ser el producto del deseo de las cortes de proteger a los consumidores o partes débiles a expensas de terceros acreedores como en el caso de la contrademanda del consumidor-prestatario contra el asegurador en la Corte del condado de Texas en el caso González. Este estudio comparativo indica que, debido a la errática aplicación del E II y a la ausencia de protección al consumidor y de legislación o jurisprudencia antimonopolios, E III es un principio mucho más esparcido en Latinoamérica de lo que es en Alemania y Estados Unidos.

12. CONCLUSIONES

El examen precedente de las decisiones mercantiles ha servido al propósito de identificar qué es lo que las cortes consideran como justo en sus decisiones mercantiles. Queda claro, en primer término, que el uso de los tres principios identificados como modelos de lo justo no está provocado por la afiliación de la jurisdicción en cuestión con el sistema jurídico de derecho civil como opuesto al *common law*. La percepción de lo que es el trato justo de un adquirente acreedor hipotecario o tercero en el derecho registral judicial mexicano es marcadamente diferente del de las jurisdicciones de derecho civil que le sirvieron de modelo legislativo a México. En esta área del derecho, el mexicano es mucho más cercano a las decisiones indostaníes basadas en la “necesidad legal”. Por ello, las *actitudes* de las cortes respecto a lo justo resultaron más importantes que el propósito legislativo original o el *pedigree* legislativo de la norma aplicable.

El estudio sugiere que las actitudes judiciales claves son determinadas por las necesidades transaccionales de asociaciones seminales. La primera es la asociación fraternal y familiar concebida primariamente para la preservación de la familia y sus bienes más valiosos. Por familia se entiende no sólo la sanguínea, sino la religiosa y, más modernamente, la política o económica.

La relación seminal de tipo fraternal impone los deberes de equidad más rigurosos hacia los participantes-hermanos y los menos rigurosos respecto a los no hermanos. El segundo tipo de asociación seminal es la de participación en un mercado abierto a extraños. Esta asociación impone deberes de equidad menos rigurosos sobre sus miembros o participantes que la asociación fraternal, pero permite una membresía en la asociación mucho más amplia que la fraternal: su criterio de membresía posibilita la participación en ella a cualquier comerciante capaz de aportar valor mercado. Y este valor termina siendo definido por los propios participantes en el mercado. El tercer tipo de asociación es entre extraños. No impone los deberes de equidad o justicia correspondientes a los miembros de las asociaciones de fraternidad o de mercado. De esta manera podemos definir lo justo en las decisiones judiciales mercantiles como el

resultado de aplicar un criterio adjudicativo basado en los deberes inherentes a la participación en asociaciones seminales como las fraternales o las de mercado. Al no existir deberes de cooperación entre extraños, no puede hablarse de lo justo entre ellos; lo justo es simplemente el resultado de la conducta impuesta.

El hecho de que las versiones contemporáneas más comunes de E I requieran los deberes más altos por parte de los fudiciarios, abogados o comerciantes con conocimientos o poder de negociación superiores y no del hermano tribal ancestral confirma la progresión afirmada por el antropólogo inglés Summer Maine del *status* (léase poder social y económico) al contrato²²⁵ (léase meritocracia) o por Tonnies del *Gemeinschaft* al *Gesellschaft*.²²⁶ Confirmación similar es proveída por el hecho de que el extraño más común en las decisiones judiciales analizadas no es ya el extranjero sino el ocasional y débil participante en transacciones mercantiles, al igual que por la prevalencia del E II en jurisdicciones con economías de mercado bien desarrolladas.

Pero mientras que la progresión de *status* al “contrato” parece ser inexorable, también es cierto que esta inexorabilidad es producto de la definición de *status*. Si el *status* es definido no solamente como la membresía en una familia o tribu, sino como el resultado de la participación más efectiva en cualquiera de las asociaciones seminales, ya sea como guerreros, sacerdotes o comerciantes, el *status* continúa influyendo la determinación de lo justo. Piénsese por ejemplo en el papel predominante del comerciante *bonus vir* en los principios E I y E II.

Por otra parte, el hecho de que las cortes en los países en vía de desarrollo como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y México tiendan a aplicar el E III a las transacciones comerciales ya sea deliberadamente o por no aplicar E II con mayor frecuencia que las cortes en Alemania y Estados Unidos es, en sí, significativo.

A pesar de que no es posible afirmar categóricamente que existe una relación de causa y efecto entre tendencias desarrolladoras de los mercados de bienes y servicios y los modelos de lo justo en la adjudicación comercial, si pueden discernirse conexiones que quizás con más datos pueden llegar a constituir elementos de causalidad. Por ejemplo, la conexión entre E III y un mercado débil o ineficiente es obvia: mientras más grande sea el número de extraños, menor es el número de nuevos participantes deseosos de comprar, invertir o prestar en ese mercado. Por consiguiente, E III puede ser considerado como inherente al subdesarrollo. Es evidente también que donde hay una difundida utilización del modelo E II acompañada por la utilización del E I para impulsar las transacciones basadas en relaciones fiduciarias, se impulsa la participación tanto en el mercado ordinario como en las relaciones fiduciarias.

²²⁵ S. Maine, *Ancient Law*, pp. 163-165, 10a ed., 1963.

²²⁶ F. Tonnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1877), traducción C.P. Lummins, *Community and Society*, 1963.

Las conclusiones precedentes revelan la función de los estándares identificados como modelos de lo justo. Ellos sirven como descripciones válidas, aunque sintéticas, de los determinantes de las decisiones judiciales mercantiles en las economías de mercado lo mismo que en los países en vía de desarrollo. Como tales, pueden ayudar la comprensión de lo que hacen las cortes y por qué lo hacen. Tal entendimiento facilita una aplicación más ordenada y consistente de normas y de principios de interpretación. Además, al adquirir conciencia de las limitaciones intrínsecas de cada modelo y de su interacción, el estudioso del derecho será capaz de formular conceptos y normas capaces de ayudar a la creación y el fortalecimiento de mercados tanto al nivel nacional como al internacional.