

V. LA COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y LA CIVILIZACIÓN	
DEL DERECHO COMERCIAL	193
1. Introducción	193
2. El contexto civil	196
A. Formalismo y exclusión de prueba en la intención contractual	196
B. Aplicación a las transacciones entre presentes	196
C. La causa o razón para la validez de una obligación contractual	197
D. El tratamiento de la lesión y el justo precio	199
E. Falta de protección a los derechos de terceros	202
F. La justicia contractual como criterio de equidad	203
G. Arquetipos civilistas: el propietario egoísta y el buen padre de familia	206
H. La adjudicación y el Código	207
3. El contexto comercial	210
A. Formalismo y la prueba de la intención contractual	210
B. Aplicación de las transacciones entre ausentes	211
C. La causa de los contratos comerciales	212
D. Protección de los derechos de terceros	216
E. La equidad de la costumbre en la adjudicación comercial	217
F. El prototipo del sujeto del derecho comercial: el comerciante decente y razonable	219
G. Principios generales en la adjudicación mercantil	222
4. La comercialización del derecho civil	225
5. La civilización del derecho comercial	227
6. Conclusiones	235

*V. La comercialización del Derecho Civil y la civilización del Derecho Comercial**

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento del tema que señala el título requiere de una aclaración preliminar de lo que generalmente se entiende por derecho civil y comercial. Desde un punto de vista positivista, siempre existe la tentación de afirmar que derecho civil es el que se encuentra en los códigos denominados civiles, y comercial el hallado en los códigos comerciales. Además de ser redundante, la afirmación anterior es empíricamente insostenible. La historia de las "familias" de códigos civiles y comerciales vigentes desde principios del siglo XIX muestra que ha sido muy difícil, si no imposible, diseñar un código que se aplique exclusivamente a transacciones civiles o comerciales.

Aun en aquellos casos en donde los autores de códigos de carácter civil o comercial adoptaron lo que creyeron ser claras líneas de demarcación, la realidad transaccional les mostró, casi antes de que sus códigos fueran impresos, que habían fracasado.

* Traducción del inglés realizado por el profesor Ramiro Rengifo, catedrático de derecho comercial de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, y por la profesora Ximena Allen Fisher, de la Universidad de Arizona. El autor dedica esta versión castellana de su conferencia Tucker de 1979 dictada en la Universidad de Louisiana y su conferencia ante la Asociación Nacional del Notariado Mexicano en Mazatlán, 1982, a la memoria de Roberto L. Mantilla Molina, maestro y entrañable amigo desde nuestro primer encuentro en Ann Arbor, Michigan, en 1959.

El primero en intentar seriamente una separación fue el Código francés napoleónico que postulaba el criterio *objetivo*,¹ seguido por la mayoría de los países del sistema de derecho civil. El campo de aplicación del Código de Comercio francés de 1807 fue determinado a través de la indagación de si las partes habían realizado un "acto de comercio", como la compra y venta de bienes para su reventa, empresas de manufactura, comisión y agencia, transporte, espectáculos públicos, cambio, operaciones bancarias y de corretaje, construcción o comercio marítimo; o si las partes habían firmado o endosado un pagaré o una letra de cambio.² En contraste, el criterio *subjetivo* determinaba la aplicación del Código de Comercio con base en la afiliación profesional del comerciante. Un código de comercio subjetivo se aplicaba únicamente a quienes se calificaran como comerciantes profesionales y habituales. Este enfoque, implícito en el *Allgemeine Landrecht* prusiano de siglo XVIII, fue expresamente adoptado por algunos códigos alemanes de comercio del siglo XIX y prevalece en el Código de Comercio alemán de 1900.³ Los profesionales comprendidos dentro del criterio subjetivo incluían predominantemente a banqueros y mercaderes. Los productores de artículos primarios no fueron considerados porque conservaron su carácter de monopolistas, que, de por sí, era inconsistente con los principios de libre competencia de los códigos comerciales. La actividad agrícola, igualmente, carecía de interés en el campo del capitalismo competitivo del código comercial. También se exceptuaron de la calificación de comerciante aquellos que se creían mejores o superiores, como los miembros de profesiones liberales, entre los que se incluían médicos (no obstante que se organizaran en forma de empresa), actores, abogados, autores, compositores y maestros.⁴

Al definir el código comercial como objetivo, los codificadores intentaron evitar el estigma de estar confiriendo un estado privilegiado a una clase de ciudadanos, pues los privilegios eran un anatema al principio revolucionario de igualdad ante la ley. De ahí que, en principio, el Código de Comercio de Francia se aplicara a los actos de comercio realizados por mercaderes, lo mismo que aquéllos efectuados por personas que no tenían tal carácter, como profesores de derecho, sacerdotes o cantantes de ópera. Por otro lado, el Código Civil francés se refería a materias tales como el estado legal de las personas,

¹ Véase L. Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale* 166-88 (V. Pourchain y A. Torino trans. 1913), brillante estudio sobre el desarrollo de la ley comercial francesa hasta el periodo de la codificación; Litvinoff, *Book Review* (I B. Kozolchik y Torrealba, *Curso de derecho mercantil*), B. Kozolchik, "Dicotomía y unificación de la ley privada", *Arizona Law Review*, 17, 1167, 1975; Schlesinger, "The Uniform Commercial Code in the Light of Comparative Law", *Inter American Law Review*, 11, 1959 (preservación napoleónica de la dicotomía civil-comercial).

² Véase Código Comercial francés, artículo 632.

³ Véase en general Freinfels, "The Problem of Including Commercial Law in a Civil Code", en *Problems of Codification*, pp. 90, 98-100, Soltjar ed., 1977.

⁴ *Idem*.

regulándolo desde el nacimiento hasta la muerte. En dicha regulación se incluían aspectos como relaciones familiares y domésticas, obligaciones contractuales y extracontractuales; asociaciones sin ánimo de lucro y adquisición, usos y disposición, bien entre vivos o *mortis causa*, tanto de bienes muebles como inmuebles. Adicionalmente, el Código proveía principios de aplicación general a transacciones dentro de su competencia, así como fuera de ella. Tales eran:

Leyes referentes al orden público y a la moral, que no pueden ser derogadas por acuerdo de las partes.⁵

Los contratos válidamente celebrados constituyen ley para las partes y no pueden ser cancelados por mutuo acuerdo de las mismas o por alguna causa legal. Deben ser ejecutados de buena fe.⁶

En materia de muebles, la posesión equivale a título.⁷

Cualquier acto que cause daño a otro obliga a la persona, por cuyo acto el daño ocurrió, a hacer las reparaciones ocasionadas por el mismo.⁸

La generalidad de estos y otros principios contribuyó a que el Código Civil fuera considerado como la “Constitución” del derecho privado en Francia.

El problema con la dicotomía objetiva-subjetiva es que la vida del derecho en general, y del derecho comercial en particular, no es silogística, como el magistrado norteamericano Holmes, permanentemente nos lo recuerda. Quien no esté de acuerdo con Holmes, que trate de definir un acto de comercio como el de “corretaje”, sin referirse a la actividad del corredor. Para ser coherente tendría que definir el corretaje a través de la descripción del corredor y viceversa; para definir al corredor, tendría que describir la actividad que lo caracteriza. Considérese también el caso de los llamados “actos mixtos” de comercio, o sea, un acto que es comercial para una parte, digamos el vendedor, y civil, esto es, sin ánimo de lucro, para el comprador-consumidor. Adicionalmente, considérese el acto que comienza como acto civil para el comprador y se convierte en un medio de obtener ganancias una vez que dicho comprador se da cuenta de que puede obtener alguna, a través de la venta de aquello que compró con el propósito inicial de consumirlo.

La dificultad de trazar una línea claramente divisoria entre lo que es civil y lo que es comercial en los actos jurídicos cotidianos no significa que no haya diferencias entre las reglas, conceptos y principios de interpretación que caracterizan a cada una de estas ramas del derecho privado. Las diferencias surgen en cuanto se examina la forma en que el derecho civil y el comercial tratan una simple y diaria venta o transferencia de propiedad. Por ello, examinaremos algunos aspectos característicos en la regulación de la venta o transferencia

⁵ Artículo 6 del Código Civil francés (traducción del autor).

⁶ Artículo 1134 del Código Civil francés (traducción del autor).

⁷ Artículo 2279 del Código Civil francés (traducción del autor).

⁸ Artículo 1382 del Código Civil francés (traducción del autor).

ordinaria; primero con respecto al Código Civil francés de 1804 (en lo sucesivo identificado como "Código") y a decisiones jurisprudenciales y material doctrinario relacionados con aquél y, subsiguientemente, con respecto al Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos (en lo sucesivo UCC) y fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que se relacionen con él. La causa de la elección de códigos es que, como las secciones subsiguientes lo indicarán, en muchos aspectos, cada uno de estos códigos contiene los más típicos elementos de las respectivas tradiciones disciplinarias.

2. EL CONTEXTO CIVIL

A. Formalismo y exclusión de prueba en la intención contractual

Una de las primeras características de la regulación civil es su formalismo. Una donación *inter vivos* debe perfeccionarse ante un notario público.⁹ Si se trata de una transferencia de carácter oneroso, como la de un inmueble cuyo valor excede de determinado número de francos, debe ejecutarse por escritura pública o por documento privado.¹⁰

Para subrayar la importancia de la forma, el Código establece: "No se admite prueba testimonial contra o más allá del contenido del documento, ni contra lo que se dice haber sido su contenido previamente, al tiempo o desde que el escrito fue firmado, aunque la suma o valor en disputa sea inferior a quinientos francos".¹¹ Ello no es más que la confirmación de otro principio establecido en otra parte del Código: "Un acto auténtico (esto es, una escritura ante notario) constituye prueba plena del contrato firmado entre las partes y sus herederos y representantes legales."¹²

B. Aplicación a las transacciones entre presentes

La segunda característica observable en la regulación civil es que si la transacción resulta de una correspondencia entre las partes, el Código no contiene sino unas pocas reglas para resolver los posibles conflictos. No hay respuesta satisfactoria a problemas como: ¿cuál es el momento inicial en que la aceptación del destinatario de la oferta se considera definitiva?¹³ ¿Es tal momento el envío

⁹ Artículo 931 del Código Civil francés.

¹⁰ Artículo 1341 del Código Civil francés.

¹¹ Artículo 1341 del Código Civil francés (traducción del autor).

¹² Artículo 1319 del Código Civil francés (traducción del autor).

¹³ Para un estudio desde el derecho comparado de algunas de las deficiencias del Código Civil francés en la regulación de los contratos, véase a Von Mehren, "The Code and Contract. A Comparative Analysis of Formation and Form", en *The Code Napoleon*, pp. 110-111, B. Schwartz ed., 1956.

por correo de la aceptación por parte del destinatario de la oferta o lo es su recepción por el oferente, o el conocimiento de su recibo por el oferente? Muy poca atención, sin duda, le prestó el codificador francés a los contratos por correspondencia o *inter ausentes*. Más aún, mientras aceptaba el concepto de promesas en favor de terceros, el codificador las limitó seriamente. Una de tales limitaciones, interpretada literalmente, prohíbe un contrato de seguro por el cual se cubre el valor de una propiedad transferida, cuando el asegurado es el responsable del pago de las primas y el beneficiario es quien recibe la indemnización.¹⁴

C. La causa o razón para la validez de una obligación contractual

a) La moralidad de la causa. Para un abogado del *Common Law* es sorprendente encontrar que, en el sistema del derecho civil, la promesa de transferir gratuitamente un bien mueble o inmueble es válida y exigible siempre y cuando se cumplan las formalidades que la ley exige.¹⁵ El beneficiario de la promesa no necesita probar nada más para hacerla exigible. Se entiende que tiene una causa válida o bases para su validez. Tales bases, en una donación, están constituidas por el intento de donar o por la mera liberalidad.¹⁶ No obstante, la mera liberalidad en una donación, como causa válida, puede ser impugnada cuando la transferencia se hace a un "extraño", como en el caso de la amante del donante. En tal situación, se puede establecer una distinción entre la causa expresada y la oculta o interna del acto.¹⁷ Si el contrato es bilateral o sinalagmático, la base de su exigencia por cada parte del contrato es la obligación de la otra parte y esta reciprocidad de valor constituye la causa del contrato.¹⁸ Al Código le preocupa la moralidad de la causa tanto en los contratos gratuitos como onerosos. Define causa ilícita, productora de la nulidad del contrato, como aquella no sólo prohibida por la ley sino también contraria a las "buenas costumbres" y al "orden público" (*ordre public*).¹⁹ Una decisión de la *Cour de Cassation* de 1957 ilustra el significado del término "buenas costumbres".²⁰ Un padre de familia francés, entrado en años, de clase media, de ingresos medios y poseedor de una modesta fortuna, pero de saludable apetito sexual, transfirió su interés como beneficiario en una póliza de seguros de vida a su recientemente

¹⁴ 2 M. Planiol, *Traité Elementaire de Droit Civil*, núm. 635, 3ª ed., 1948, citado en Von Mehren, *op. cit.*, *supra*, nota 13, p. 111, núm. 2.

¹⁵ Código Civil francés, artículos 894 y 1105.

¹⁶ Código Civil francés, artículos 894, 1105, 1108 y 1131.

¹⁷ Para un breve pero actual análisis sobre la moralidad de la causa en las transferencias gratuitas, véase A. Weill, y F. Terre, *Les Obligations*, núms. 280-281, 2ª ed., 1975.

¹⁸ *Ibidem*. en núms. 254-255.

¹⁹ Código Civil francés, artículo 1133.

²⁰ Fallo de 8 de octubre de 1957, Casación Civil D. 1958, J. 317 a 318.

adquirida joven amante. Su viuda y herederos demandaron a la amante alegando la nulidad de su designación como beneficiaria. Tanto el juzgado de instancia como la corte de apelación sostuvieron que había una causa inmoral en la transferencia.²¹ Esta afirmación, dice el profesor Esmein, está relacionada con la bien establecida jurisprudencia de conformidad con la cual una donación en favor de una concubina no es *per se* inválida... como puede ser válida en el caso de una relación adúltera. Sin embargo, es nula por inmoralidad de la causa, cuando, no obstante aparecer externamente como una donación, es en realidad el pago del precio para iniciar o asegurar la continuación de un relación de concubinato.²²

El razonamiento anterior quizás proviene de la admiración por la más pura o viril variedad de seducción o del desprecio por formas disfrazadas de prostitución (*pretium stupri*). El efecto del razonamiento es el de desalentar transferencias perjudiciales a la viuda y herederos; porque, a menos que la beneficiaria designada pruebe que ella fue conquistada solamente por los más irresistibles poderes donjuanescos del donante, la ilicitud de la causa invalidará la transferencia. El clásico estudio sobre la causa en el derecho francés y comparado del profesor Henry Capitant discute varias sentencias similares, referentes a inmuebles alquilados para instalar en ellos prostíbulos y casinos, y contratos que implican soborno o corrupción de funcionarios públicos.²³ El desprecio de las cortes por tales acuerdos se refleja en el rechazo a ordenar rescisiones encaminadas a restituir prestaciones "inmorales". Como lo expresaba una indignada corte de Bourges en 1899: "Tales partes no tiene la menor base para comparecer ante una corte".²⁴

b) El buen padre de familia. ¿Cuál es la base de tan obvia indignación? Demogue argüía que las "buenas costumbres", como base de la moralidad de la causa, se basan en la opinión pública.²⁵ El decano Ripert argumentaba en favor de bases morales o teológicas que pueden, con certidumbre, vincularse con principios judeo-cristianos o con enseñanzas éticas.²⁶ El profesor Esmein expresaba que la moralidad de la causa, al menos cuando se basa en la noción de orden público, es un concepto maleable y adaptable a las necesidades cambiantes del tiempo; un concepto delineado por el juez, no con base en sus principios teológicos o filosóficos, o en sus opiniones o prejuicios, sino inspirado por la moralidad del conjunto de leyes que tienen relación con la contro-

²¹ Fallo de 8 de octubre de 1957, *supra* nota 20.

²² Esmein, nota al fallo citado en nota 20 (traducción del autor).

²³ H. Capitant, *De la cause des obligations*, pp. 226-227, 3ª ed., 1927.

²⁴ Fallo de 13 de junio de 1889, D. P. Bourges 1889 5329 (traducción del autor), citado en H. Capitant, *op. cit.*, *supra*, nota 23, p. 243, núm. 2.

²⁵ 2 M. Demogue, *Traité des obligations en general*, núm. 773 bis, 1912, citado en G. Ripert, *La Règle Morale Dans Les Obligations Civiles*, núm. 31, núm. 2, 3ª ed., 1935.

²⁶ G. Ripert, *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núm. 39.

versia.²⁷ Sin embargo, un examen de las sentencias francesas hasta 1930, compiladas por el decano Ripert,²⁸ revela que el concepto de moral ha sido siempre asociado con el de un buen padre de familia.²⁹ Ello implicaba una exigencia de lealtad por encima de todo a su mujer e hijos, de protección y sustento de acuerdo con los medios y posición en la vida y refrenamiento de toda conducta insultante, injuriosa y de malos tratos a su familia. Por otra parte, respecto a contratos con personas extrañas a su familia, como se mostrará más adelante, esta moralidad no requiere mutualidad o simetría de obligaciones; ni tampoco exige equivalencia alguna, aunque sea aproximada, de los valores intercambiados.

D. El tratamiento de la lesión y el justo precio

Un intercambio de un valor aproximado entre comprador y vendedor era una exigencia sólo cuando el último había vendido un inmueble y recibía un precio inferior a siete doceavos del valor de mercado de dicho inmueble. El Código estableció que si el vendedor sufría una pérdida de más de siete doceavos del precio de la tierra, podía demandar la rescisión de la venta, aunque expresamente hubiera manifestado donar el exceso.³⁰ Debe notarse que el Código se refiere, en este campo, al vendedor como el único a quien se le concede el privilegio de la rescisión.

La protección suministrada por la teoría "objetiva" de la lesión, esto es, una desproporción considerable entre el valor cambiado y recibido, medida por lo que era dado por el comprador o por lo que tenía derecho a recibir como heredero, esta íntimamente relacionada con la protección a la propiedad familiar. Por ésta se entendía cualquier bien inmueble de apreciable valor económico dentro de la composición del patrimonio familiar. El campo de aplicación de las provisiones del Código sobre lesión son claras: los artículos 1118 y 1313 limitan la aplicación de la rescisión por lesión a aquellas relaciones legales expresamente enumeradas. Con la única excepción del vendedor de propiedad inmueble que recibe menos de la mitad del precio de mercado, las relaciones legales a las que se aplica son de carácter familiar por naturaleza, tales como

²⁷ Esmein, en nota que acompaña al fallo de 4 de diciembre de 1929, 3. 1931, 149, transcrito en H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, pp. 10-12, 5ª ed., 1970.

²⁸ G. Ripert, *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núms. 26-30.

²⁹ Véase, por ejemplo, Código Civil francés, artículos 212-214, 231, 442 y 450. La influencia de la moralidad de un buen padre de familia es visible en la invalidación de ciertos contratos entre partes que están en una relación profesional de dependencia. También lo es en decisiones en donde las relaciones familiares, como el matrimonio, no se aceptan como sujetos de la actividad del corretaje comercial, pues tal corretaje está "dominado por las ideas de tráfico comercial y de la especulación". G. G. G. Ripert, *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núm. 27 (traducción del autor).

³⁰ Código Civil francés, artículos 1674 y 1683.

las del *de cuius* y herederos y entre herederos y legatarios, como consecuencia de una impropia división de los bienes hereditarios o como consecuencia de hechos sobrevinientes a la aceptación de sus cuotas hereditarias.

La teoría "subjetiva" de la lesión, que tiene en cuenta la debilidad de las partes en el contrato o su incapacidad para negociar sus condiciones, no fue adoptada por el Código y, en cambio, sí lo fue por el Código Civil alemán de 1900,³¹ y por el Código Civil del Distrito Federal mexicano actual. Como lo hace notar el decano Ripert, el Código no había previsto ninguna protección para el caso de la debilidad negocial de una de las partes del contrato, excepto mediante la "en cierta forma brusca teoría de la incapacidad, o la impredecible teoría del vicio del consentimiento".³²

La teoría objetiva de la lesión fue uno de los más notorios campos en los cuales los autores del Código rechazaron los puntos de vista de Pothier. Él había dicho en su *Tratado de las Obligaciones*:

El principio de la equidad debe gobernar los contratos y cuando una de las partes sufre lesión, aunque la otra parte no la haya ocasionado por engaño o artificio, en sí es suficiente para viciar el contrato. Como la equidad en la actividad comercial consiste en la igualdad, donde ésta es destruida y una de las partes obtiene más de lo que recibe, el contrato queda viciado.³³

Aquí nos apresuramos a señalar que la garantía que el Código exige al vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida³⁴ no constituye ni un sustituto ni una contraparte funcional de la lesión. Al contrario, se entiende que la lesión se aplica a toda venta, aun a aquéllas en donde no existen vicios ocultos o latentes, pero que haya una significativa o notoria desproporción en el valor intercambiado. El rechazo de los puntos de vista de Pothier sobre la lesión, representó, en primer lugar, un deseo consciente por parte de los autores del Código de descartar la teoría medieval sobre el justo precio y, en segundo lugar, la adopción del principio de que las restricciones a la libertad contractual son perjudiciales al comercio, idea compartida, entre otros, por Locke, Bentham, los fisiócratas y Turgot.³⁵

³¹ El mejor análisis comparativo del desarrollo moderno de los puntos de vista sobre la lesión en los derechos francés y alemán sigue siendo el de Dawson. Véase Dawson, "Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law", (pt. 1) 11 *Tul. Law Review* 345, 364-374, 1937; (pt. 2) 12 *Tul. Law Review*, 41, 49-53, 1937.

³² Ripert, G. *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núm. 102 (traducción del autor).

³³ R. Pothier, *Obligations*, núm. 33, 1802 (traducción del autor), citado en G. Ripert, *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núm. 62.

³⁴ Código Civil francés, artículo 1641. *Cfr.* Código Civil de Louisiana, artículos 2520-2540 (los cuales se refieren a los vicios redhibitorios).

³⁵ G. Ripert, *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núm. 62.

Es oportuno pasar revista a un estudio hecho en 1958 por R. de Roover,³⁶ sobre el significado, en el medievo, de la noción de justo precio. De acuerdo con él, en la Edad Media se impusieron dos puntos de vista sobre el justo precio. Uno, atribuido a un escolástico alemán, Henry de Langenstein, que sostenía que el justo precio era aquella cantidad que permitía al productor “vivir y mantener a su familia en un grado acorde con su posición social”.³⁷ Si el productor obtenía más por su labor y gastos de aquello que le permitiría mantener su *status social* (*per quanto res suas vendendo statutum suum continuare possit*) incurría en el pecado de avaricia. Max Weber atribuyó a este punto de vista la base moral del sistema de los gremios (*Nahrungsprinzip*). El otro punto de vista, atribuido a Alberto Magno y a Santo Tomás de Aquino, entre otros, y bastante aceptado en Europa debido a su adopción en el derecho canónico, se refleja en una circular enviada a los curas párrocos en el siglo XIII, pidiéndoles que en sus sermones advirtieran a los feligreses que no pagaran a los comerciantes ambulantes más que el precio obtenible en el mercado (*quam in mercato vendere possint*); que de otra manera los feligreses se quejarían ante los párrocos, quienes se verían en la necesidad de fijar el precio con “humanidad”.³⁸ La misma referencia al mercado aparece en la definición del justo precio de Alberto Magno como “aquél acorde con la estimación del mercado”³⁹ (*secundum aestimationem fori*). Esta referencia al mercado aparece de nuevo en la respuesta que Santo Tomás de Aquino da a un pregunta hipotética: ¿puede un mercader vender su trigo al precio del día, o deberá advertir a sus compradores que posiblemente llegarán nuevas provisiones de trigo, lo cual hará bajar el precio en el mercado?⁴⁰ Aunque Santo Tomás piensa que, personalmente, les informaría de la posible llegada del nuevo trigo, opina que el vendedor, en el caso hipotético, no está obligado a hacerlo.

Es posible que lo que Alberto Magno quería significar por el *pretium fori* o de mercado no haya sido el precio real o transaccional sino el establecido por curas u hombres de “humanidad”, como vigilantes o árbitros de las transacciones y disputas en el mercado.⁴¹ Cualquiera que fuera el significado, es indudable

³⁶ R. de Roover, “The Concept of a Just Price: Theory and Economic Policy”, *Journal Economic History*, 18, 418, 1958.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 421.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Dawson, *op. cit.*, *supra*, nota 31, parte 1, p. 365 (se refiere a la *communis estimatio* “de informados hombres de reputación en la comunidad”). R. H. Tawney retoma a la idea que Roover atribuye a Max Weber: “La idea dominante de Santo Tomás —que los precios, aunque pueden variar con las variables condiciones de los diferentes mercados, deberían corresponderse con el trabajo y costos del productor como las bases de una *communis estimatio*, correspondencia necesaria para una adecuada protección contra la extorsión— fue calificada por posteriores escritores. En el siglo xv, San Antonio [193] concluyó que la justeza del precio alcanzaría a ser un tema de probabilidades y conjeturas, pues varía con lugares, periodos y personas. Su contribución práctica consistió en proveer de cierta elasticidad toda

que antes de la promulgación del Código ya existían ideas religiosas, bien arraigadas, que favorecían la imposición de un precio justo y descartaban las estipulaciones contractuales leoninas, especialmente en aquellos casos en donde había una notoria disparidad entre el contrato y las condiciones del mercado. También es cierto que esta tradición fue definitivamente rechazada por los redactores del Código en todos los capítulos, excepto en el de sucesiones y contratos de venta de inmuebles. La razón del rechazo es que veían la idea del justo precio como contraria al desarrollo del comercio.

E. Falta de protección a los derechos de terceros

La preocupación del Código por la integridad del patrimonio familiar se compagina con su desdén por los derechos de terceros, especialmente respecto a aquellos bienes que el Código considera como los más valiosos. Por ello, mientras que al poseedor del más insignificante bien mueble (*res movilis, res vilis*) se le otorgaban derechos solamente inferiores al derecho de propiedad sobre el mismo, al comprador o acreedor hipotecario de un inmueble se le sujetaba, hasta el año 1855, a la prelación de anteriores ventas o gravámenes, a pesar de no haber sido registrados.⁴²

la idea, al introducir tres grados de precios —un *gradus pius, discretus y rigidus*...” R. Tawney, *Religion and The Rise of Capitalism*, 41, 1961. Ripert, al igual que De Roover, se refiere a la teoría de Santo Tomás y Alberto Magno y la considera de mucha influencia, pero también reconoce la influencia de una visión tripartita del justo precio (*summum, medium e infimum*) y de la ley canónica anterior al Código. G. Ripert, *op. cit. supra*, nota 25, en núm. 68. Independientemente de lo que es un precio justo, como indica Dawson, después de la Primera Guerra Mundial las decisiones de las cortes francesas que tenían que ver con los efectos de la inflación en las obligaciones dinerarias quisieron dejar claramente establecido que cualquier acción que pretendiera solicitar una nueva fijación del precio debido a que el inicialmente pactado era inadecuado, no se apoyaba en ninguna presunción de error o presión económica sino en “un principio que merece su propio pedestal en el derecho de los contratos” aunque el Código apenas hizo una expresión parcial del mismo. Dawson, *op. cit. supra*, nota 31, parte 1, p. 375.

⁴² Véase en general Kozolchik, “The Mexican Land Registry: A Critical Evaluation”, *Arizona Law Review*, 12, 308, 312-313, 1970. Para una descripción de la publicidad sobre la propiedad inmueble en el *ancien regime* y el proceso de elaboración de leyes, véase P. Sagnac, *La Legislation Civile de la Revolution Française: 1789-1804*, pp. 85-213, 1898. La siguiente cita, atribuida a quien se oponía al sistema de protección de los derechos de las terceras partes, en la época anterior al Código, es característica de dicho Código hacia aquellos derechos, “las libertades individuales” y los “secretos familiares”: “Le système de publicité est une interdiction aux familles de garder le secret de leurs affaires [...] Ce secret a toujours été regardé comme un des principaux droits de la liberté individuelle [...]”. Véase 15 P. Fenet, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires Du Code Civil*, 237, 1827. Hablando en favor del principio de una inmediata transferencia de la propiedad una vez perfeccionado el contrato de venta, Tronchet expresaba: “Quien compra no necesita que la ley tome especiales medidas para su seguridad. Él tiene el título ante sus ojos y está en capacidad de comprobar que el vendedor está poseyendo”. 1 M. Planiol, *Tratado de derecho civil*, parte 1, núm. 2607, p. 543 (La. St. Inst. Trans., 1959).

Esta situación se debió, en gran parte, a la eficacia otorgada a la voluntad de las partes contratantes. En efecto, al establecer el artículo 1138 del Código que el mero acuerdo de las partes era suficiente para producir la transferencia del título de propiedad de la cosa vendida, había logrado algo más que otorgarle autarquía a la voluntad de las partes. No debe olvidarse que el requisito formal de la *traditio* estaba abolido, formalidad ésta que en los tiempos romanos suministraba cierto grado de publicidad y protección a los terceros.⁴³ Debido a que el contrato de venta creaba, modificaba o extinguía derechos reales, sin necesidad de registro, un acreedor hipotecario que había prestado dinero al deudor confiado en que el registro indicaba que éste era propietario del inmueble que le daba en garantía hipotecaria podía encontrarse con la desagradable sorpresa de que su deudor había transferido anteriormente la propiedad.⁴⁴

Mutatis mutandi, el propietario protegido podía “gozar y disponer de las cosas en la forma que quisiera, siempre y cuando dicho uso no estuviera prohibido por la ley o el reglamento”.⁴⁵ Desde el punto de vista del propietario, el problema con dicha autorización era que lo estimulaba a comportarse en forma excesivamente egoísta; por ello las cortes, conjuntamente con la doctrina, se vieron obligadas a imponer restricciones basadas en el “abuso” del derecho.⁴⁶ De suerte que fue necesario declarar que un vecino no podía construir una chimenea ficticia simplemente con el ánimo de perturbar a su vecino o que no debía plantar espirales en las vecindades de su propiedad con el fin de evitar el aterrizaje de los zeplines del vecino y, de esta manera, lograr la venta de su propiedad a un precio artificialmente alto. En la misma forma en que lo hicieron con el concepto de la inmoralidad de la causa en los contratos, las cortes francesas tuvieron que recurrir, en palabras del profesor Cueto-Rua “a principios generales de buena fe, o de moral positiva, o a criterios ampliamente reconocidos de justicia elemental”.⁴⁷

F. La justicia contractual como criterio de equidad

En su clásica monografía *La regla moral de las obligaciones*, el decano Ripert utiliza una sutil pero reveladora descripción de lo que significaba la palabra “justicia” para quienes diseñaron las reglas sobre contratos en el Código: “En

⁴³ Sobre las características de la protección de los derechos de terceros en la *traditio*, véase R. Sohm, *Instituciones de derecho privado romano*, pp. 159-160, Sp. trans., 1951.

⁴⁴ Kozolchyk, *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 313.

⁴⁵ Código Civil, artículo 544 (traducción del autor).

⁴⁶ Véase Bolgar, “Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland; A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine”, 35, *La. Law Review*, 1015, 1975; Cueto-Rua, “Abuse of Right”, 5 *La Law Review*, 965, 1975; Herman, “Classical Social Theories and the Doctrine of ‘Abuse of Right’”, 37 *La Law Review*, 747, 1977.

⁴⁷ Cueto-Rua, *op. cit.*, *supra*, nota 46, p. 996.

términos simples, toda justicia es contractual: quien habla de contrato habla de justicia".⁴⁸ El significado de la justicia contractual del Código puede ser mejor percibido si se confronta con el antepasado absolutista del *ancien regime*, en el cual a muchos individuos no se les permitía vincularse contractualmente sin una previa autorización oficial. Bajo tales circunstancias, la afirmación del artículo 1134 del Código de que "todo contrato válidamente celebrado constituye la ley para las partes" es más que un simple planteamiento de los efectos vinculantes de un contrato; constituye toda una afirmación política del nuevo poder de los ciudadanos para obligarse, mediante cualquier tipo de contratos, de igual a igual.⁴⁹ En este sentido, *pacta sunt servanda* no es solamente una admonición moral, sino también un principio cardinal de autarquía y equidad. Los contratos deben ser exigidos en los términos literales en que se pactaron porque "*il faut doc affranchir l'homme. Il faut degager de ses entraves la volonté humaine*".⁵⁰ En síntesis, la ideología prevaleciente en el Código apoyaba el punto de vista de que los contratos constituían una manifestación de lo justo entre las partes. Háblese de contrato y se hablará de justicia.⁵¹ Al parecer, las estipulaciones contractuales del Código eran percibidas como si hubieran sido inscritas en las inmutables tablas de Moisés.

La idea de la justicia contractual impidió la recurrencia a la prueba oral como medio para establecer la verdadera intención de las partes, o su interpretación a la luz del uso o la costumbre. Ella apoyaba aquella noción de causa en los contratos bilaterales o sinalagmáticos que no requería una equivalencia o igualdad en los valores cambiados, sino una correspondencia entre lo que decía el contrato y lo que se había dado en cambio. Es cierto que la justicia contractual también requería buena fe en la ejecución de las obligaciones. Sin embargo, en muchos contratos, esa buena fe era medida no por lo que el contratante, incluyendo un contratante ideal, podría haber hecho o dado, sino por el cumplimiento de lo que aparecía estipulado en el contrato. De ahí que la igualdad de derechos para celebrar contratos fue confundida con la igualdad de hecho en el poder de negociación; se asumía que la primera necesariamente conllevaba a la segunda.⁵² Finalmente, la justicia contractual dio preferencia a

⁴⁸ "Toute justice est contractuelle, écrit-il simplement; qui dit contractuelle dit justice." G. Ripert, *op. cit.*, *supra*, nota 25, en núm. 22 (traducción del autor).

⁴⁹ Sobre las influencias doctrinarias en el artículo 1134, véase A. Aanaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, 04-205, 1969.

⁵⁰ P. Sagnac, *op. cit.*, *supra*, nota 42, p. 22.

⁵¹ En los conceptos de la ley religiosa de la Edad Media se encuentra apoyo para la afirmación de que el justo precio es alcanzado por el simple hecho de haberse logrado un acuerdo. Véase R. Tawney, *op. cit.*, *supra*, nota 41, p. 42. Adicionalmente, como lo señalan Weill y Terre con respecto a la noción de la causa, desde el siglo XVI la doctrina legal rechazaba en términos generales el uso de conceptos, los cuales, en la medida en que le daban mayores poderes a los jueces, podían comprometer la estabilidad de los contratos. A. Weill, y F. Terre, *op. cit.*, *supra* nota 17, núm. 253.

⁵² Véase en general Bolgar, "The Contract of Adhesion", 20 *American Journal Comp Law* 53, 1968, en donde se expresa: "Pero en el campo de los contratos, la Corte de Casación se aferra firmemente a

los derechos de las partes contratantes sobre los derechos de terceros, quienes actuaban confiando en la apariencia creada por dicho contrato. De ahí que un acreedor hipotecario, que había prestado dinero confiado en lo que aparentaba ser un buen título de su deudor hipotecario, podía ser derrotado por un comprador del deudor-propietario, incluso si su adquisición se había llevado a cabo con posteridad a la fecha en que se hipotecó el bien. De la misma manera, un comprador que adquiría de un mandatario actuando aparentemente dentro de los límites de su poder, podía resultar afectado por alguna cláusula secreta limitativa de los poderes del mandatario.⁵³ Es interesante hacer notar que el derecho conferido a las partes contratantes de crear, no sólo su propia ley sino su propia justicia a través de estipulaciones contractuales, no se extiende a la adjudicación del incumplimiento contractual. Una vez incumplido el contrato, las acciones por incumplimiento son solamente del dominio judicial. Cualquier acción o iniciativa privada de autojusticia, por ejemplo, por medio de la recompra o reventa de bienes involucrados en el contrato incumplido estaba, si no prohibida, seriamente limitada.⁵⁴ Por tanto, el Código no permitía a las partes actuar como jueces informales o privados del incumplimiento contractual y durante el juicio tampoco dejaba a las partes testificar sobre lo acordado.⁵⁵

la letra del artículo 1134 [...] y rechaza el requerimiento exigido posteriormente en el mismo artículo, esto es, que [los contratos] deberán ser ejecutados de buena fe. Esta tendencia es justificada por la doctrina invocando la seguridad jurídica, la cual, además, perturbaría las relaciones económicas existentes a través del arbitrio del Poder Judicial. De ahí que la Corte, casi invariablemente, revoque decisiones más liberales provenientes de las cortes inferiores falladas con apoyo en su famoso *pouvoir souverain d'appréciation* —un poder soberano de interpretación que, sin embargo, se extiende únicamente a la interpretación de hechos— con el argumento de que cualquier consideración de la equidad “desnaturalizaría” los claros y precisos términos del contrato original.” *Ibidem*, pp. 67 y 68.

⁵³ Véase Código Civil, artículo 1998; R. Schlesinger *Comparative Law*, 1970, donde se expresa: “El Código Civil francés en su artículo 1984 uso los términos *mandat ou procuration* como si fueran sinónimos e intercambiables. Este método de tratar los poderes del agente de crear derechos y obligaciones directamente para el principal, simplemente como una consecuencia de la relación contractual existente entre el principal y agente, ha sido duramente criticado como asistemático.” Entre sus críticos se encuentra Planiol, uno de los más importantes autores franceses. R. Schlesinger, *op. cit.*, *supra*, p. 537. En una nota al fallo del 13 de diciembre de 1962, Cas. ass. plen., D. 1963, I. 277, del Banque Canadienne Nationale v. Directeur general des impôts, los profesores Weill y Terre informan que este fallo constituye la primera ocasión en donde la sala civil plena reconoce el principio de separación de los poderes del agente, expresa o tácitamente garantizados, de los que pueden aparecer en el negocio básico o subyacente. Véase A. Weill, y F. Terre, *op. cit.*, *supra* nota 17, en núm. 253; J. Carbonnier, *Droit Civil*, núms. 134-136, 1957.

⁵⁴ Compárese la regla general del artículo 1184 con los artículos 1657-1658 del Código Civil. Obsérvense las limitaciones que se imponían sobre el derecho de resolución en el artículo 1657. Tal derecho existía únicamente para el vendedor pero sólo después de que el comprador se negaba a retirar la cosa vendida. Para un análisis histórico sobre la acción de resolución en la ley civil francés, véase a G. Boyer, *Recherches Historiques sur la Resolution des Contrats*, 171, 1924, citado en I. Satanowski, *Estudios de derecho comercial*, pp. 214-220, 1968.

⁵⁵ Véase *New Code of Civil Procedure in France* (F. Kerstrat y W. Crawford, trans. 1978), donde se manifiesta: “Como regla general, las partes del contrato no son hábiles para testificar en sus propios casos. Las cortes las pueden llamar a declarar si lo consideran necesario, pero ello se hará en un contexto

G. Arquetipos civilistas: el propietario egoísta y el buen padre de familia

La enumeración de las características anteriores permite delinear los rasgos distintivos del participante prototipo en nuestra transacción ilustrativa. Es una persona que se siente a gusto con formalidades jurídicas y con contratos entre presentes, pero se siente incómodo y desconfiado ante la carencia de formalidades y con acuerdos entre ausentes. Se aferra a sus derechos hasta el punto del abuso. Es lo suficientemente precavido para evitar que su propiedad llegue a asociarse con la prostitución o el juego; pero es lo suficientemente inescrupuloso como para cobrar el más alto precio que puede obtener por todo lo que vende o para pagar el precio más bajo por todo lo que compra, con la excepción de bienes inmuebles. No es el tipo de persona a quien se le pueda confiar el fallo informal del incumplimiento de un contrato de venta en el cual sea la parte perjudicada, puesto que se presupone que hará lo más favorable para su conveniencia, ni tampoco es confiable como testigo en su propio proceso. A falta de otro término mejor, este arquetipo del Código se describirá como "el propietario egoísta".

A la par del propietario egoísta, en el propio Código se encuentra a alguien a quien la irónica pluma de Voltaire describía como virtuoso y sabio, el buen padre de familia. "Logra que sus soldados se casen y jamás desertarán de su ejército", aconsejaba Voltaire. En 1801, "El Instituto de Francia", anunció un concurso sobre el tema "¿Cuáles deberían ser los poderes de un buen padre de familia en la República recién organizada?" Un historiador cita una de las respuestas más características: "El sentimiento de obediencia es necesario en la familia francesa. ¿Qué más apropiado medio para transmitirlo que a través de la autoridad paternal? La paternidad es una función sagrada; desobedecerla es un sacrilegio. El poder paterno debería tener la misma fuerza atribuida al Ser Supremo".⁵⁶ El Código, hasta cierto punto, estuvo de acuerdo con la descripción de Voltaire y con la respuesta citada. Así, su artículo 213 expresó: "El marido debe protección a su mujer, y la mujer debe obediencia a su marido". Adicionalmente, al padre de familia se le atribuyeron enormes poderes sobre las vidas y patrimonios de sus dependientes, incluyendo el poder de encarcelarlos.⁵⁷ En cambio, el padre no solamente adquirió las obligaciones de usufructuario sino

diferente al de la *enquête* y de hecho muy pocas veces se recurre a esa vía." Ello es conocido como la *comparition personnelle des parties*. *Ibidem*, p. xxvii. Para una interesante descripción de los principios procedimentales que rigen la prueba de testimonio y las incapacidades de las partes para actuar como testigos, en la época anterior al *Code de Procedure Civile du 8 octobre 1824*, véase M. Boiceau, *Traité de la Preuve par Témoins en Matière Civile*, 50, pp. 241-242, 1789, en donde aparece que, en gran medida, el problema de la credibilidad de los participantes en varias transacciones es, y siempre ha sido desde el tiempo de los doctores del medievo, influenciado por el miedo de que las transacciones pueden ser simuladas o fraudulentas.

⁵⁶ P. Sagnac, *op. cit.*, *supra*, nota 42, p. 353.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Código Civil francés, artículos 376-379 y 384.

también, entre otras, las de alimentar, mantener y educar a sus hijos de acuerdo con sus medios.⁵⁸ Como administrador de los bienes de sus dependientes, estaba obligado a actuar como un inversionista cuidadoso, empleando un grado de diligencia más alto que el requerido al hombre o comerciante promedio.⁵⁹

Sin embargo, Planiol, uno de los intérpretes más positivistas del Código, consideró necesario explicar la obligación de soporte del padre de familia en los siguientes términos: "Ella [la obligación] excepcionalmente surge del contrato; en algunos casos surge de la propia voluntad, comúnmente, es la propia ley quien la impone. Cuando la ley impone esta obligación, toma en cuenta el deber moral de ayudar a los seres más cercanos. Aun en los casos en que la ley no exprese esta obligación, ella constituye una obligación moral o natural".⁶⁰

El propietario egoísta y el padre de familia actúan, por ello, bajo dos criterios de equidad y moralidad totalmente opuestos. El criterio de moralidad que se aplica al padre de familia cuando se le exige que cuide de los miembros de su familia es, como lo describíamos en un estudio anterior, el de la hermandad jurídica.⁶¹ Debe tratar los negocios de los miembros de su familia que están bajo su cuidado, no sólo como trataría los suyos propios, sino, en algunas circunstancias, aún mejor. Sus deberes, como lo recuerda Planiol, nada tienen que ver con contratos o con ganancias monetarias; por tanto, son superiores a los que prevalecen en el mercado o entre los comerciantes. Como se verá luego, el criterio de equidad del propietario egoísta es menos exigente respecto al prójimo que el prevaleciente en el mercado, ya que, de acuerdo con la "justicia contractual", el criterio de equidad es medido por lo que se estipuló en el contrato, independientemente del precio y de las condiciones del mercado.⁶²

H. La adjudicación y el Código

Una vez descrita la moralidad del propietario egoísta y del buen padre de familia, es necesario inquirir cuál de estas dos es la predominante en la adjudicación, de acuerdo con el Código. Para aquellos que dudan de la condición humana será motivo de reafirmación de sus dudas encontrar que el buen padre de familia ejerce poca influencia sobre el comportamiento de su hermano egoísta en la adjudicación civil. Cierta grado de influencia se observa en

⁵⁸ Véase, por ejemplo, artículo 385 del Código Civil francés.

⁵⁹ Compárense los artículos 389, 450 y 457, con el 1927 (en donde se fija la diligencia exigible a un depositario) y los artículos 1991-1992 (en cuanto a la diligencia del agente).

⁶⁰ M. Planiol, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, núm. 19, 2ª ed., 1952 (traducción del autor).

⁶¹ Kozolchyk, "Fairness in Anglo and Latin American Commercial Adjudication", 2 *B. C. Intl & Comp. Law Review*, 219, 1979.

⁶² Véase el texto en nota 52, *supra*.

aquellos casos en donde el Código exige a algunas partes contratantes o a poseedores de bienes, comportarse como “un buen padre de familia”, especialmente cuando son requeridos a emplear una obligación de diligencia media (*obligations de moyens*). Como lo expresa el decano Carbonnier:

En tales casos[...] el incumplimiento del contrato no puede ser deducido sólo de la ausencia del resultado prometido. La conducta del deudor debe ser evaluada contra lo que él debió haber hecho bajo las circunstancias. El artículo 1137 da las pautas para tal comparación, ya que fue diseñado para aquellos contratos que tenían que ver con la preservación de bienes individualizados, tales como los vendidos antes de ser embarcados o para aquéllos arrendados o dados en garantía. Aquí, el deudor contractual debe actuar como un buen padre de familia. El *bonus pater familias* es un hombre cuidadoso y diligente que está consciente de sus responsabilidades. Él es responsable por culpa leve pero no por la levisima; es decir, es responsable *por culpa levis in abstracto*.⁶³

Si bien la influencia del buen padre de familia es ligera en las *obligations de moyens*, pues no requieren que el propietario egoísta se abstenga de aprovecharse de las debilidades o inexperiencia de la otra parte del contrato, ni se le exige comportarse como si fuera su hermano, el criterio de hermandad es fundamental en las interpretaciones judiciales de los casi proverbiales principios generales del derecho en la responsabilidad civil extracontractual y en el enriquecimiento indebido.⁶⁴

Como observa André Tunc con respecto a las previsiones del Código sobre responsabilidad civil extracontractual:

Estoy en desacuerdo con la famosa definición kantiana del derecho como el medio de asegurar “la coexistencia de libertades”. La sociedad no es sólo una coexistencia de individuos libres. También requiere la solidaridad entre los miembros de la comunidad. La vida en sociedad no sólo restringe la libertad absoluta de que podríamos gozar si estuviéramos solos (suponiendo que el hombre pudiera vivir así), sino que también nos impone actuar con cierto grado de hermandad. La meta de la ley, por ello, no consiste únicamente en proteger y armonizar nuestras libertades, sino también en permitir y promover el desarrollo de nuestras personalidades[...] Esto es especialmente cierto con respecto a las reglas sobre responsabilidad civil extracontractual. Su principal propósito es armonizar las relaciones entre personas que carecen de un vínculo particular entre sí.⁶⁵

⁶³ J. Carbonnier, *Droit Civil - Les Obligations*, núm. 75, 1976 (traducción del autor) (énfasis fuera del texto).

⁶⁴ Sobre el principio básico de responsabilidad civil extracontractual, véase el texto en nota 8, *supra*. Para los principios básicos del enriquecimiento injusto, véase Código Civil, artículos 1372-1380. Entre otras obligaciones impuestas al *negotiorum gestor* o administrador de los negocios de otra persona, está la de continuar administrando hasta que los herederos del principal puedan asumirla, en caso de muerte de dicho principal. El administrador está en todos los casos bajo el deber de usar el cuidado de un buen padre de familia (*bon pater de famille*).

⁶⁵ Tunc, “A Codified Law of Tort - The French Experience”, 39, *La. Law Review*, 1051, 1159, 1979.

Tunc concluye que la definición genérica de responsabilidad civil extracontractual del Código ha servido a este propósito, al incluir dentro de su regulación una gama de conductas como “las de los residentes en una propiedad por pisos u horizontal y la competencia desleal de sociedades mercantiles”.⁶⁶

De la misma manera, las provisiones, también muy genéricas, del *negotiorum gestio* y del pago de lo indebido (las dos bases para una acción de enriquecimiento injusto en el Código)⁶⁷, han hecho posible la exigencia de un variado número de obligaciones con el carácter de hermandad que se ha mencionado antes. Éstas van desde el pago altruístico de la obligación de manutención que una persona tiene frente a un miembro de su familia, hasta el más egoísta pago de una obligación garantizada de un deudor insolvente por un acreedor de rango inferior al de otros que busca mejorar la oportunidad de recuperar lo que se le debe.⁶⁸ Como lo percibía una decisión judicial citada por John Dawson en su esclarecedora monografía sobre el enriquecimiento injusto, el principio en que se apoyaba era la regla de equidad de “que nadie, ni aún un incapaz, debiera enriquecerse a costa de otro”.⁶⁹ Debe tenerse presente que los criterios con los cuales el comportamiento controvertido debe medirse son aquellos que la Corte vislumbra como aplicables a la sociedad en su totalidad y no a sus subdivisiones de clase, profesión o gremio. Los principios son, por ello, considerados como preexistentes a los acuerdos de las partes o a las prácticas contractuales y aplicables a “un menor”, “una mujer casada”, “un poseedor de un bien mueble” o “una parte contratante”; y no a “los propietarios”, “los comerciantes” o “los consumidores”. De ahí que, diligencia, moralidad, buenas costumbres u orden público, aunque en gran medida inspirados por la figura del buen padre de familia, pueden ser considerados aplicables por la Corte, *a priori*, a cualquier tipo de relación jurídica. Aún así, sería equivocado asumir que la posibilidad de apoyarse en tan proteicos criterios automáticamente convertiría a los jueces franceses en poderosos jueces de equidad, ansiosos y capaces de imponer sobre los contratos y transferencias de propiedad un patrón moral más alto que el del propietario egoísta.

La preferencia de la Cour de Cassation por la “justicia contractual” sobre la equidad, aun en casos de contratos de adhesión,⁷⁰ es una buena ilustración de las limitaciones (reales o autoimpuestas) a los poderes de equidad de las cortes. Uno puede estar de acuerdo con el punto de vista de la Cour de Cassation, reflejado en algunas de sus decisiones, de que la Corte no tiene capacidad para revisar los términos del contrato, por ser una cuestión “de hecho”⁷¹ o puede

⁶⁶ *Ibidem*, 1064-1065.

⁶⁷ J. Dawson, *Unjust Enrichment*, p. 97, 1951.

⁶⁸ *Ibidem* p. 179 (sumarios de las decisiones de la Cour de Cassation).

⁶⁹ *Ibidem* p. 178 en donde se cita el fallo de 15 de julio de 1873, Cas. civ., D. 1873, 1457.

⁷⁰ Véase Bolgar, *op. cit.*, *supra* nota 52, y autores allí citados.

⁷¹ *Ibidem*.

considerar esta posición simplemente como una excusa para evitar el tener que rendir fallos impopulares en sectores de gran influencia política, dejando tales decisiones al Poder Legislativo. Cualquiera que sea la posición asumida, el resultado es el mismo: renuencia judicial a usar criterios de equidad.⁷²

En conclusión, es cierto que algunas de las tendencias al abuso o al exceso en el tipo propietario egoísta han sido restringidas por las cortes francesas apoyándose en criterios inspirados en varias versiones de la moralidad y diligencia de un buen padre de familia. También es cierto que el mismo Código premia el comportamiento fraternal en casos como el del gestor oficioso (*negotiorum gestio*) y que proscribe el enriquecimiento injusto en casos en que se paga lo que no se debe. Pero aun así, la moralidad del propietario egoísta, tanto en el Código como en las decisiones judiciales, lo hacen un socio o asociado altamente "avorazado" en la relación jurídica y su ganancia implica inevitablemente la pérdida de la otra parte.

3. EL CONTEXTO COMERCIAL

A. Formalismo y la prueba de la intención contractual

Aunque el UCC no considera la venta de un inmueble como comercial,⁷³ la ley aplicable a tal tipo de venta raramente requiere una formalidad que vaya más allá de un simple escrito. Por eso, aun para la venta o hipoteca de inmuebles, no es necesario un formato solemne o notarial, a la usanza del notariado latino.⁷⁴ Es cierto que el UCC requiere un escrito para la venta de muebles cuando el precio es superior a 500 dólares⁷⁵, pero dicho escrito es simplemente *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, ya que un comerciante puede perfeccionar un contrato por millones de dólares a través del teléfono y después, simplemente, enviar un escrito confirmatorio del acuerdo oral.⁷⁶ Si dentro de los diez días siguientes a la recepción de la confirmación no se hace ninguna objeción, el contrato se considera válido y exigible.⁷⁷ De la misma manera, hay muchos otros contratos orales vinculatorios como aquéllos en donde la orden del comprador requiere una manufactura especial y el vendedor ya ha empezado a producir el bien cuando el comprador le avisa de su intención de desistir del contrato, o aquéllos donde los bienes comprados han sido aceptados y su precio

⁷² *Idem*.

⁷³ UCC secciones 2-102 y 2-105 (versión de 1972).

⁷⁴ La uniformidad en las transacciones sobre inmuebles se debe, sin duda, a la intervención de los intermediarios, tales como los corredores de bienes raíces, los bancos y las compañías de seguros.

⁷⁵ UCC, sección 2-201 (1) (versión de 1972).

⁷⁶ UCC, sección 2-201 (2) (versión de 1972).

⁷⁷ UCC, sección 2-201 (2) (versión de 1972).

pagado, o aquéllos en donde la parte que desiste del contrato y quien ha sido demandada admite ante la Corte la existencia del mismo.⁷⁸ También es cierto que la ley comercial exige la inclusión de ciertas menciones en los títulos-valores como el lugar y fecha de pago, la cantidad debida, la firma del aceptante o girador, etcétera. Pero, a diferencia de las escrituras notariales, los instrumentos comerciales son elaborados por las mismas partes y el formalismo, en todo caso, es mínimo. Es importante anotar que, por lo general, el papel de la formalidad en el título-valor es funcional, en cuanto ayuda a la exigibilidad del contrato, proveyendo el específico lugar de la firma, o cierta información, como la fecha de exigencia de la obligación. En este sentido, el papel del formalismo en materia comercial puede contrastarse con la “solemnidad por la solemnidad misma”, que impregna muchas de las transacciones del código civil.

Junto con este informalismo, hay una actitud muy tolerante respecto a la admisión de la prueba de la intención contractual. Como la intención en materia comercial debe ser vista a la luz de los usos del comercio y de las costumbres, no es sorprendente, por ejemplo, que la Corte de Apelación Federal del Cuarto Circuito haya sostenido en el fallo *Columbia Nitrogen Corp. v. Royster Co.*⁷⁹ que el UCC había derogado la regla que limitaba la prueba de los usos del comercio y las costumbres sólo a aquellos casos en donde el contrato era ambiguo. Aun en un contrato donde el precio había sido claramente estipulado y que incluso contenía una cláusula en la que las partes expresamente declararan que en él se contenían todos los términos expresos e implícitos del mismo, la Corte admitió la prueba sobre los usos de comercio para desvirtuar el precio pactado. Si el uso de comercio indicaba que el precio señalado en ese tipo de contrato era únicamente uno estimado, que podía ser ajustado a circunstancias tales como la caída vertical de los precios del mercado, la prueba de tal uso era admisible y decisiva. Desde el punto de vista de la Corte, el uso comercial tenía que ser admitido, a menos que expresamente se hubiera excluido.⁸⁰

B. Aplicación de las transacciones entre ausentes

A diferencia del Código, el UCC estimula las transacciones entre ausentes.⁸¹ Bajo sus provisiones, la Corte puede considerar perfecto un contrato de compraventa, aunque del examen de la correspondencia intercambiada no pueda deducirse con claridad la fecha de su perfeccionamiento.⁸²

⁷⁸ UCC, sección 2-201 (3) (a) a (c) (versión de 1972).

⁷⁹ 451 F. 2d 3 (4^o Circ. 1971).

⁸⁰ *Ibidem* en 7-8.

⁸¹ Véase, por ejemplo, sección 2-204 (2) del UCC, comentario (versión de 1972).

⁸² Véase, por ejemplo, sección 2-204 (2) al UCC, comentario (versión de 1972).

Esta posición del UCC frente a los contratos *inter ausentes* no debe sorprender, pues, en general, la ley comercial es impersonal; es un derecho de "extraños" que bien pueden no tener nada en común, excepto sus negocios. Es cierto que en el periodo de formación del derecho comercial, entre los siglos IX y XIII, sólo los vínculos de amistad y hermandad entre los comerciantes del Mediterráneo y de la Europa norte-central, quienes en su gran mayoría eran mercaderes judíos y árabes, podían sobreponerse a los peligros y peripecias del comercio *inter ausentes*.⁸³ Pero a medida que la ley comercial se desarrolló, la confianza empezó a depositarse en documentos, registros y tipos especiales de promesas, normalmente escritas y de carácter uniforme. Además, las promesas comerciales eran, y continúan siendo en gran medida, promesas a terceros, a extraños, tales como la del banco aceptante de una letra de cambio o de la compañía de seguros en su póliza o certificado.

C. La causa de los contratos comerciales

Si por causa se entiende la base vinculatoria original entre dos o más partes contratantes, de la cual se desprenden posteriores transacciones que vinculan a otras partes, que no lo fueron de la transacción original, habrá que decir que muchas promesas comerciales *no tienen causa* o, con más técnica, que su causa es abstracta.⁸⁴ En una promesa abstracta, el promitente deudor está vinculado a un tercero acreedor, independientemente de la causa subyacente. Tómese, por ejemplo, el caso de un banco de Mazatlán que confirma un crédito documentario emitido por un banco de Tucson, Arizona, para pagar el envío de determinado número de barriles de petróleo de México a Estados Unidos. ¿Cuál es la causa del compromiso del banco de Mazatlán de pagar al exportador mexicano de petróleo, beneficiario de la carta de crédito? Ciertamente no lo es el contrato de venta celebrado entre el importador de Tucson y el exportador mexicano, pues los bancos rechazan cualquier idea tendente a vincularlos en tal contrato y siempre le recuerdan a los abogados que "los bancos negocian

⁸³ Véase en general a L. Goldschmidt, *op. cit.*, *supra* nota 1, 79-352 (descripción del comercio en el medioevo); P. P. Huvelin, *Essai Historique Sur Le Droit Des Marches Et Des Foires*, 1897, 38-52 (descripción de algunas de las más notorias ferias medievales); S. Goitien, *A Mediterranean Society - The Jewish Communities of the Arab World*, 1967 (sobre el papel de los comerciantes judíos y árabes); Goitien, "Formal Friendship in the Medieval Near East", *Proceedings of the American Philosophical Society*, 484, 15 de diciembre de 1971 (profunda referencia al significado de hermandad y su influencia en los comerciantes judíos y árabes).

⁸⁴ Para una descripción de la forma en que opera una promesa abstracta típica en la legislación sobre cartas de crédito, véase Kozolchik, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, pp. 454-482, 1966. Sin duda alguna, el concepto de abstracción busca promover la circulación de los bienes (incluyendo los documentos representativos). Su idea proviene del derecho de propiedad.

sobre documentos y no sobre los bienes cuyo dominio está 'representado' por dichos documentos".⁸⁵

Tampoco es causa el contrato de apertura de crédito celebrado entre el importador y su banco en Tucson, en el cual el primero, entre otras cosas, pudo haber prometido prepagar el crédito o pagarlo en un tiempo futuro, pues el banco de Mazatlán no es parte de tal acuerdo. De la misma manera, la causa no puede encontrarse en las relaciones existentes entre los bancos de Tucson y Mazatlán, pues el exportador mexicano tampoco es parte en ella. Por último, la causa tampoco puede ser encontrada en la relación existente entre el exportador mexicano y el banco confirmante, pues dicho exportador no está obligado contractualmente con dicho banco en Mazatlán; en efecto, puede perfectamente olvidarse de la existencia del crédito en el banco de Mazatlán, sin que este banco pueda hacer algo contra él.

A pesar de la ausencia de una causa contractual, en el sentido civilista de la palabra, el exportador mexicano beneficiario de la carta de crédito puede exigir que el banco de Mazatlán cumpla su promesa, apoyándose única y exclusivamente en dicha promesa. Y una vez que el banco de Mazatlán acepte una letra de cambio girada por el exportador mexicano, y dicha letra sea posteriormente transferida a un banco en New York, Londres o Frankfurt, el banco aceptante quedará obligado a pagar dicha letra, independientemente de que el contrato básico o subyacente haya sido la exportación de petróleo o el arrendamiento de una casa de dudosa reputación.⁸⁶

Indudablemente, el banco confirmante tiene su causa o base vinculatoria en la confirmación del crédito, pero esta causa no se encuentra en la transacción básica original. Más bien, se encuentra en el beneficio que deriva el banco, a consecuencia de la confianza depositada por terceros o "extraños", en sus promesas de pago o extensiones de crédito. Aquí descansa la principal diferencia entre las nociones de causa en los códigos civil y comercial.

Causa, para los propósitos del UCC, no es más que lo que cualquier comerciante participante regular en las transacciones de un mercado dado considere como valor adecuado al momento de emitir su promesa vinculatoria. Como el *animus donandi* es extraño a las transacciones comerciales, la promesa mercantil se entiende dada a cambio de un valor que es *percibido como tal* por los comerciantes. Éste no necesita haber sido inmediatamente recibido; en efecto, puede ser un valor futuro o un mero potencial, como en el caso, por ejemplo, de la promesa irrevocable del Código Uniforme de Comercio.⁸⁷

⁸⁵ *International Chamber of Commerce, Uniform Customs and Practices For Documentary Credits*, artículo 8 (a) (publ. 290, 1975). "En las operaciones sobre crédito documentado, todas las partes negocian sobre documentos y no sobre bienes." *Ibidem*.

⁸⁶ Véase UCC, sección 3-305 (b), comentario 6 (versión de 1972). Véase igualmente Kozolchyk, *op. cit.*, *supra*, nota 84, en 471-475, 534-540.

⁸⁷ UCC, sección 2-205 (versión de 1972).

El no comerciante bien puede no darse cuenta del valor mercantil de la promesa. Sin embargo, es deber de las cortes determinarlo; sin mirar lo que dice el contrato en la contraprestación, sino lo que las prácticas del mercado o los participantes en las transacciones consideran como valor comerciable.⁸⁸ Irónicamente, esta determinación a través del mercado ha resucitado la supuesta noción medieval de Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino sobre el precio justo, y le ha asignado un papel preponderante en las decisiones de las disputas comerciales.⁸⁹ La recurrencia al mercado para establecer los usos del comercio o lo que es “razonable” es inevitable cuando los términos del contrato son ambiguos, vagos o guardan silencio en ciertos aspectos clave.⁹⁰

La determinación del justo precio inspirada en el mercado es también común en el UCC, cuando se trata de decidir conflictos en donde una de las partes se ha aprovechado de la debilidad o falta de capacidad de la otra parte en el contrato.⁹¹ Por ello, la sección 2-302 sobre la mala fe en la compraventa ha sido utilizada para rescindir compraventas de carácter mixto (el caso de una compraventa comercial para el vendedor, pero civil para el comprador), en donde el consumidor débil o inexperto pagó un precio superior a dos veces y media el precio de mercado de la cosa comprada o donde la garantía prendaria que le exigió el vendedor se consideró excesiva.⁹² Por último, sorprendentemente, desde el punto de vista de cualquier código de comercio del siglo XIX, como el español o el mexicano,⁹³ las cortes en Estados Unidos se han apoyado en ciertas provisiones del UCC para aplicar la teoría “objetiva” de la lesión enorme en casos de disputas entre comerciantes experimentados, ni más ni menos que aplicando la misma teoría equitativa del justo precio, defendida por Pothier.⁹⁴ Se recordará, por ejemplo, que la Corte Federal de Apelación del Cuarto Circuito admitió prueba de la intención contractual en la decisión de Columbia

⁸⁸ Véase Kozolchik, *supra*, nota 61, 232.

⁸⁹ Véase nota 41, *supra* y texto acompañante.

⁹⁰ Véase, por ejemplo, UCC, secciones 2-204 (3) y 2-206 (1) (a) (2) (versión de 1972).

⁹¹ Véase, por ejemplo, *Toker v. Perl*, 103 N. J. Super. 500, 504, 247A 2d 701, 703 (1968). La Corte de primera instancia de New Jersey sostuvo que un contrato de venta por un precio fijo, dos y media veces superior al del mercado, no era exigible debido a la existencia de fraude en su perfeccionamiento y a su inherente carencia de razonabilidad. *Ibidem*, 504, 247A. 2d 701, 703. Véase también *Kugler v. Romain*, 58 N. J. 522, 279A. 2d 640 (1971); *Toker v. Westerman*, 113 N. J. Super. 452, 274 A.2d 78 (1970); *Central Budget Corp. v. Sánchez*, 279, N. Y S 2d 391, 392 (1967).

⁹² Véase *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D. C. Cir. 1965); *Toker v. Perl*, 103 N. J. Super. 500, 247 A.2d 701 (1968).

⁹³ Dice el artículo 385 del Código de Comercio mexicano: “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 fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento”. Para un comentario sobre los efectos de esta provisión en las ventas a plazos, véase Warren, “Mexican Retail Installment Sales Law: A Comparative Study”, *Revista de la UCLA* 10 15, 53-57, 1962. Véase también Kozolchik, *op. cit.*, *supra*, nota 61, p. 228.

⁹⁴ Véase texto en nota 33, *supra*.

Nitrogen para probar que, a pesar de la estipulación clara del precio (incluyendo aumentos automáticos del mismo), los usos del comercio caracterizaban tal tipo de estipulación como una mera aproximación o estimado que habría que dejarse de lado aunque los precios del fosfato cayeran vertiginosamente.⁹⁵ Debe también observarse que el justo precio en la mencionada decisión no se apoya en las reglas del UCC sobre saneamientos en la compraventa. Es cierto que el comentario oficial de la sección 2-313 expresa que: “para aclarar lo que las partes acordaron debe tenerse en cuenta el concepto de la buena fe. Igualmente, hay que considerar que es poco probable que una parte pretenda pagar un precio real a cambio de una pseudoobligación”.⁹⁶ Aun así, el cuarto comentario oficial a la sección 2-615, advierte que

El aumento de los costos, por sí solo, no justifica la inexecución del contrato, a no ser que dichos aumentos se deban a circunstancias imprevistas que hagan imposible el cumplimiento pactado. Ni las alzas ni las bajas del mercado constituyen, por sí mismas, esa justificación, pues precisamente éste es el tipo de riesgo que los comerciantes tratan de cubrir cuando fijan el precio.⁹⁷

Es importante anotar que la decisión en el caso Columbia no se apoya en la doctrina de la imprevisibilidad o *rebus sic stantibus*, sino en su opuesto. Si los comerciantes de fosfato consuetudinariamente responden a subidas o a caídas drásticas en el precio del mercado mediante el correspondiente ajuste del precio, esta regla sobre reajustes se impondrá en la Corte al acuerdo de las partes, a no ser que expresa y categóricamente la rechacen.⁹⁸

Desde mi punto de vista, como abogado comercialista considero superior la posición que sobre lesión y justo precio fue tomada en la decisión de Columbia Nitrogen, a la defendida en el comentario cuarto de la sección 2-615 del UCC, que es casi idéntica, entre paréntesis, a la sostenida por el decano Ripert al otro lado del Atlántico.⁹⁹ Me parece demasiado tajante la afirmación de que el alza o caída de los precios en el mercado sea “exactamente el tipo de riesgo que los comerciantes tratan de cubrir cuando fijan sus precios”. ¿Por qué no asumir que los riesgos varían con el tipo de mercado o de negocio? ¿O es que en el caso de Columbia Nitrogen debe homologarse al productor de fertilizantes con el especulador en valores bursátiles que se especializa en comprar en

⁹⁵ Véase nota 79, *supra* y texto que la acompaña.

⁹⁶ Véase el UCC, sección 2-313, comentario cuarto (versión de 1972).

⁹⁷ Véase UCC, sección 2-615, comentario cuarto (versión de 1972).

⁹⁸ Manifiesta el decano Ripert: “En tiempos de crisis, cuando la volatilidad de los valores y precios es particularmente intensa, sus transformaciones son constantes. El vendedor que no ha sufrido lesión el día de ejecución del contrato, la puede sufrir posteriormente, si el dinero que recibió como precio pierde su valor adquisitivo tres meses después y, al contrario, a pesar de la apariencia del contrato, él puede constituir un excelente negocio para la otra parte contratante[...]. Tal especulación es el alma del comercio. Admitir la rescisión sería destruirla.”

⁹⁹ G. Ripert, *op. cit.*, *supra* nota 25, en núm. 71 (traducción del autor).

mercados con tendencia a la baja? ¿Por qué no admitir que hay mercados donde la especulación es la norma y otros donde es la excepción?

D. Protección de los derechos de terceros

A diferencia del Código, el UCC consagra la protección de los derechos de los terceros o de partes ajenas a los participantes en la transacción original. Dentro de los terceros protegidos por las provisiones del UCC se encuentran: el comprador de buena fe de bienes vendidos por un comerciante, el legítimo tenedor de un título-valor, el beneficiario de una carta de crédito y el legítimo tenedor de la letra de cambio del beneficiario, el tenedor de un título representativo del dominio, el comprador de un establecimiento o fundo de comercio y el acreedor que presta dinero confiando en la titularidad que su deudor tiene sobre las facturas, equipo, mobiliario o inventario que le da en garantía, o en el registro de dicha garantía, en los casos de prenda con tenencia y sin ella.

Para que el tercero sea protegido por el UCC es necesario que haya dado un valor o contraprestación en términos aceptables en el mercado. Fuera de ello, debe haber actuado de buena fe. Ésta no sólo se determina por su honestidad en términos subjetivos, sino también averiguando si la entrega de valor o contraprestación es objetivamente razonable; es decir, si está de acuerdo con el comportamiento consuetudinario de participantes regulares en el mismo tipo de transacción.¹⁰⁰ Cuando el UCC quiere estimular al máximo el intercambio de un bien o valor, aminora el nivel de diligencia implícito en el requerimiento de la buena fe. En tales casos, al tercero sólo se le exige ser subjetivamente "honesto", lo que sólo significa que pudo haber actuado ilusamente en casos en donde otros comerciantes habrían actuado con mayor cuidado. Éste es el principio del llamado "tonto de buen corazón".¹⁰¹ Y al contrario, cuando el UCC desea proteger a los contratantes anteriores y a la intervención de un tercero, le

¹⁰⁰ Esta noción de buena fe está en desacuerdo con la versión negativa o del "excluyente semántico" propuesta por el profesor Summers. Esta idea parte del principio de que es más fácil definir la buena fe a través de la descripción de lo que no lo es. Summers, "Good Faith" en "General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Va. Law Review* 54, 195, 1968. A diferencia del "excluyente semántico", esta versión enfatiza el aspecto positivo de la descripción (o sea, lo que constituye buena fe) como un discreto y reconocible concepto en las provisiones del UCC y en los fallos, que establece que la buena fe puede ser definida recurriendo a los criterios de equidad del mercado. Estos criterios de mercado pueden considerarse conveniente, en algunos casos como en las transacciones del artículo o sección 3 del UCC, aminorar los criterios de diligencia y cuidado que se le exigen normalmente a un comprador de buena fe. Véase UCC, secciones 3-302 y 1-201 (versión de 1972); pero en general, él requiere "cumplimiento de un razonable criterio de lealtad comercial". UCC, sección 2-103 (versión de 1972). Para una discusión sobre los criterios del mercado en los fallos judiciales comerciales modernos, véase Kozolchik, *op. cit.*, *supra*, nota 61, pp. 258-264.

¹⁰¹ Summers, *op. cit.*, *supra*, nota 100, p. 211.

exige a los terceros la diligencia razonable o “comercial” en el tipo de actividad en que dichos terceros ordinariamente negocian.¹⁰²

E. La equidad de la costumbre en la adjudicación comercial

Jeremy Bentham fue quizá el defensor más entusiasta de la codificación y el crítico más severo del sistema de los precedentes judiciales en el derecho anglosajón. Paradójicamente, sin embargo, proveyó uno de los argumentos clásicos en favor de la aplicación judicial de la equidad de la costumbre mercantil. Al criticar el punto de vista aristotélico sobre la usura, que se basa en “la improductividad o esterilidad de la moneda” y en la imposibilidad de justificar el cobro de intereses por algo que no se reproduce, Bentham dijo: “Con anterioridad a la determinación de la costumbre, que emana de la convención o del contrato, es imposible determinar la existencia de algo llamado usura; si no es con base en lo que los contratantes comúnmente pactan, ¿cuál es el porcentaje de intereses que es naturalmente o de por sí, más justo que otro?”¹⁰³

Lo dicho por Bentham de un aspecto de la transacción comercial —el interés justo o equitativo cobrable por el dinero prestado— puede generalizarse como el criterio más común de equidad en las decisiones provenientes de los centros comerciales desarrollados en el mundo. En estos centros, los criterios de equidad se determinan por lo que la mayoría de los participantes en las transacciones consideran como equitativo al contemplar su propia ganancia o negociación.¹⁰⁴ Por ello, parafraseando a Bentham, donde prevalezcan criterios equitativos de mercado, antes de que se establezca lo que es la costumbre que surge de los usos y contratos no puede establecerse la norma de equidad comercial.

Obsérvese que, en contraste con los criterios de la “justicia contractual” del Código, el criterio de equidad de la costumbre comercial no es necesariamente contractual; puede o no serlo, dependiendo del grado en que el contrato

¹⁰² *Idem.* Aunque la diligencia es un componente del concepto de buena fe, definida con base en criterios de equidad del mercado, no puede concluirse que es aplicable a todo aspecto de la actividad comercial, aun en el contexto de la misma transacción. Por ejemplo, es probable que el nivel de diligencia y cuidado que se exija a un comerciante de buena fe adquirente de un cheque, sea menor que el exigido a ese mismo comerciante cuando está vendiendo o permutando los bienes a un consumidor, transacción a consecuencia de la cual, recibió el título-valor.

¹⁰³ J. Bentham *Defense of Usury, Letter IX The Works of Jeremy Bentham*, 1787. Bentham también expresó con respecto al mismo tema: “Pero si la usura es buena para los comerciantes, no veo por qué tenga que ser mala para los demás[...] Lo que quiero saber es qué hay en los comerciantes cuyo ejercicio pueda resultarles benéfico mientras puede resultar desastroso para los demás.” *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹⁰⁴ Para una discusión sobre los criterios de equidad, también referidos a los criterios del mercado en las decisiones o fallos comerciales contemporáneos, véase Kozolchik, *op. cit. supra*, nota 61, pp. 258-265.

se aproxime al uso o a la costumbre. Para empezar, en los centros comerciales desarrollados los contratos comerciales no son considerados, como si estuvieran escritos en inmutables tablas mosaicas. El griego Parménides seguramente hubiera rechazado las reglas del UCC, pues habría insistido en la idea de que en cada relación contractual solamente hay un contrato: el "verdadero" contrato. Sin embargo, el UCC trata el contrato de compraventa como si fuera el río de Heráclito, en permanente flujo que conduce a muchos posibles verdaderos contratos, dependiendo de la etapa en que se encuentra la relación contractual litigada en la Corte. Por ejemplo, si el problema litigado se refiere a la formación del contrato, el contrato puede ser localizado en la oferta irrevocable (con o sin contraprestación onerosa), en la comunicación oral seguida por una confirmación escrita (aceptada o no por la otra parte) o en la iniciación en serio de la producción de los bienes ordenados por el comprador, cuando se trata de ciertos productos.¹⁰⁵ Todos estos actos pueden ser considerados como "el contrato". Si por otro lado, el problema litigado está relacionado con la ejecución adecuada del contrato por cada parte, éste se entiende enmarcado en lo expresamente pactado por las partes o en el prevaleciente uso comercial o costumbre.¹⁰⁶ Finalmente, si de lo que se trata es de estimar los daños que se deben a consecuencia del incumplimiento del contrato, el UCC ha inspirado a las cortes a considerar acuerdos hipotéticos que compensarían a la parte perjudicada por el incumplimiento; incluso, por la supuesta pérdida en el volumen de las ventas futuras, un aspecto sobre el cual las partes nunca efectivamente negociaron.¹⁰⁷

¹⁰⁵ UCC, sección 2-201 (3) (a) y (b) (versión de 1972).

¹⁰⁶ UCC, sección 2-207 (3) y sección 2-208 (1) (versión de 1972).

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, *Neri v. Retail Marine Corp.*, 30 N. Y. 2d 393, 334 N. Y. S. 2d 165, 285 N. E. 2d 311 (1972) en donde la Corte dijo: "La conclusión que surge de los autos es de una claridad matemática, esto es, que 'la medida de los daños prevista en la subsección (1) es inadecuada para colocar al comprador en la misma posición como si el contrato hubiera sido cumplido'. UCC, sección 2-708, subsección (2)) y que también al amparo de la subsección (2) el vendedor tiene derecho a las utilidades (incluyendo gastos de nómina razonables) [...] conjuntamente con cualquier perjuicio sufrido[...] adelantos por costos generales en que haya incurrido y deudas por pagos o productos de la reventa." Es evidente, en primer lugar, que este minorista tiene derecho a sus utilidades y en segundo lugar, que la última frase de la subsección (2) citada y que se refiere a "deudas por pagos o productos de la reventa" no es aplicable a esta venta al por menor. Paralelamente cercana a esta situación de hecho está la situación hipotética planteada por el decano Hawklund como ilustración a la forma cómo funcionan las normas: "Por ello, si un particular acuerda venderle su automóvil a un comprador por \$2 000.00 dólares, el incumplimiento del comprador no le causará al vendedor pérdida alguna (excepto algún eventual daño como serían los gastos de una nueva venta) si fue capaz de vender el carro a otro comprador por la misma suma. Pero la situación es distinta cuando se trata de vendedores con un número ilimitado de artículos del mismo precio. Por ello, si un vendedor de automóviles acuerda con un comprador venderle uno de los automóviles por el precio estándar, el incumplimiento por parte del último causa perjuicios al vendedor aunque posteriormente pueda vender nuevamente el vehículo por la misma suma, pues aquel incumplimiento y la posterior reventa del vehículo ha privado al vendedor de una venta ya que si el comprador incumplido hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, el vendedor habría hecho dos ventas en lugar de una. El incumplimiento del comprador reduce las ventas en una y la medida de los daños será la ganancia de una venta. La sección 2-708 reconoce esto y rechaza la regla elaborada por

F. El prototipo del sujeto del derecho comercial: el comerciante decente y razonable

Levin Goldschmidt, el gran historiador alemán del derecho comercial en el siglo XIX, dijo del comerciante arquetipo:

Nosotros hemos enfatizado la importancia de la influencia ejercida por las condiciones y puntos de vista económicos, y por las consideraciones éticas (*Treu and Glauben, bona fides*) en la formación del derecho comercial. El genio ético jurídico de la antigüedad clásica y especialmente de los romanos creó un modelo válido para todos los tiempos, el comerciante honesto (*bonus viris*), equidistante del brutal egoísmo y de la renuncia espiritual.¹⁰⁸

Karl Llewellyn, uno de los principales redactores del UCC, parece haber estado influenciado por Goldschmidt cuando expresaba su pensamiento a los abogados de Tennessee: "El modo de redactar un buen código comercial es indicando lo que uno cree que debe hacerse, y asumiendo que los destinatarios de la norma jurídica actuarán decentemente".¹⁰⁹

¿Cómo espera el UCC que este comerciante decente y razonable se comporte mientras actúa como un participante regular en las transacciones comerciales? Primero que todo, el UCC considera decente y razonable la búsqueda común y recíproca de utilidades. En los casos de compraventas, la buena fe significa "honestidad y cumplimiento de criterios razonables de equidad en las transacciones comerciales". Como se dijo antes, la noción del justo precio apoyado en los criterios del mercado, es la base de lo que el UCC considera justo y equitativo.¹¹⁰ En contraste con los códigos civiles y comerciales del siglo XIX, tanto en Europa como en América Latina, el UCC considera válido un contrato de compraventa aunque nada se hubiera estipulado sobre precio, tiempo y lugar de pago de dicho precio o entrega de los bienes vendidos. El UCC pide a quien analiza los hechos de un caso controvertido encontrar un "precio razonable" apoyándose en los precios del mercado del lugar de la transacción y teniendo en cuenta también los de los lugares vecinos.¹¹¹

Pari passu, la base de la teoría de la compensación por incumplimiento del contrato busca colocar la parte perjudicada "en la misma posición en que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido".¹¹²

las cortes bajo la Ley Uniforme sobre Ventas con base en la cual se negaba el derecho a las utilidades en este caso". Hawkland, "Sales and Bulk Sales", *Fordham Law Review*, 749, 755-756, pp. 153-154, véase comentario.

¹⁰⁸ L. Goldschmidt, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 35.

¹⁰⁹ Llewellyn, "Why a commercial Code" *Tenn. Law Review*, 22, 779-782, 1953.

¹¹⁰ Véase el texto en las notas 89-99, *supra*.

¹¹¹ UCC, sección 2-201, comentario núm. 1 (versión de 1972).

¹¹² UCC, sección 2-708 (versión de 1972). Véase también *Neri v. Retail Marine Corp.*, 30 N. Y. 2d, 393, 399-400, 334 N. Y. S. 2d 165, 170, 285 N. E. 2d 311, 314 (1972).

Si los daños reconocidos no colocan a la parte perjudicada en dicha posición, el UCC exige que la Corte determine las utilidades que el perjudicado hubiera obtenido si la otra parte hubiera cumplido. Por ello, si el perjudicado es el vendedor, la Corte debe tomar en cuenta renglones tales como gastos generales "razonables", o la diferencia entre los costos y el precio del contrato para determinar las utilidades.¹¹³ Las nociones de lo que es decente y razonable respecto al tema que nos ocupa también fueron descritas por Bentham:

Si se habla de intercambio, se habla de dos transferencias, cada una de las cuales tiene sus propias ventajas. La ventaja para cada una de las partes contratantes es la diferencia entre el valor de lo que él entrega y el valor de lo que recibe. En cada transacción de esta clase se encuentran dos nuevas fuentes de goce. En esto consiste la ventaja del comercio.¹¹⁴

Para clarificar las implicaciones de las ventajas recíprocas, Leon Fuller citaba a un famoso teórico en el campo de la administración comercial:

La regla debe ser que, en lo posible, usted da lo que le es menos valioso pero es más valioso para quien la otra parte y recibe lo que es más valioso para usted pero menos valioso para quien le transfiere. Esto es buen sentido común, buen sentido de los negocios, buen sentido social, buena tecnología y es la base acrisolada de verdaderas y amistosas relaciones de cualquier índole.¹¹⁵

En general, cuando aplican el UCC, las cortes adoptan el mismo punto de vista sobre decencia y razonabilidad. Como lo planteaba el juez Friendly cuando trataba de dilucidar el significado de la palabra "pollo" (*chicken*) en el famoso caso de *Frigalment Importing Co. Ltda. v. B.N.S. International Sales Corp.*,¹¹⁶ "el demandante, al leer la cotización de los precios de 'pollos', tenía que suponer que el demandado quería obtener alguna utilidad; en verdad él no podía presumir que dicho demandado voluntariamente hubiese querido usar una acepción de 'pollos', que significaba perder o donar su ganancia".¹¹⁷ Por ello, la actitud del comerciante decente y razonable del UCC requiere lo que una Corte de Apelación de California describía como "un acuerdo presunto de buena fe y de comportamiento equitativo, de tal suerte que ninguna de las partes haga algo que perjudique el derecho de la otra parte a obtener las ganancias que ésta esperaba obtener del acuerdo".¹¹⁸ Obviamente, tal acuerdo presupone un mini-

¹¹³ Véase *Neri v. Retail Marine Corp.*, 30 N.Y. 2d 393, 334 N. Y. S. 2d 165, 285 N.E. 2d 311, (1972).

¹¹⁴ 1 J. Bentham *Works*, 331, 1859, citado en L. Fuller y M. Eisenberg, *Basic Contract Law*, 100, 3a ed., 1972.

¹¹⁵ L. Fuller, y M. Eisenberg, *op. cit.*, *supra*, nota 114, p. 100.

¹¹⁶ *Frigalment Importing Co., Ltd. v. V.B.N.S. Int'l Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116 (S.D.N.Y. 1960).

¹¹⁷ *Ibidem*, en 120.

¹¹⁸ *Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp.*, 42 Cal. App. 3d 515, 519, 116 Cal. Rptr. 57, 60, 1974 (se omiten las citas).

mo de cooperación entre las partes de la lucha aparentemente antagónica por la obtención de utilidades.

Un elemento característico de esta cooperación es la confianza en la palabra de la contraparte. El hombre decente y razonable del UCC debe esperar y retribuir la confianza en sus poderes y garantías, especialmente de los demás comerciantes.¹¹⁹ Además, debe actuar honesta y lealmente en aquellos casos en que está provisto de acciones y decisiones extrajudiciales como la de recompra o de reventa de bienes en un contrato de compraventa incumplido por la otra parte,¹²⁰ o la de pagar a los acreedores del vendedor en caso de su compra de un establecimiento de comercio,¹²¹ o la del remate extrajudicial del bien dado en garantía.¹²² Precisamente por esta confiabilidad se le permite servir como testigo de su propia acción en aspectos tales como la intención contractual, estipulaciones contractuales o usos comerciales.¹²³

Por último, el UCC parte del supuesto de que el comerciante decente y razonable posee un mínimo de habilidades profesionales y de diligencia. Por ello, define al comerciante como la persona:

que por su ocupación o por la clase de bienes con que negocia tiene las habilidades y el conocimiento propios de su ocupación o de los bienes con los cuales negocia, o a quien se le puede atribuir dicho conocimiento y habilidad por el hecho de servirse de una comisionista o corredor, o cualquier otro tipo de intermediario que por su ocupación tiene aquel conocimiento o habilidad.¹²⁴

Al partir de tal supuesto el UCC no considera indecente o carente de razonabilidad, por ejemplo, vincular a un comerciante a los términos de una “confirmación” enviada por otro comerciante y no respondida u objetada dentro de los diez días siguientes a su recibo.¹²⁵ Igualmente, considera decente y razonable

¹¹⁹ Establece el UCC, en la sección 2-314, comentario 2 (versión de 1972) lo siguiente: “El problema de cuando [una supuesta garantía de comerciabilidad] se impone, debe buscarse en el significado de los términos del contrato en cuanto sean reconocidos en el comercio. Bienes entregados bajo un contrato hecho por un comerciante en determinado campo del comercio deben ser de una calidad igual a la generalmente aceptada en dicha línea de comercio bajo la descripción o en cualquier otra forma de designación de los bienes objeto del acuerdo.”

¹²⁰ Véase, por ejemplo, UCC, sección 2-706 (1) (versión de 1972) en donde se requiere que la venta sea hecha “de buena fe y en una forma comercial razonable”. Para una similar provisión en caso en que el comprador esté autorizado a recomprar, véase UCC, sección 2-712 (1) (versión de 1972).

¹²¹ Véase, por ejemplo, secciones 6-106 y 6-109 (2) (secciones opcionales) (versión de 1972), del UCC.

¹²² Véase, por ejemplo, UCC, sección 9-504 (3) y (4) (versión de 1972).

¹²³ UCC, sección 2-202, comentario 2 (versión de 1972).

¹²⁴ UCC, sección 2-104 (1) (versión de 1972).

¹²⁵ El comentario 3 de la sección 2-201 (2) de la versión de 1972 del UCC, establece: “La falta de confirmación escrita en un contrato dentro de los diez días siguientes a su recibo, entre comerciantes, equivale a un escrito bajo la subsección (2) y es suficiente contra las dos partes, bajo la subsección (1). El único efecto, sin embargo, es el de eliminar cualquier defensa que la parte que la omitió pretenda

dar prioridad a una acreedor que ha registrado primero su garantía sobre aquello o que no lo ha hecho, aunque el primero esté consciente de la existencia del primer acreedor.¹²⁶ En otras palabras, del comerciante decente y razonable se exige que sea diligente al responder su correspondencia comercial y al registrar sus garantías o prendas.

Para evitar que de lo dicho anteriormente se concluya que el comerciante honesto y razonable es un parangón de virtud, es apropiado ahora examinar la naturaleza y alcance de los principios que rigen la adjudicación comercial.

G. Principios generales en la adjudicación mercantil

Los principios generales que rigen en el campo de las decisiones judiciales de carácter comercial tienen un alcance mucho más reducido que aquellos que se aplican en el campo civil. A pesar de los intentos permanentes para "objetivizar" o generalizar la ley comercial, ésta es, por esencia, la ley de los comerciantes. Banqueros, aseguradores, comerciantes mayoristas y minoristas, transportistas, almacenes generales de depósito y corredores hacen su propia ley por el simple hecho de estar desempeñando una función esencial en las transacciones del mercado.

Los principios generales que emergen de este modo de crear el derecho están, por necesidad, limitados por la naturaleza de los negocios y por el contexto de hecho de cada tipo de transacción. Un intento de aplicar o elaborar principios tan generales como los del Código (por ejemplo, aplicables a "personas", sin distinción de clase o profesión, o a bienes, sin distinción en cuanto al contexto de la transacción) está destinado a crear intolerable confusión e inconsistencia. Tómese, por ejemplo, el principio de que "en materia de muebles, posesión equivale a título".¹²⁷ Supuestamente, este principio podría garantizar indistintamente la reclamación que haga un banco a la posesión de los bienes, basada en su posesión del escrito de prenda, o la reclamación que haga el comprador de los bienes con base en la posesión del conocimiento de embarque, o la que haga el transportista apoyada en la posesión de los bienes transportados y así sucesivamente. Para resolver tales disputas, es necesario indagar qué clase de acreedor es el poseedor. Ésta es otra forma de plantear interrogantes como: ¿Quién financia a quién?; ¿cómo se logra la financiación

invocar con base en el Estatuto de Fraudes. Se da por supuesto que, desde un punto de vista procedimental, cuando un demandado invoca como su única defensa el Estatuto de Fraudes y dicha defensa es rechazada, los efectos de dicho rechazo tienen un significado mayor de lo que el comentario le podría hacer creer a uno."

¹²⁶ Véase, por ejemplo, UCC, sección 9-312, e comentario 4, ejemplo núm. 1 (versión de 1972).

¹²⁷ Código Civil, artículo 2279 (traducción del autor).

y cómo contribuye a la liquidez del patrimonio del deudor y con ello a la comercialización de los bienes raíces en cuestión?¹²⁸

Dada esta multiplicidad de intereses contrapuestos, lo que constituye el principio adjudicativo cardinal en materia comercial es la selección de la regla de comportamiento más compatible con el ejercicio del comercio, por los participantes “claves” en cada tipo de transacción. Así, por ejemplo, el principio que afirma que “los bancos negocian con documentos y no con bienes”,¹²⁹ sólo puede ser entendido y aplicado en el contexto del examen de los documentos en el crédito documentario. Aunque este principio representa un consenso de lo que es la función del banco en el examen de los documentos presentados por el beneficiario, no podría extenderse, por otra parte, a la fase ulterior del reembolso al banco por el ordenante, ni al remanente de los bienes que sirven de garantía al banco víctima del incumplimiento de tal obligación.

Cuando las prácticas comerciales chocan entre sí, también entran en conflicto los principios generales respectivos. Ese es el caso, por ejemplo, de los principios que regían la expedición de los conocimientos de embarque al final de la Primera Guerra Mundial. Los bancos consideraban la forma de conocimiento “recibido para embarque” (en contraste con la “recibida a bordo”) inconsistente con el principio justificativo del conocimiento, como documento representativo de la propiedad; a la par que las compañías navieras lo consideraban esencial para aplicar el principio de limitación de la responsabilidad del armador por riesgos previos al embarque de la mercadería. *Mutatis mutandis*, como la definición del “comerciante” dada por el UCC no incluye a los consumidores y como éstos no participan en el proceso de formulación de las leyes comerciales, la protección que pueden esperar de los principios generales en la adjudicación comercial es muy reducida. Esto es particularmente cierto en

¹²⁸ Un caso típico del análisis que se refiere en el texto es el siguiente: “¿Se perjudica un acreedor quirografario embargante, por el hecho de que su derecho a recuperar su crédito esté subordinado al derecho de un acreedor prendario que, de acuerdo con el contrato, puede hacer ‘futuros’ préstamos garantizados con la misma prenda? Supongamos que el acreedor prendario hace dos préstamos: uno el 1 de abril y otro el 1 de mayo. El embargo del acreedor quirografario (y que configura una prenda legal) ocurre el 15 de abril. Si dichos bienes (póngase por caso una maquinaria) se logran vender inmediatamente, el acreedor podrá recuperar remanentes (después de pagar el préstamo del 1 de abril, obviamente si no existen otros créditos privilegiados). Pero si la venta se pospone hasta después del 1 de mayo, el embargante todavía puede recuperar remanentes pero ahora disminuidos, pues hay que pagar el préstamo del 1 de mayo. Sin embargo, los activos del deudor no se han disminuido, ya que el préstamo del 1 de mayo compensa la disminución en los derechos de remanentes en la maquinaria. El acreedor quirografario recibe ahora menos por la venta de la maquinaria pero su expectativa de recuperar su crédito del resto de activos del deudor (el cual ahora incluye el préstamo del 1 de mayo) es tan buena o, si se quiere, mejor, pues el deudor tiene ahora capital de trabajo. A pesar de que el acreedor del ejemplo no tenía originalmente ninguna garantía, no parece perjudicarse por el hecho de su subordinación al acreedor prendario privilegiado que hace futuros préstamos, tanto en el caso en que posponga la venta como en el caso de que decida pedir la quiebra de su deudor”. 2 G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, 939, 1965.

¹²⁹ Véase *International Chamber of Commerce*, *supra* nota 85.

aquellos casos en que los principios generales tiene como soporte prácticas comerciales tradicionales.

Tómese, por ejemplo, el caso de un consumidor que firma un pagaré por bienes o servicios inferiores o distintos a los que hubiese querido adquirir. Supóngase que el pagaré llega a las manos de un banco que lo ha adquirido en debida forma de su tenedor. ¿Podría el consumidor-girador demandado alegar que él había firmado el pagaré debido a maniobras engañosas del vendedor y, en consecuencia, objetar la reclamación del tenedor apoyándose en el principio general de que "el fraude lo corrompe todo"? La respuesta del derecho comercial en Estados Unidos, por lo general, era negativa hasta hace muy poco. Desde un punto de vista estrictamente comercial o gremial, la Corte norteamericana tendría en consideración el hecho de que la parte contratante era capaz de crear el título-valor y que este título, en sí (en contraste con el contrato subyacente), no estaba, por tanto, viciado de origen.¹³⁰ En otras palabras, el pagaré en cuestión no había sido falsificado, a pesar de los vicios que aquejaban la compraventa.

Esta tradición "anticausal" ha provocado en Estados Unidos reacciones legislativas y administrativas encaminadas a darle mayor protección al consumidor. Entre las nuevas medidas se puede citar: la protección contra la falta de conmutatividad en la compraventa de la sección 2-302 del UCC¹³¹ el requerimiento de una audiencia judicial con debido proceso de ley en los ejecutivos prendarios¹³² y la descalificación de los tenedores de títulos de crédito emanados de compraventas o rendición de servicios a consumidores como tenedores en debida forma.¹³³ Tales medidas, claramente, no provienen de principios de

¹³⁰ Véase *Reading Trust Co. v. Hutchinson*, 35 D. y C. 2d 790 (Pa. C. P. 1964).

¹³¹ UCC, sección 2-302 (versión de 1972).

¹³² Véase *Fuentes v. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972); *Sniadach v. Family Finance Corp.*, 395 U.S. 337 (1969).

¹³³ Véase 16 CFR, sección 433, 1975, 16 CFR, sección 433.2 (1975), establece que: "En cualquier venta o arrendamiento de bienes o servicios a consumidores y que pueda catalogarse como comercial en el sentido en que la expresión es definida en el Estatuto de la Superintendencia Federal de Comercio, se considera un acto de práctica desleal y engañosa, en el sentido en que la expresión es usada en la sección 5 del Estatuto, el hecho de que el vendedor directa o indirectamente: a) Obtenga un contrato de venta a crédito que no contenga la siguiente leyenda resaltada en tipo de imprenta: Información.- Cualquier adquirente de este contrato de compra-venta a crédito está sujeto a todas las defensas y reclamaciones que el deudor pueda invocar contra el vendedor de bienes o servicios obtenidos de acuerdo con él o sus productos. La reclamación del deudor no podrá exceder lo que él ha pagado de acuerdo con el contrato. b) Acepte como pago total o parcial de dicha venta o arrendamiento el producto del financiamiento de la compra (tal como la expresión es definida en el Estatuto), a no ser que cualquier contrato de venta a crédito que se haga en relación con tal financiamiento, contenga la siguiente provisión, resaltada en tipo de imprenta: Información.- Cualquier tenedor (o adquirente) de este contrato está sujeto a todas las defensas y reclamaciones que el deudor pueda invocar contra el vendedor de bienes o servicios obtenidos con los productos de éste. El deudor no podrá reclamar más de lo que ha pagado con base en el contrato. Véase también *Guidelines on Trade Regulation Rule Concerning Preservation of Consumers' Claims and Defenses*, 41 Fed. Reg. 20 022 (1976).

derecho comercial. Por otra parte, una sentencia que rechaza la demanda de un fumador de cigarrillos contra el productor, por estar tal demanda basada en el alegado incumplimiento por este último de la garantía de comercialidad, el producir los cigarrillos comprados un cáncer pulmonar al comprador-consumidor, sí está apegada a principios de derecho comercial. Esto se debe a que la garantía de comerciabilidad mira al uso *comercial* de lo vendido y protege al *comerciante* en su mercadeo y posibilidad de reventa; y, de acuerdo con el tribunal, los cigarrillos comprados por el demandante, a pesar de los daños a su salud, eran exactamente iguales a cualesquiera otros cigarrillos de la misma marca y a los otros cigarrillos existentes en el mercado.¹³⁴ Así, el tribunal aplicó un principio comercial a su demarcación ortodoxa,¹³⁵ restringiendo el ámbito de la garantía al usuario mercantil.

En resumen, mientras el comerciante honesto y razonable es más cooperativo y confiable que el propietario egoísta del Código, está bien lejos de ser el hombre que se comporta en la misma medida de hermandad y altruismo que el buen padre de familia actuando en asuntos familiares. Su moralidad es gremial y excluyente de los que no son miembros del gremio.

4. LA COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

La comercialización del derecho civil se perfila al examinar el destino de las instituciones consideradas "eminente o esencialmente" civiles por gran parte de los autores del Código.

Portalís afirma que la propiedad mueble pertenece al campo del derecho comercial, mientras que la inmueble pertenece al dominio del derecho civil.¹³⁶ Sin embargo, en la actualidad puede decirse que existen muy pocos códigos comerciales "objetivos" o de actos de comercio que no enuncien como comercial el acto que tiene como objeto un inmueble, cuando éste se efectúa con el fin de obtener utilidades. De hecho, la progresiva comercialización de la propiedad, cualquiera que sea su tipo, origen o propósito, es observable en las siguientes tendencias:

1. El principio de la ley civil de que el deudor es responsable con todos sus bienes respecto a la totalidad de sus deudas (la prenda general de los acreedores) se ha ido desvirtuando poco a poco. La tendencia moderna gira

¹³⁴ *Green v. American Tobacco Co.*, 391 F. 2d 110 (5 Circ. 1.9698) (Simpson, J., en desacuerdo), adoptada, 409 F. 2d 11.166 (5 Circ. 1969).

¹³⁵ Véase UCC, sección 2-314, comentario 2 (versión de 1972). Este comentario está citado en la nota 119, *supra*.

¹³⁶ Véase, en general, Ducharme, "Les Operations Immobilières et le Droit Commercial", *La Revue Du Notariat*, Canadá, 81, 5, 1978.

hacia una responsabilidad apoyada en derechos reales de garantía sobre bienes específicos.¹³⁷

2. Las operaciones de garantía se han ido fragmentando e independizando; por ejemplo, la garantía real puede ser mirada como independiente del contrato del cual surge. Por ello, el *Grundschuld* (o deuda territorial) alemán no es una obligación accesoria al contrato principal de mutuo. Esta garantía, en la forma de bonos o escrituras, puede ser creada independientemente del hecho de que a la fecha de su perfección el préstamo se hubiera hecho, y así refuerza su creciente comerciabilidad.¹³⁸
3. Derechos reales, como el usufructo, tienen su valor económico independiente.¹³⁹ Además, algunas transacciones consideradas tradicionalmente civiles, como ciertos arrendamientos de largo plazo, han caído dentro del campo del derecho comercial al quedar sujetos a la venta de una universalidad en casos en que el arrendamiento sea parte de un establecimiento de comercio (*fond de commerce*).¹⁴⁰ Este tratamiento, en gran medida, es consecuencia de una tendencia que busca darle una mayor protección a terceros acreedores. Esta misma preocupación ha llevado, en materia de bienes inmuebles, a reglas de carácter abstracto, en vez de causal. En otras palabras, el futuro del derecho inmobiliario no pertenece al sistema de la supremacía contractual vigente hasta 1855, con su secuela de garantías secretas no registradas, sino al *Grundbuch* alemán,¹⁴¹ un sistema ideado para proteger a aquellos que adquieren propiedad o prestan dinero, confiados en un registro o en la apariencia de una protección legal a un derecho real existente.

Una decisión de la Cour de Cassation¹⁴² de 1939, particularmente ilustrativa de la tendencia, decidía el caso de una venta simulada de un inmueble entre padre

¹³⁷ El artículo 2093 del Código Civil francés establece que "Los bienes del deudor constituyen la prenda común de los acreedores, y su precio será distribuido entre todos ellos a prorrata, a no ser que existan cláusulas de preferencia entre ciertos créditos" (traducción del autor). Véase Kozolchyk, *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 333 (en donde se discute el principio de la garantía específica en la ley moderna sobre registro de inmuebles y se refiere a la desaparición en México, de la práctica muy común hasta finales del siglo XVIII de crear hipotecas sobre toda la propiedad del deudor incluyendo bienes futuros). Para un uso imaginativo de la especificación en la ley sobre transacciones garantizadas modernas, véase ucc, sección 9-105, 9-106, 9-109 y 9-204 (versión de 1972) (clasificación y definición de propiedad personal o mueble).

¹³⁸ Véase *Bürgerliches Gesetzbuch*, artículos 191-198. Estos artículos se discuten en 2 L. Enneccerus, T. Kipp, y W. Wolff, *Tratado de derecho civil*, pp. 189-192, 8ª ed., 1948.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, Código Civil de Luisiana, artículo 568, adicionado por el Estatuto núm. 103 de 1976; véase también *Report by the Committee for the Revision of Book II, of the Louisiana Civil Code of 1870*, reimpreso en *Special Pamphlet-Civil Code Book II*, 49-72, West, 1978.

¹⁴⁰ Decreto núm. 53-960 de 30 de septiembre 1953, en Código de Comercio, 475-486, Dalloz, 1976.

¹⁴¹ Véase Kozolchyk, *op. cit.*, *supra*, nota 42, pp. 314-316.

¹⁴² Fallo de 25 de abril 1939, Cass. Civ. D.P. 1940.1.12. Esta decisión se discute en A. Weill, y F. Terre, *op. cit.*, *supra*, nota 17, pp. 307-310. Véase también fallo del 13 de diciembre 1962, Cass. ass.,

e hijo, e impugnada de nulidad por algunos de los herederos después de que el hijo-propietario la hipotecó a un tercero. A pesar de que la petición de declaratoria de nulidad por simulación se apoyaba en pruebas documentales respecto a la verdadera intención de las partes en la compraventa, la Corte decidió proteger al acreedor hipotecario “debido al error que la fuerza de la apariencia había creado en el acreedor, motivándolo a efectuar el préstamo, dado el título ostensible que tenía el deudor propietario”.¹⁴³

De la misma manera, el contrato civil de mandato ha incrementado su carácter abstracto protegiendo al tercero que contrato con el mandatario bajo la apariencia de tener suficientes poderes para vincular al mandante, contra cualquier reclamación o defensa del mandante o mandatario basada en un supuesto abuso o extralimitación del poder de representación.¹⁴⁴

Finalmente, las formalidades se reducen y se hacen menos sacramentales y el valor de plena prueba de los “actos auténticos” o escrituras públicas ha dado paso a las correcciones de errores materiales.¹⁴⁵

5. LA CIVILIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL

En tanto que la comercialización de la ley civil es ampliamente reconocida y entendida, no ocurre lo mismo con la “civilización” del derecho comercial. El principal motivo de esta incomprensión radica en un falso concepto de esta certidumbre o predecibilidad en materia mercantil.¹⁴⁶ Se da por supuesto hoy, como antaño lo fue por los seguidores de Bentham, Locke, Turgot y los fisiócratas en la época de la precodificación francesa del siglo XVIII, que el comercio sería perjudicado con la aplicación de reglas “civiles” como la *laesio enormis*. Me viene a la memoria el decir de un famoso mercantilista inglés que le pedía al juez comercial el otorgamiento de un fallo “categórico, favorable o adverso, pero claro, para saber a qué atenemos los futuros litigantes”. Recuerdo también una obra de George Bernard Shaw titulada *Killing for Sport*, en la cual

plen., D. 1963.1.277, discutida en *supra* nota 53, en donde se aplica el mismo principio de protección de derechos o de la apariencia legalmente protegida.

¹⁴³ A. Weill y F. Terre, *op. cit.*, *supra* nota 17, p. 308 (traducción del autor).

¹⁴⁴ Véase nota 53, *supra*.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, *Wilson v. Levy*, 234 La. 719, 101 So. 2d 214 (1958).

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, lo dicho por lord Mansfield en *Vallejo v. Wheeler*, 99 Eng. Rep. 1012 (1774): “El objetivo de todas las operaciones comerciales debería ser la certidumbre”. Vallejo es citado en R. Speidel, R. Summers, y J. White, *Commercial and Consumer Law*, 656, 2ª ed., 1974. En sus comentarios sobre la contribución de Hugo Grocio a la filosofía moderna del derecho, Michel Villey, de la Universidad de París, dice lo siguiente: “Mais l'Europe moderne a cessé de s'intéresser à la justice (au sens aristotélien du mot). Elle a désormais d'autres buts. Cette métamorphose du droit répond aux desirs, aux besoins de la classe bourgeoise commerçante, de sécurité dans la richesse et les transactions commerciales; d'un droit réglementé rigide, aux solutions prévisibles”. M. Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, 623, 1975.

el autor aconsejaba al lector que no se dejara engañar por la apariencia celestial de un gurú, recién amanecido el día, mientras caminaba cuidadosamente sobre un bello césped, sus ojos aferrados al suelo, pendiente de no pisar a la criatura más mínima. Esperad, decía Shaw, a que este mismo gurú llegue a dormir la siesta a su cuartucho húmedo y caliente y un mosco o cualquier otro insecto se le pose en su nariz. Consciente de la probable reacción del gurú contra el animal perturbador del sueño, uno puede preguntarse si aquel abogado inglés le hubiese dado su "enhorabuena" a un fallo que estableciera un principio tal como, por ejemplo, "ningún litigante puede cobrar honorarios por sus gestiones infructuosas ante la Corte", u otro que estableciera que "su cliente, no obstante ser tenedor tercero de buena fe de un título-valor, está sujeto a todas las defensas reales y personales que el demandado quiera proponer".

La moraleja no se refiere solamente a la desconfianza en las apariencias, sino también a la existencia de ciertos límites respecto a la moralidad de las reglas con las cuales un abogado comercialista puede convivir. En principio, son aceptables las que promueven la práctica provechosa de los negocios. Por esta razón, la predecibilidad de la regla consuetudinaria no deriva del hecho de haber sido formalmente incorporada a la legislación, sino de la circunstancia de que la costumbre, más que cualquier otra fuente, refleja lo que los comerciantes hacen y piensan que debería hacerse para continuar ejerciendo el comercio. Las cortes reconocen este principio al decir que "las buenas prácticas comerciales hacen buenas leyes".¹⁴⁷

Por las mismas razones, puede decirse que las "buenas" prácticas comerciales o aquéllas ampliamente aceptadas y probadas son predecibles aunque no estén formalmente incorporadas al cuerpo legislativo. De ahí que la certidumbre o la posibilidad de predecir la resolución judicial de una disputa para los comerciantes no provenga de la existencia de una regla de derecho positivo, sino de que esa regla coincida con prácticas arraigadas y con las expectativas de comportamiento mercantil. No obstante, estas prácticas pudieron haberse forjado sin tener en mente un tipo o varios tipos de disputas, o pudieron haber sido concebidas como aplicables exclusivamente a comerciantes o sólo a un grupo o a una clase de ellos. Éstas son las situaciones en las cuales la equidad comercial, en su forma pura, se pone de manifiesto.

Las prácticas comerciales son normalmente expresadas en forma de principios, no de reglas. Éstas, como lo dicen Hart y Sacks a sus estudiantes de Harvard,¹⁴⁸ son las más precisas directrices legales; requieren, para su aplicación, la determinación del acaecimiento positivo o negativo de eventos y hechos.¹⁴⁹ Los principios, por ser más generales y abstractos, no requieren

¹⁴⁷ En *Re Portland Newspaper Pub. Co., Inc.*, 271 F. Supp. 395, 400 (D. Ore 1967).

¹⁴⁸ H. Hart, Jr. y A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, p. 155, 1958.

¹⁴⁹ *Idem*

referencia al acaecimiento de eventos. Ellos describen el resultado normativo deseado y a veces incluyen, bien sea expresa o implícitamente, una justificación del resultado.¹⁵⁰

Considérese, por ejemplo, un principio muy arraigado en la regulación sobre créditos documentarios: "El cumplimiento de los términos del crédito debe ser estricto. No pueden aceptarse documentos que sean casi iguales a los pedidos en la carta de crédito o que funcionen como su equivalente".¹⁵¹ Este principio propugna una práctica en los negocios bancarios que requiere una verificación diligente de los documentos presentados, con el fin de establecer si, exactamente, coinciden con los requeridos; en vez de una verificación que busque establecer si, de acuerdo con el negocio básico o subyacente, hay o no cumplimiento causal. Supóngase que el crédito exige la presentación de una factura que describa la mercancía como "peróxido de hidrógeno" y en la factura se describe simplemente como H₂O₂. La Corte, casi seguramente, invocará el principio del estricto cumplimiento y rechazará la respectiva factura.

Pero el principio no le pide al banco que actúe como un autómatas que compare y confronte letra por letra los textos en cuestión. El principio asume que quien verifica puede usar su propio juicio con el fin de comprobar lo que es un cumplimiento "estricto" y qué documento tiene la categoría de "igual" a lo pedido. Más aún, el principio y la práctica en que se basa no prescriben el rechazo de una descripción que, aunque literalmente distinta, de hecho es la misma requerida por todos los importadores del mismo producto y en la misma plaza. Por ello, si bien es cierto que el banco no está obligado a aceptar la supuesta "discrepancia", de estar el banco seguro de la igualdad de acepción entre H₂O₂ y peróxido de hidrógeno, su cliente-ordenante no tiene una verdadera base para alegar que el banco ha ignorado las prácticas y expectativas mercantiles al aceptar la referida descripción. Es precisamente con respecto a tal tipo de alegato por parte del ordenante que el antiguo decano Hamel sugería que "la equidad mercantil se rebela" (*l'équite commerciale s'insurge*).¹⁵²

La referencia de Hamel a la fuente comercial de la equidad es pertinente entonces porque la pretendida discrepancia o irregularidad en el ejemplo anterior tiene su origen precisamente en una práctica comercial bancaria y, como se ha visto anteriormente, son las prácticas comerciales las que forjan la llamada equidad de mercado. Por ello, la elaboración de toda ley comercial

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 159.

¹⁵¹ Véase el fallo de *Equitable Trust Co. v. Dawson Partners*, 25 *Lloyds's List L.R.* 90 (1926) (Engl.); 27 *Lloyd's List L.R.* 52 (1926) (Engl.) Este fallo es fundamental en el campo de las cartas de crédito; se discute en B. Kozolchyk, *Commercial Letters of Credit in the Americas*, pp. 416-420, 1966.

¹⁵² Hamel, "Reflexion sur le Credit Documentaire", *Swedish Association for Maritime Law, Liber Americorum of Congratulations to Alcot Bagge*, 108, 1955. "Contre ce principe d'autonomie, s'il est poussé à l'extreme, l'équite commerciale s'insurge." *Ibidem*, p. 111. Para una discusión contemporánea del mismo tema, véase a Epshtein y Bontoux, "Reflexions sur la Formalisme du Credit Documentaire", *Revue de la Banque*, Bélgica, 396, 1972.

funcional consiste en la formulación de reglas acordes con los principios y prácticas comerciales involucradas; y el buen ejercicio profesional comercialista no consiste en aplicar en forma mecánica y silogística los principios generales a los hechos en discusión, ni tampoco en asumir que los principios de la ley comercial son universales por naturaleza, aplicables *urbi et orbi*. Al contrario, tal ejercicio se basa, como primer y fundamental paso, en una meticulosa clasificación calificación de las partes participantes y de sus relaciones jurídicas. No hay síntoma más claro de mediocridad profesional que la del que asume que quien compró, compró de buena fe; o quien se dice accionista minoritario realmente lo es. Obviamente, la determinación de los derechos en un conflicto de carácter comercial requiere como paso previo un proceso de verificación y caracterización del *status*, protegido o no, de las partes,¹⁵³ proceso que siempre implica o involucra consideraciones *ex aequo et bono*.¹⁵⁴

Pero cuando los usos y costumbres chocan los unos con los otros o cuando los contratos o usos abusan de la debilidad contractual de los consumidores, la equidad pertinente ya no es la comercial sino la civil o del buen padre de familia. Esta equidad civil es particularmente notoria en aquellas decisiones de las cortes de importantes centros comerciales y cubre todo el espectro de las transacciones comerciales. Las cortes alemanas han usado las doctrinas del abuso de derecho, las buenas costumbres (*boni mores*) y buena fe en el campo de las sociedades y asociaciones comerciales, agencia comercial y en las relaciones con consumidores comerciales.¹⁵⁵

Las cortes francesas han invocado la doctrina del abuso del derecho en pleitos, con el fin de refrenar el poder de los accionistas mayoritarios y en

¹⁵³ Speidel, Summers y White hacen una penetrante observación sobre el estado presente de los fallos judiciales en el campo de los instrumentos negociable o títulos valores crediticios, en Estados Unidos: "Quien lea muchos fallos sobre legítimo tenedor descubrirá inmediatamente que los puntos en discusión no se refieren a los derechos del tenedor legítimo, sino a si el demandante es tenedor legitimado. O sea, el aceptante o el girador o el endosante argumentan: Usted no es un tenedor legítimo, porque no es tenedor, porque no dio una contraprestación, porque usted sabía (de algún vicio, etc.) o por alguna otra razón. Casi nunca se dan discusiones acerca de las consecuencias legales que se seguirían de ser el demandante tenedor legitimado". R. Speidel, R. Summers, y J. White, *op. cit.*, *supra* nota 146, en 1.298.

¹⁵⁴ O como lo dice la Corte de Apelación del Quinto Circuito de los Estados Unidos: "siempre hay un fermento en un pan duro; siempre hay algo modificable en una interpretación estricta". Banco Español de Crédito v. State Street Bank and Trust Co., 385 F. 2d 230, 234 (1er. Circ. 1967).

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, R. Schlesinger, *op. cit.*, *supra*, nota 53, pp. 478-484, 490-497 (traducción de Cortes alemanas). Véase también Dawson, *op. cit.*, *supra*, nota 31 (parte 2), pp. 65-72. Las Cortes de Luisiana han mostrado, también, simpatía por los problemas de los consumidores que han entrado en negociaciones con acreedores más expertos. Véase Hersbergen, "On the Necessity or Desirability of Consumerism — Inspired Revision of the Louisiana Civil Code- A Summary of Research Undertaken and Tentative Conclusions Reached", *Revue Generale de Droit*, Canadá, 10, 29, 1979. La investigación del profesor Hersbergen ha establecido que prácticamente todos los casos de contratos excesivamente desventajosos para el consumidor bajo la sección 2-302 tiene sus equivalentes en el Código Civil de Luisiana. Hersbergen, *op. cit.*, *supra* pp. 71-73.

acciones sobre responsabilidad civil extracontractual por competencia desleal;¹⁵⁶ las cortes en Estados Unidos han aplicado similares doctrinas cuando han anulado términos abusivos en ventas a crédito y en materia de garantías, o cuando las necesidades económicas han forzado un intercambio desproporcionado de valores.¹⁵⁷ Es evidente, por tanto, que los tribunales de plazas mercantiles importantes continuamente recurren a principios de equidad civil y comercial. Más aún, dicha recurrencia, en contra de lo que se piensa generalmente, hace al derecho comercial más predecible. La equidad comercial reinstaura el valor de mercado en el lugar del valor arbitrario o artificial, producto de la interpretación literal o mecánica. La equidad civil, por su parte, evita la aplicación unilateral y distorsionada o excluyente de los criterios gremiales contra otros, menos sapientes o pudientes, participantes en el mercado o contra participantes ocasionales tales como los consumidores. Por ello, la equidad civil reinstaura el bien común, imbuyendo, de esta manera, respeto y confianza en las instituciones jurídicas.¹⁵⁸

La moralidad de hermandad y las instituciones comerciales

El aspecto "civilización" del derecho comercial menos entendido es el papel de la moralidad de hermandad¹⁵⁹ en la formación y desarrollo de las instituciones comerciales.

El libro de Richard Baxter denominado *Christian Directory*, ampliamente leído en Inglaterra —según R.H. Tawney—¹⁶⁰ durante la parte final del siglo XVII, y que pretendía ser una *Summa Theologica and Moralis* para ciudades "como Roma o Londres y no para paraísos perdidos",¹⁶¹ aconseja la siguiente forma de proceder:

El cristiano está comprometido por su fe a aceptar ciertos criterios éticos y son obligatorios tanto en campo de las transacciones económicas como en cualquier otra esfera de la actividad humana. A la objeción convencional de que la religión

¹⁵⁶ Para un ejemplo de una decisión francesa en donde se aplica la teoría del abuso del derecho con el fin de proteger a los accionistas minoritarios contra acciones de los mayoritarios, véase Cueto Rua, *op. cit.*, *supra*, nota 46, 1102 núm. 106. Para una aplicación del mismo principio en litigios sobre competencia desleal, véase Derenberg, "The Code and Unfair Competition", *The Code Napoleon*, 177, 188, B. Schwartz ed., 1956.

¹⁵⁷ Véase autoridades citadas en las notas 91 y 92, *supra*.

¹⁵⁸ Para una descripción de los efectos de las estipulaciones contractuales abusivas y de las prácticas de cobro de deudas en Costa Rica y del desplazamiento de las instituciones legales "oficiales", o sobre certeza en los cobros, véase Kozolchik, *Toward a Theory of Law in Economic Development: The Costa Rican U. S. AID-ROCAP Law Reform Project*, 1971. *Law and Social Order* 681, 714-735.

¹⁵⁹ Véase el texto en las notas 57-62 *supra*.

¹⁶⁰ Baxter, R. *A Christian Directory*, 1677, citado en R. Tawney, *op. cit.*, *supra* nota 41, p. 183.

¹⁶¹ R. Tawney, *Op. cit.*, *supra* nota 41, p. 184.

no tiene nada que hacer en los negocios —que “cada hombre obtendrá tanto cuanto él pueda obtener y que la diligencia y cuidado es la única seguridad”—, responde abiertamente que este modo de negociar no es propio de los cristianos. Cualquiera que sea la amplitud de la ley, el cristiano está obligado a considerar primero las tablas de la ley y el bien común. “No es correcto ni tomar ni mantener un monopolio opresivo que tienda a enriquecer a su poseedor a costa de pérdidas para muchos o para el bien común.”

El cristiano debe manejar sus negocios como si estuviera manejando un servicio público; los debe orientar tanto en beneficio de su vecino como del suyo propio; y si el vecino es pobre, en mayor beneficio para éste que para él mismo. Está obligado a refrenarse en obtener los bienes o el trabajo de otros por menos de su valor.

La competencia en el comercio —piensa Baxter— es inevitable. Pero el cristiano no debe hacer buenos negocios que perjudiquen a los pobres, o que busquen satisfacer apetitos desordenados o que perturben el debido orden civil que debe primar entre los comerciantes moderados.¹⁶²

No obstante su amplia difusión, Tawney concluye que el *Directory* de Baxter tuvo, incluso, menos éxito que el de “los papas y doctores, cuyas enseñanzas, no siempre en forma inadvertida, él repitió”.¹⁶³

Una rápida mirada al desarrollo de la ley comercial en Inglaterra, desde la mitad del siglo XVII, hace surgir un interrogante sobre la descalificación que hace Tawney del criterio de hermandad. El estudio comparado de la ley sobre depósitos del juez Story de 1846, por ejemplo, muestra que tanto la ley inglesa como la norteamericana adoptaron la misma división entre mínima y mayor o más estricta diligencia que se le imponía al depositario en Europa:

Quando el depósito se constituye para el solo beneficio del depositante, la ley le exige al depositario una diligencia mínima y por lo tanto lo hace responsable sólo por culpa grave. Cuando el depósito es constituido únicamente en beneficio del depositario, la ley le impone una mayor diligencia, y por lo tanto lo hace responsable por culpa levisima. Cuando el contrato es en beneficio de ambas partes, la ley le exige al depositario la diligencia ordinaria y, por lo tanto, lo hace responsable de culpa leve.¹⁶⁴

En el *Compendium of Mercantile Law*,¹⁶⁴ J.W. Smith cita una decisión de 1809 del la Corte Marítima sobre deberes del capitán del barco:

Un barco está en un país extranjero donde el propietario no tiene representante y donde no se puede conseguir dinero para repararlo; ¿qué hacer en tales circunstan-

¹⁶² *Ibidem*, p. 185.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 188.

¹⁶⁴ J. Story, *Commentaries on the Law of Bailments, with Illustrations from the Civil and Foreign Law*, 4^a ed., 1846, pp. 22-25.

¹⁶⁵ J. Smith, *Compendium of Mercantile Law*, 3^a ed., 1873, 241, citando a Fanny, Elvira, 165 eng. Rep. 1052 (1809).

cias? Antes de que el capitán pueda recibir instrucciones del propietario, el barco ya estará destruido; por ello, si se demuestra claramente su necesidad y el hecho de haber actuado con *optima fide* en beneficio exclusivo del propietario, la Corte estará dispuesta a aprobar la venta que del barco haga el capitán.¹⁶⁶

En 1810, una Corte de Apelación de New York sostuvo que cuando en un contrato de compraventa el vendedor revendía mercancía que el comprador ilegalmente había rechazado, aquél era:

por necesidad un agente o mandatario del demandado-comprador para disponer de la mercancía; y en tal carácter aquél podía o bien abandonar los bienes y exponerlos a su pérdida como si nada tuviera que ver con ellos o asumir una actitud protectora para el comprador vendiendo la mercancía. Hay aquí una analogía entre este caso y el de abandono de bienes. En ambas situaciones, la parte que tiene la posesión debe ser considerada agente de la otra parte, por necesidad.¹⁶⁷

En *Prince v. Neal*,¹⁶⁸ decidido en 1762, lord Mansfield sostuvo que el girado de dos letras de cambio falsificadas y quien pagó una y aceptó la otra no podía recuperar lo pagado al beneficiario, pues el girado tenía el deber de “comprobar que la letra girada contra él realmente había sido firmada por el girador, antes de aceptar o pagar”.¹⁶⁹ Este deber no se podía imponer a un tenedor que inocentemente había dado una contraprestación. Lord Mansfield reconoció que el girado pudo perfectamente haber pagado en forma inocente; pero aún así, concluyó, “no hay razón para transferir la pérdida de una parte inocente a la otra”.¹⁷⁰ En el fondo, lo que había hecho lord Mansfield, al imponer la pérdida por falta de debida diligencia sobre el banco girado, era crear una responsabilidad casi análoga a la de un asegurador, con enormes consecuencias en el estímulo a la circulación de cheques bancarios.

A comienzos del siglo XIX también ya se había adoptado un criterio de buena fe en materia de fideicomiso para regular las relaciones entre fiduciario y fideicomisario, criterio que era más exigente que el aplicable a otras partes contratantes en el mercado.¹⁷¹ El juez Cardozo se refiere a este criterio como de *uberrima fides* y lo describe en la forma que sigue:

¹⁶⁶ J. Smith, *op. cit.*, *supra* nota 165.

¹⁶⁷ *Sands v. Taylor*, 5 Johns. Ch. 595, 4 Am. Dec. 374, 377 (N.Y. 1809).

¹⁶⁸ 3 Burrow's Report 1354 (1762) (Eng.) citado en J. Thayer, *The Law Merchant*, 1939, pp. 588-590.

¹⁶⁹ P. Thayer, *op. cit.*, *supra* nota p. 168, en 590, citando a *Price v. Neal*, 3 Burrow's Reports 1354, 1762.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Véase I. J. Perry, *A Treatise on the Law of Trust and Trustees*, núm. 401, 1929. Perry compila citas de decisiones en los siglos XVIII y XIX para principios de tal índole. *Ibidem* en núm. 401 n. 1. Una vez aceptado el fideicomiso el fiduciario no puede renunciar. Él no puede eludir sus responsabilidades a través del expediente de la renuncia, sino que debe hacer una solicitud a la Corte para que lo libere de su cargo, o apoyarse en alguna cláusula en el escrito constitutivo del fideicomiso que lo autorice a

Algunas relaciones imponen un deber de actuar de acuerdo con la moralidad acostumbrada y nada más. En ellas, la moralidad generalmente acostumbrada debe ser el criterio para el juez. Así, *Caveat emptoris* es una máxima que tendrá a menudo que ser seguida cuando la moralidad por ella expresada no es propiamente la de seres especialmente sensibles. Pero otras relaciones —tales como aquella que existe entre el fiduciario y el fideicomisario o entre acreedor y fiador— imponen el deber de actuar con los más altos criterio que un hombre de estricta conciencia y sentido del honor se impondría sobre sí mismo. En tales casos es deber del juez exigir una estricta adherencia a estos criterios.¹⁷²

Las reglas anteriores sobre depósitos en beneficio del depositario, poderes del capitán del barco bajo circunstancias calamitosas, poderes de reventa del vendedor al momento en que su comprador no cumple su contrato, la diligencia de un girado bancario que paga una letra de cambio cuya firma ha sido falsificada y el ejercicio de buena fe del fiduciario tienen ciertos elementos comunes. El primer elemento común es la confianza mercantil. Descansa sobre el depositario, el capitán, el vendedor, el banco girado y el fiduciario. En algunas ocasiones la confianza se depositó en forma voluntaria; en otras, como en el caso del derecho del capitán o del vendedor de vender o revender, la confianza se deriva de la ley.

El segundo elemento es que el otorgamiento de confianza es esencial para llevar a cabo las actividades comerciales o profesionales del fiduciario. A cambio de este otorgamiento no se exige una conducta altruista de absoluta hermandad. Los poderes conferidos incrementan la habilidad del fiduciario para lucrar en su ocupación, bien permitiéndole reemplazar sus esfuerzos de la manera más razonable comercialmente o fortaleciendo su confiabilidad ante la comunidad comercial o ambas.

El tercer elemento en común es la imposición de un especial deber de diligencia en lo que constituye el mejor interés de ambas partes, o sea fideicomitente y fideicomisario. A medida que aumenta el grado de confianza depositada, aumenta también el rigor de la buena fe exigida. En un caso en donde se deposita el máximo de confianza, es decir, cuando el fiduciario conocedor adquiere un derecho perteneciente a su beneficiario ignorante o desvalido, el criterio de buena fe es el más estricto. Como se decía en *In Re James*, "cuando,

renunciar el encargo o pedir el consentimiento a todos los fideicomisarios siempre que sean capaces. *Idem*. "El fiduciario está obligado a ejercitar el debido cuidado y diligencia, y no constituye excusa el que alegue no poseer ni el uno ni la otra, pues al momento de aceptar el encargo, sea él gratuito u oneroso, ha aceptado igualmente que posee y ejercitará aquéllos." Nótese que aunque se dice que el fiduciario debe ejercitar "el cuidado ordinario", tal criterio se le está imponiendo aunque esté ejercitando el encargo en forma gratuita. *Idem*. Más aún, como lo planteaba la Corte Suprema de Florida en *Kay v. Bostwick*, 83 Fla. 308, 310, 91 So. 112 (1922), "Los fiduciarios son nombrados para ejercer un servicio de confianza y sus deberes consisten en conservar el fondo del fideicomiso en forma eficiente y leal. Cuando ello es permitido, la compensación que reciben es por los servicios prestados al fideicomiso; y ésta debe ser razonable en relación con la conservación de los fondos del fideicomiso" (énfasis fuera del texto).

¹⁷² B. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, 109-110, 1921.

sin embargo, el fiduciario actúa en su propio interés en conexión con el ejercicio de sus deberes como fiduciario, el criterio o estándar de comportamiento tiene que ser el más *riguroso*. En tal caso su interés debe darle prioridad al del beneficiario".¹⁷³

El otorgamiento de confianza, bien sea mediante acuerdo o por disposición de la ley, a cambio de una imposición de deberes de diligencia y de buena fe más altos que los prevalecientes en el mercado constituye la mejor fórmula para viabilizar instituciones mercantiles. Por más que los legisladores, los jueces o los doctrinantes se afanen en diseñar instituciones comerciales viables, su labor será estéril si quienes participan en las transacciones básicas, sean compraventas de mercancías, mutua constitución de sociedades, desconfían los unos de los otros.

Algunas veces el fiduciario escogido, la personificación del comerciante honesto de Goldschmidt o del comerciante decente y razonable de Llewellyn, es una institución comercial de reputación, como un banco o una compañía de seguros. Otras, como ocurre con una de las más comunes formas de obtener crédito para el consumidor en muchos centros urbanos de América Latina, el fiduciario o agente no es una institución comercial ya establecida, sino el vecino más confiable y respetado, como la viuda o "la madre de familia", quienes manejan un fondo conocido como "la Tanda", en la ciudad de México.¹⁷⁴ Ellas organizan el fondo a través de contribuciones semanales o mensuales, determinan el procedimiento para efectuar las rifas, sorteos o préstamos, entregan las sumas prestadas o cobran las cuotas vencidas del préstamo. Tienen derecho a la primera cuota que paga cada contribuyente y eventualmente otros derechos; en cambio, son responsables ante los contribuyentes por aquellos préstamos que no se pueden recuperar.¹⁷⁵ La analogía con los derechos y deberes del buen padre de familia del Código, que está negociando con bienes que pertenecen a aquellos que están bajo su cuidado, es clara y significativa.

6. CONCLUSIONES

La comercialización del derecho civil implica la eliminación de formalismos innecesarios, un aumento en la cooperación y confiabilidad entre las partes

¹⁷³ 86 N. Y. s. 2d 78, 89-90 (1948).

¹⁷⁴ Véase P. Karon, "Law and Popular Credit in Mexico", *Arizona Journal International and Comparative Law*, 89, 94-96, 1982. El mismo sistema de formación de fondos para prestar a aquellos que no tiene acceso a las instituciones crediticias tradicionales fue observado por el autor en Costa Rica. Véase G. Knight, FINCH, J. y B. Kozolchky, *Law and Consumer Credit in Costa Rica*, (diciembre 1969) (escrito no publicado en la Universidad de Arizona, College of Law, Foreign Law Collection). La sección 2, parte B de este estudio describe métodos comparables a los mexicanos. Métodos similares existen en República Dominicana, según descripción que al autor le hicieron algunos abogados y antropólogos.

¹⁷⁵ P. Karon, *op. cit.*, *supra*, nota 174, p. 9.

contratantes y protección a extraños o "terceros", como acreedores y compradores de buena fe, cuya participación es esencial para el funcionamiento del mercado. La comercialización es el producto de la moral utilitaria o del egoísmo racional de los participantes regulares del mercado. La civilización de la ley comercial consiste en elevar la moralidad del mercado requiriendo un criterio de equidad más altruista, diseñado para proteger tanto a los participantes regulares del mercado como a aquellos que no lo son.

Las fuerzas que buscan comercializar y civilizar son inexorables e irreducibles. De un lado, la propiedad familiar se hace cada día más comercial;¹⁷⁶ del otro, bajo la influencia del movimiento de protección al consumidor, un gran número de transacciones que hace apenas algunos años habrían calificado al tenedor de un título de crédito como un tenedor legitimado, ya no lo pueden hacer.¹⁷⁷ Aunque podría parecer que estamos en un punto crítico en la interacción entre la comercialización y la civilización, y que se acerca el momento de decisiones finales e irreversibles, es el producto de un espejismo cíclico. El supuesto antagonismo no es sino una de las múltiples manifestaciones del ancestral dilema del ser social descrito hace dos milenios por Hillel, el sabio judío: "Si yo no me preocupo por lo mío, ¿quién lo hará por mí? [formulación equivalente a nuestra moralidad de mercado], y si sólo me preocupo por lo mío, ¿qué es lo que soy yo?" (formulación equivalente a la moralidad de hermandad).

Aunque este dilema sea inherente a la condición humana, el examen de la interacción entre lo comercial y lo civil ha sido fructífero al revelar las fuerzas morales esenciales para un derecho privado viable. En respuesta a la pregunta de Kant: ¿qué es lo que hace *posible* el derecho?, podemos concluir que al derecho privado lo hacen posible, de una parte, la moralidad de egoísmo racional o utilitario y, de la otra, la moralidad altruista o fraternal.

¹⁷⁶ Véase, por ejemplo, Pascal, "Matrimonial Regimes Legislation", 53 *Tul. Law Review* 105, 1978, en donde se dice: "De acuerdo con la única provisión que se refiere a responsabilidades durante el régimen matrimonial, cualquier obligación de cualquier esposo, convencional o no, ante o post nupcial, autoriza al acreedor para ejecutar, bien sobre los bienes de la comunidad, o bien sobre los del esposo deudor". *Ibidem*, pp. 113-114.

¹⁷⁷ Véase autoridades citadas en notas 1-7, *supra*.