

VII. EL GRADO DE AVANCE DEL DERECHO MERCANTIL AL FINAL

| | |
|--|-----|
| DEL SIGLO XX | 303 |
| 1. Introducción | 303 |
| La misión del derecho mercantil | 303 |
| 2. Mercados paradigmáticos | 305 |
| A. El mercado romano y altomedieval europeo | 305 |
| B. El mercado de los comerciantes árabes y judíos mediterráneos de los siglos IX a XII | 310 |
| C. El mercado europeo y norteamericano en el siglo XIX | 312 |
| 3. Principios rectores del derecho mercantil | 315 |
| A. Primer principio: la asunción del riesgo comercial y la necesidad de finalidad y limitación de la responsabilidad del comerciante | 315 |
| B. Segundo principio: igualdad en el trato de los comerciantes | 318 |
| C. Tercer principio: la posesión como el título más confiable de los bienes en el comercio | 319 |
| D. Cuarto principio: sobre la libertad contractual y la seriedad de la intención contractual | 321 |
| E. Quinto principio: creación de un derecho mercantil viable a partir de la moralidad comercial observable en el comportamiento típico y arquetípico | 323 |
| 4. Convalidación y corrección del mercado actual | 324 |
| A. Características del mercado | 324 |
| 5. La evaluación de la misión del derecho mercantil. Problemas y soluciones | 327 |
| A. Limitación de la responsabilidad, asunción de riesgos e igualdad de trato | 327 |
| B. La intención contractual. Los usos del comercio electrónicamente programados y la igualdad de tratamiento | 331 |
| C. La necesidad de soluciones globales uniformes | 335 |
| D. El título, la posesión y la desaparición de la dicotomía de la propiedad mueble e inmueble | 337 |
| 6. Conclusión | 339 |

VII. El grado de avance del Derecho Mercantil al final del siglo XX

1. INTRODUCCIÓN

A. La misión del derecho mercantil

No es posible evaluar el grado de avance del derecho mercantil en cualquiera de sus estadios sin identificar su misión. Norbert Reich, entre otros investigadores de las relaciones del derecho y la economía, describe la misión del derecho como un “organizador” y “corrector” del mercado.¹ Estas no son funciones independientes, ya que cuando el derecho mercantil corrige distorsiones también ayuda a organizar un mercado más eficiente o menos costoso y viceversa. No obstante, y a pesar de la interdependencia de estas funciones, la descripción de Reich sigue siendo válida.

El funcionamiento eficaz del mercado requiere de normas que sancionen la forma de contratación o negociación convalidando la conducta mercantil en cuestión, sea ésta un acto unilateral, un contrato, uso o costumbre. Estas normas no tienen que ser promulgadas por una autoridad gubernamental. Con frecuencia provienen del comportamiento de los comerciantes que, con cada cumplimiento de las obligaciones generadas por cada uno de sus actos o contratos, ratifican la obligatoriedad de sus normas de conducta. Cabe apuntar que estas normas varían con el tipo de mercado. Por ejemplo, una conducta aceptable en

* Traducción: Óscar Cruz Barney y Boris Kozolchyk

Este capítulo se basa en mi discurso inaugural como presidente de la International Academy of Commercial and Consumer Law en Melbourne, Australia, en la reunión celebrada en agosto de 1988.

¹ Véase N. Reich, *Mercado y derecho*, 1984.

un mercado abierto puede no serlo en un mercado cerrado o exclusivo para determinados comerciantes. Además, las formalidades frecuentemente se contraponen dependiendo de un sinnúmero de factores tales como si la contratación es individual y privada o pública en forma de subasta. Y aun cuando la contratación sea en forma de subasta, las normas de contratación se contraponen si la subasta en cuestión es del tipo “ascendente” (como en las bolsas de valores) o “descendente” (como en las bolsas de flores y plantas de Holanda).

El funcionamiento eficaz del mercado también requiere de normas para la resolución de disputas que actúen como correctoras de abusos y distorsiones. A veces la norma de validez, oficial o privada, crea obstáculos e injusticias por no contemplar el tipo de conducta en disputa. A veces, los impedimentos a la contratación y las injusticias provienen del abuso de poder de contratación por una de las partes contratantes, por un grupo de comerciantes o por todo un sector del comercio. En estos casos, la misión del derecho mercantil, actuando por sí mismo o en conjunción con ramas del derecho público, es corregir la injusticia o eliminar el obstáculo a la libre contratación.

La misión de convalidar y corregir las transacciones del mercado es particularmente apropiada para el derecho mercantil ya que ésta es la rama quintaesencial del derecho privado. En su más auténtica versión, las normas del derecho mercantil son elaboradas por los participantes en las diversas transacciones, sean contratos individuales, usos o costumbres, y sólo ocasionalmente por el legislador o por el juez. Desde su creación, el derecho mercantil convalidó y corrigió no sólo los derechos y obligaciones del *meum et tuum* (mío y tuyo) de las partes contratantes, sino también los derechos y obligaciones de terceros adquirentes de bienes y de acreedores de las partes contratantes.

Habiendo determinado la misión del derecho mercantil, es necesario identificar, con la ayuda de la perspectiva histórica, el tipo de mercado que el derecho mercantil actual intenta habilitar y corregir. Concluida esa labor, será posible aislar principios rectores importantes y evaluar la efectividad de las reglas destinadas a implementar estos principios. Es importante destacar que, dada la naturaleza instrumental del derecho en general y del derecho mercantil en especial, el grado de avance del derecho mercantil, en cualquier época, es de naturaleza relativa y cíclica. Por tanto, la evaluación de su avance presupone que la misión y efectividad del derecho mercantil dependen del tipo de mercado en que este derecho sirve, y que el tipo de mercado depende, a su vez, de la efectividad de principios rectores que son, en gran medida, privativos del mercado en cuestión.

Los mercados descritos a continuación, a pesar de ser paradigmáticos, no son necesariamente los más representativos de cada fase del desarrollo del derecho mercantil. Importantes instituciones fueron creadas en otros mercados y fases del desarrollo tales como las ciudades-puertos italianas, las ferias francesas del alto medievo o el tráfico marítimo colonial hispano de los siglos XVI y XVII. Los mercados seleccionados tampoco serán descritos en forma

exhaustiva. El propósito del siguiente bosquejo es establecer la misión de los principios y reglas fundamentales del derecho mercantil en dichos mercados seleccionados.

En resumen, el presente análisis asume que cada mercado paradigmático funciona con principios y reglas características y responsables de convalidar y corregir las transacciones que en él se realizan. El grado de avance del derecho mercantil de cada mercado, entonces, dependerá de su efectividad en llevar a cabo esa misión convalidadora y correctora.

2. MERCADOS PARADIGMÁTICOS

A. El mercado romano y altomedieval europeo

1. El arquetipo comercial: la usura y el justo precio

El derecho mercantil jugó un papel modesto como convalidador y corrector en el mercado romano y medieval. El comercio y el préstamo de dinero no era tenido en alta estima por los legisladores y juristas romanos.² En la Roma prerrepública, el comercio era pasivo.³ Pocos objetos manufacturados eran vendidos y, si lo eran, esto ocurría a través de intermediarios no profesionales. Cuando apareció el comercio a gran escala, durante la República romana tardía y principios del Imperio, estaba bajo el control de grandes terratenientes. Éstos actuaban directamente o a través de esclavos representantes, en vez de hacerlo con intermediarios profesionales. Aun cuando las ciudades romanas contaban con numerosos artesanos y pequeños comerciantes, su comercio era únicamente de subsistencia. La prosperidad comercial estaba limitada a los grandes monopolios de los terratenientes. El comercio era visto como algo menos respetable que el cultivo.

De acuerdo con Catón:

Cuando nuestros ancestros tenían que elogiar a un buen hombre, ellos hablaban bien de un buen granjero. Ése era el elogio más fino [...] Estoy consciente de la diligencia del mercader y de su búsqueda de ganancias [...] pero [...] ¿no es la agricultura la actividad que provee nuestros más fuertes y vigorosos soldados? ¿Qué ganancia puede ser más honesta que la de los granjeros? Aquellos que se dedican a arar la tierra no tienen malos pensamientos.⁴

² Véase "La venta de bienes muebles por su no dueño" (El significado actual de la propiedad mobiliaria), (en lo adelante, "La venta"), en este tomo.

³ *Ídem.*

⁴ *Ídem.*

Las doctrinas medievales sobre usura y justo precio fortalecieron la visión de que las actividades comerciales y de préstamo de dinero llevaban a malos pensamientos. Durante el imperio de Carlomagno, un influyente cuerpo de legislación eclesiástica, la Hadriana,⁵ contenía un decreto papal que prohibía a los clérigos la usura y declaraba a los legos que la practicaban culpables de *turpe lucrum* (ganancia vergonzosa). La usura, un pecado mortal, se definió como cualquier tasa de interés impuesto al préstamo del principal.⁶ Además, el justo precio o el precio que podía cargarse legalmente para las ventas propias estaba limitado a cantidades que permitieran al productor vivir y sostener a su familia en su nivel de vida (*per quanto res suas vendendo statutum suum continuare possit*).⁷

Otra regla que tuvo influencia, atribuida a Alberto Magno y Tomás de Aquino, ordenó a los párrocos que advirtieran a la comunidad de que no cobrasen precios mayores a aquellos que existían en el mercado local (*quam in mercato vendere possint*).⁸ El mercado al que aludía Tomás de Aquino no contenía intermediarios profesionales o distribuidores que buscasen una ganancia independiente. Más bien era un mercado de productores y consumidores en el que aquellos que se ganaban la vida vendiendo productos para el consumo diario como el pan tenían licencia para hacer negocio directamente con los consumidores con la condición de mantener cierto nivel de calidad y precio.⁹ Mientras que el principio prevaleciente del justo precio era determinado por una estimación del mercado (*secundum aestimationem fori*), esta estimación podría ser superada por precios o principios establecidos por sacerdotes o por *boni viri* (hombres decentes u hombres humanitarios).¹⁰

De una u otra manera, en el mercado romano y medieval europeo el derecho mercantil fue únicamente un convalidador y corrector de carácter marginal. En

⁵ Véase J. Noonan Jr., *The Scholastic Analysis of Usury*, p. 15, 1957; véase también B. Nelson, *The Idea of Usury*, pp. 3-4, 2a ed., 1969. Nelson traza la evolución de los puntos de vista cristianos sobre la usura hasta la concepción de San Jerónimo (340-420 d.C.). San Jerónimo argumentaba que la prohibición de la usura entre hermanos en el Deuteronomio había sido universalizada por los profetas y el Nuevo Testamento. Por su parte, San Ambrosio afirmó que el Deuteronomio 23: 30 permite la usura contra los enemigos del Israel bíblico.

⁶ Véase Noonan, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 17-20, especialmente en 20, y Nelson, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 5-28.

⁷ Véase en lo general a de Roover, "The Concept of the Just Price: Theory and Economic Policy", 18 *Journal Economic Hist.*, 418-19, 1958. Para una discusión sobre la relación entre las teorías del justo precio y lo justo en el derecho mercantil judicial, véase "La comercialización del derecho civil y la civilización del derecho comercial" (en lo adelante, "La comercialización"), en este tomo.

⁸ Véase "La comercialización..." en este tomo.

⁹ Pero véase la advertencia de R. López, *The Commercial Revolution of the Middle Ages, 950-1350*, p. 127, 1971. "Los gremios generalmente le daban gran importancia a producir buenos productos a bajo precio; sus preceptos a ese respecto no debían de ser ni desobedecidos ni aplicados en exceso [...] El carácter religioso y patriarcal de los gremios y la presión de lo que esencialmente era un mercado de compradores se reforzaban recíprocamente".

¹⁰ Véase "La comercialización..." en este tomo, especialmente la nota 41.

comparación con los mercados actuales, había bastante poco que convalidar y corregir. La venta de bienes valiosos como la tierra, el ganado o caballos era desalentada por las engorrosas formalidades del derecho romano preclásico.¹¹ Las transacciones en ese mercado eran sobre todo cara a cara y pagadas en efectivo o su equivalente. Las mercancías y los dineros rara vez fueron confiados a intermediarios profesionales, esto incluso en el momento en que se dio el comercio a través de largas distancias en Europa central. El mercader centroeuropeo transportaba su mercancía por sí mismo o unido en caravanas.¹² Las convalidaciones y correcciones al mercado eran impuestas por soberanos que concedían las licencias para comerciar o promulgaban las reglas sobre calidad, peso, medida y justo precio de los bienes o productos.

2. La contribución de la lógica geométrica romana

Aunque los comerciantes romanos jugaron un papel marginal en la formulación del derecho mercantil, los juristas romanos contribuyeron de manera muy importante al avance del derecho privado. Dieron forma a lo que von Jhering apropiadamente describió como el “alfabeto del derecho”. El uso de este alfabeto, en nuestra opinión, se generalizó al perfeccionarse una lógica geométrica para la resolución de disputas legales.¹³ Conceptos usados contemporáneamente como posesión, obligación, intención, publicidad, diligencia y negligencia, entre muchos otros, deben su existencia y precisión a la lógica peculiar del derecho romano. Todavía hoy en día, el derecho mercantil utiliza esos conceptos para organizar sistemas de propiedad, posesión, responsabilidad contractual o extracontractual y para la protección de terceros.

La lógica geométrica romana fue diseñada para medir derechos y obligaciones en conflicto actual o potencial.¹⁴ La medición se hizo posible por medio de formulaciones axiomáticas (*regulae iuris*) tales como “nadie puede transmitir aquello que no le pertenece”, o “aquello que nos pertenece no puede transmitirse sin nuestro consentimiento” o “lo que es inválido en su origen no puede convalidarse con el transcurso del tiempo”.¹⁵ Estas máximas adscribieron valores jurídicos absolutos a ciertas instituciones como la propiedad y valor relativo a otras como la intención del cedente y el transcurso del tiempo.

¹¹ Véase “La venta...” en este tomo.

¹² Véase en general Pirenne, H. *Economic and Social History of Medieval Europe*, 93-95, s.f.; véase también Goitien, “Formal Friendship in the Medieval Near East” 15 *PROC. AM. PHIL. SOC.* y 484, 1971, y sobre el comercio judío en el noroeste europeo, véase I. Agus, *Urban Civilization in Pre Crusade Europe*, pp. 53-116, 1965.

¹³ Véase, R. von Jhering, *L'Esprit du Droit Romain*, pp. 14-15 1886-1888. Para una discusión sobre la lógica geométrica del derecho romano, véase *infra* notas 14, 15 y 16 y texto correspondiente.

¹⁴ Véase “La venta...” en este tomo.

¹⁵ *Ídem*,

Mediante la creación de una jerarquía de derechos y obligaciones, el derecho romano permitió la medida de las dimensiones relativas de los derechos y obligaciones de la misma manera en que la geometría permitió la medida de las representaciones gráficas del mundo físico. Así, un estudioso del derecho podría visualizar el dominio absoluto, por ejemplo, como un cuadrángulo y el usufructo o servidumbre como un rectángulo o triángulo dentro del cuadrángulo. La lógica geométrica, entonces, proporcionó el utensilio para medir derechos y obligaciones incorpóreos, y hasta su creación, inmensurables. Fue tal el éxito de este utensilio que la medición adquirió carácter universal y fue transportada de una cultura o sistema jurídico a otro.

El poder medir el contenido de derechos y obligaciones con base en un método de razonamiento tan relacionado con el mundo objetivo como la lógica geométrica no sólo universalizó el "abecedario" conceptual romano, sino también permitió el desarrollo de una verdadera "álgebra" jurídica. El propósito de esta álgebra era ayudar a adjudicar derechos o imponer obligaciones con base en el principio de igualdad de tratamiento de los jurídicamente iguales.

A pesar de pertenecer a un sistema jurídico supuestamente muy distante del derecho romano, tanto el derecho inmobiliario inglés de los siglos XVI y XVII como el derecho norteamericano mobiliario del siglo XX evidencian la fuerte influencia de la lógica geométrica y del álgebra jurídica romana. Tomemos como ejemplo el concepto de la prioridad del acreedor con prenda "perfeccionada" del artículo 9 del Código de Comercio Uniforme.¹⁶ La prioridad prendaria consta de un derecho a la posesión directa sobre la propiedad mueble prendada, superior a los derechos de la mayoría de acreedores y poseedores del bien o bienes en cuestión.

Este derecho prendario se forma por medio de la acumulación de derechos posesorios inferiores, provenientes de actos o transacciones previas. Al ser sumados, de forma escalonada, estos derechos llegan a constituir el derecho de prioridad. Los derechos en cuestión son los siguientes: 1) el derecho de un acreedor quirografario de embargar bienes indiferenciados del patrimonio de su deudor por medio de procedimiento judicial (derecho de acreedor a un embargo genérico);¹⁷ 2) el derecho de un acreedor en posesión de una orden de embargo contra bienes del deudor especificados en la orden de embargo (derecho de acreedor a un embargo sobre bienes específicos o diferenciados);¹⁸ 3) derecho de un acreedor prendario resultante de un contrato de prenda que describa bienes sujetos a embargo ejecutado, pero no registrado (derecho de un acreedor prendario resultante de una prenda acordada, pero no registrada); 4) derecho de un acreedor prendario con prenda registrada (derecho de acreedor

¹⁶ Código de Comercio Uniforme ucc, sección 9-312, 1988.

¹⁷ *Ibidem*, sección 9-301.

¹⁸ *Ibidem*, sección 9-203.

con prenda perfeccionada);¹⁹ 5) derecho de un acreedor con prenda registrada pero, además, con prioridad sobre otras prendas registradas por tratarse de una prenda resultante de un préstamo para la adquisición de los bienes prendados (prenda sobre bienes cuya adquisición fue específicamente financiada por el préstamo garantizado, también conocida como *purchase money security interest*).

Así, $A + B = C$, ya que C puede proceder al embargo del bien o bienes especificados en su prenda como si fuera un acreedor con los derechos de A y B. De la misma manera, $C + D = E$, ya que E podrá responder pacíficamente o embargar la prenda en condiciones de superioridad a A, B, C, y D por poseer todos estos derechos, más el suyo propio.

Esta progresión algebraica hacia un tipo de derecho posesorio absoluto o axiomático requiere de una unidad de cómputo o coeficiente de medición. Este coeficiente de medición lo constituye el derecho más básico a la posesión del bien (ya sea éste presente o futuro, tangible o intangible, individual o en forma de universalidad). El derecho prendario norteamericano describe este derecho como un derecho posesorio respecto al objeto prendado (*right in the collateral*).²⁰ Puede este derecho ser tan insustancial como la tenencia más efímera o tan sustancial como el dominio o propiedad absoluta.

Cabe preguntar, cómo identificaron los juristas romanos los derechos y obligaciones básicos de cada una de las transacciones descritas en su literatura. Esta identificación fue producto de una muy aguda observación de las características de cada acto o transacción común y corriente en el modesto mercado de bienes y servicios romano. La observación de los juristas romanos no tenía un propósito puramente descriptivo. Su propósito era determinar qué acción o excepción procesal le correspondía a cada acto o transacción. Debe subrayarse que la observación de los juristas se enfocaba principalmente a las transacciones más habituales o promedio y al comportamiento igualmente habitual o promedio.

Al determinar los derechos y obligaciones básicos de las partes, lo observado por los juristas se traducía en cortas narrativas de los hechos característicos de cada transacción. A veces, esta narrativa añadía la comparación con otras transacciones susceptibles de ser confundidas con la descrita. Cada narración contenía elementos de fondo (indicando lo que cada parte tenía que hacer al participar en la transacción) y, de requerirlo la transacción, de forma (indicando la manera y forma en que tenía que llevarse a cabo). La suma de estos elementos básicos como la necesidad de un acuerdo formal o informal, o de la entrega o depósito del bien, o de la presencia de testigos u otras formalidades era lo que permitía la caracterización de cada transacción.

¹⁹ *Ibidem*, subsección 9-302 al 9-305.

²⁰ *Ibidem*, sección 9-203 (1)(c).

En la suma de los derechos y obligaciones características cada elemento cumplía la misma función que una unidad de cómputo algebraico. Piénsese, por ejemplo, en el papel que desempeñaba el precio expresado en moneda en una transacción en la que A le entregaba vino a C. Dependiendo de si C tuviese que pagar el precio del vino entregado en moneda, la transacción podría caracterizarse como una compraventa, un comodato o una permuta. Así, juristas connotados describían lo esencial de un comodato de la siguiente forma: “si A da vino a C y C promete dar a cambio una cantidad equivalente de vino, la transacción es un préstamo de uso (comodato) y no una compraventa”.²¹

Nótese que la anterior descripción identifica la promesa de la entrega de una cantidad equivalente del objeto prestado (vino) por su recipiente como característica esencial del comodato. De haberse estipulado un precio en moneda a cambio del objeto entregado por A a C, la transacción sería una compraventa. Y, de haber estipulado C la contraprestación de un objeto igual o de equivalente valor al entregado, la transacción sería una permuta. Una vez que las características esenciales de los diversos actos o transacciones fueron determinadas, éstas permitieron la elaboración de una taxonomía transaccional que sirvió de base a la labor de “conceptualización” de actos y contratos característica de la Europa precodificadora.

El derecho romano también inició el uso de otro método para medir derechos y obligaciones más flexible, pero menos preciso que el geométrico y algebraico. Este método también dependía de la observación del comportamiento de los participantes en transacciones; pero, en vez de enfocar el comportamiento ordinario de cualquier participante regular en la transacción, enfocaba el comportamiento modelo o arquetípico, como el de un buen padre de familia (*bonus paterfamilias*) o el de un honesto ciudadano (*bonus vir*).²² De la prueba de un comportamiento similar al del buen padre de familia o del honesto ciudadano dependían la concesión de ciertos derechos o la imposición de determinadas obligaciones. Generalmente, tales derechos y obligaciones eran concedidas e impuestas en transacciones de índole fiduciaria o en las que una de las partes requería gran discreción en el desempeño de sus funciones.

B. El mercado de los comerciantes árabes y judíos mediterráneos de los siglos IX a XII

Los únicos comerciantes que dependieron de intermediarios confiables para conducir negocios a largas distancias durante la Edad Media fueron los árabes

²¹ Esta ilustración es un sumario parafraseado de una serie de ejemplos contenidos en las *Institutas* de Gayo 3.144-147. Para una traducción al inglés véase F. Lawson, *The Roman Law Reader*, pp. 114-116, 1969.

²² Para un análisis de la confianza del derecho romano en el *bonus vir*, véase L. Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale*, p. 35, 1913.

y los judíos del Mediterráneo.²³ Los llamados amigos “formales” árabes y judíos a quienes ataban vínculos de hermandad religiosa se confiaban entre sí dinero y mercancías para ser invertidos o vendidos en mercados lejanos.²⁴ Varias formas de inversión se desarrollaron como resultado de estos encargos incluyendo tipos de sociedades universales o particulares y asociaciones en participación.²⁵ De manera similar, los que confiaban y en los que se depositaba la confianza crearon varios tipos de documentos para evidenciar sus concesiones de crédito o sus órdenes para otorgar crédito o pagar deudas.²⁶ Con el tiempo, muchos de estos arreglos y documentos se volvieron populares en los grandes centros mercantiles italianos y de ahí pasaron al resto del comercio occidental.

El comercio de los comerciantes árabes y judíos del Mediterráneo era claramente activo, puesto que existía una intermediación profesional entre productores y consumidores. No era, sin embargo, el tipo de mercado que el derecho mercantil actual convalida y corrige. En primer término, la participación en este mercado mediterráneo estaba basada en la confianza derivada de un tipo formal de amistad o de hermandad religiosa. En este sentido, no era un mercado abierto. Los deberes de hermandad o religiosos eran exigidos de manera estricta y forzados a su cumplimiento, pero sólo por los hermanos. Los no hermanos no podían ser sujetos a otra ley que no fuera la propia.²⁷

En segundo lugar, las relaciones entre este mercado de fraternidad y el mundo exterior con sus múltiples mercados estaban gobernadas por autoridades seculares y religiosas (musulmanas y católicas). Para estos gobernantes, el comercio era una fuente de ingresos con que satisfacer los continuos déficits presupuestarios, especialmente en el campo militar. Estos gobernantes establecían quiénes podían comerciar y qué podía ser comercializado, así como los términos en que debía de hacerse el comercio, incluyendo pesos y medidas, justo precio y tasa de interés. Estas regulaciones estaban diseñadas más para comercio al menudeo que para un comercio “fraternal” y al mayoreo.²⁸ Tal como fue visto posteriormente a través de Europa, los privilegios y derechos exclusivos fueron concedidos por los gobernantes a los mercaderes a cambio de una promesa de compartir ingresos y de poder acceder al crédito.²⁹

El derecho mercantil ayudó a convalidar estos mercados de fraternidad mediterránea permitiendo que la voluntad de los participantes en el mercado, reflejada en el curso de sus negociaciones, usos del comercio y costumbres

²³ Véase en lo general S. Goitien, *Introduction to Letters of Medieval Jewish Traders*, p. 6, 1973, y

1 S. Goitien, *A Mediterranean Society*, pp. 164-209, 1967.

²⁴ Véase Goitien, *A Mediterranean*, cit. *supra*, nota 23, pp. 164-166, y fuentes cit. *supra*, nota 12.

²⁵ *Ibidem*, pp. 169-192.

²⁶ *Ibidem*, pp. 229-264.

²⁷ Sobre la operación de leyes “personales”, véase Goitien, *Introduction*, cit. *supra*, nota 23, p. 11.

²⁸ Goitien, *A Mediterranean*, cit. *supra*, nota 23, pp. 266-272.

²⁹ Véase en lo general H. Pirenne, *op. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 53-56.

comunales, proveyera las formas de asociación mercantil y documental con las que estos comerciantes podían invertir o comerciar. Muchas de estas asociaciones perviven entre nosotros, como las sociedades en nombre colectivo, comanditas y de responsabilidad limitada. Algunas obligaciones dentro de las asociaciones fraternales ayudaban a corregir las injusticias resultantes de tomar ventaja de la juventud, inexperiencia o necesidad económica de otros comerciantes.

Estas obligaciones fraternales todavía son exigidas a algunos fiduciarios por las cortes del siglo XX.³⁰ La importancia que las hermandades mercantiles daban a decir la verdad y la imposición de serias consecuencias religiosas al perjurio le dieron mayor credibilidad, como prueba, a los asientos en los libros de los comerciantes y a las promesas de pago en las que se invocaba el nombre de Dios; tal era el caso de las letras de cambio.

C. El mercado europeo y norteamericano en el siglo XIX

El mercado cuyo derecho mercantil todavía gobierna muchas de nuestra transacciones surgió con la emancipación de la clase comerciante en Europa, hacia el final del siglo XVIII. Este mercado floreció durante el siglo XIX y muchas, si no es que todas sus reglas convalidadoras o habilitadoras, fueron promulgadas durante ese siglo. La emancipación significó que mientras la clase mercante estaba todavía obligada a compartir su ingreso con los gobernantes, aunque en menor cuantía que en el pasado medieval, ahora tenía el derecho de negociar, incluyendo contratos para la adquisición de propiedad valiosa, sin tener que pedir permiso a los gobernantes.

El artículo 1134 del Código Civil francés de 1804 que establece que “los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes”,³¹ era más que una regla de interpretación sobre los efectos obligatorios de los contratos. Este artículo era una afirmación política del poder ciudadano (particularmente de la burguesía comerciante) de contar con los mismos derechos que antes sólo poseían los gobernantes y la nobleza cercana al gobierno. Tal poder no podía ser delegado o concedido bajo el feudalismo porque era inconsistente con la necesidad feudal de mantener los bienes raíces y valiosos en manos señoriales.

Del otro lado del canal de la Mancha, Lord Mansfield otorgó a los comerciantes ingleses el poder de sentarse como jurados especiales en juicios mercantiles.³² En esta función, los comerciantes podían determinar qué era lo

³⁰ Véase “La comercialización...” en este tomo.

³¹ Artículo 1134 del Código Civil francés de 1804. Para una discusión de las influencias doctrinales en el texto del artículo 1134, véase A. Arnaud, *Les origenes doctrinales du Code Civil francais*, pp. 204-205, 1969.

³² Para mayor información sobre los “hombres del jurado” de Mansfield, véase L. Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, pp. 28-29, 1983.

razonable o justo dentro de las circunstancias del asunto mercantil. Los usos y costumbres mercantiles estuvieron facultados así para crear y habilitar instituciones y para corregir injusticias entre comerciantes. Este mercado, por consiguiente, fue más abierto y equitativo que el romano o que los mercados fraternales árabes y judíos medievales del Mediterráneo.

Aunque el propio Mansfield era un fuerte opositor de los préstamos “usureros”,³³ el derecho mercantil inglés que ayudó a forjar ya no dependía de la doctrina de la Iglesia para justificar la validez del crédito. El derecho inglés de fines del siglo XVIII desarrolló su propia moralidad de “mercado”.³⁴ En nuestra opinión, la regla de oro de este mercado era que cada una de las partes en una transacción debía tratar a la otra de la misma manera que cualquier participante regular en ese mercado hubiese esperado ser tratado al perseguir su ganancia. Ésta no era la regla de oro del mercado romano previa al *ius gentium*, época en la que los bárbaros en Roma tenían obligaciones, mas no derechos. Tampoco era ésa la regla del mercado de la hermandad de los comerciantes medievales árabes y judíos. La regla de oro de estos comerciantes demandaba que cuando las circunstancias lo requiriesen, una parte debía tratar a la otra de una manera altruista o fraterna; es decir, sólo en beneficio del “hermano” y dejando a un lado consideraciones sobre las pérdidas o ganancias del comerciante en cuestión.

Aun cuando la moralidad del mercado de lord Mansfield parece egoísta en comparación con la del comerciante hermano árabe o judío, era menos egoísta que la moralidad exhibida hacia los extraños en sociedades primitivas o tribales, o la que se mostraba frente a los comerciantes extranjeros en la Europa del siglo XVI.³⁵ El principio (no escrito) respecto a los extranjeros en el mercado anterior a Mansfield era: “extranjero, cuando comercies en mi país, lo haces a tu propio riesgo”. Ninguna obligación se debía a una extranjero a menos que de manera clara y formal la hubiese asumido un comerciante local.

³³ Véase *Lowe v. Waller*, 99 Eng. Rep. 470 (K.B. 1781). Lord Mansfield sostuvo que en la medida en que los derechos de los compradores de *bona fide* de los instrumentos negociables estuviesen involucrados, la usura actuaba como una prohibición absoluta o como una defensa o excepción “real” al pago contra esos terceros.

³⁴ Holdsworth apuntó que “las apelaciones de Lord Mansfield a la moral y al derecho natural [reflejadas en la costumbre mercantil] fueron atractivas para las mentes de los abogados de esos días. Así la idea de que una obligación conscientemente asumida podría ser una válida contraprestación (*consideration*) de otra promesa fue rápidamente aceptada.” 8 W. Holdsworth, *History of English Law*, p. 27, 1925.

³⁵ Véase, por ejemplo, A. Abrams, *Social Life in England in the 15th Century*, pp. 31-45, 1909. Los actos legislativos ingleses contra extranjeros eran suplementados con restricciones rigurosas contra los comerciantes extranjeros. Los comerciantes extranjeros tenían prohibido venderse mercancía entre ellos y fueron forzados a hospedarse con “anfitriones”, cuya función era la de reportarle al Fisco las transacciones de sus “huéspedes”. La violencia contra extranjeros era también frecuente. En el siglo XV, los extranjeros eran atacados y llevados a través de las calles de la ciudad durante las revueltas campesinas. En una de estas revueltas, los hombres eran perseguidos y asesinados si es que no podían pronunciar las palabras *bread and cheese* con un “buen acento inglés”.

En contraste con la moralidad comercial tribal del siglo xv, el mercader arquetípico de Mansfield, banquero o asegurador, debía la obligación de proveer un valor de mercado a cambio del valor que recibía, independientemente de la formalidad de su promesa. Cuando una promesa era dada a cambio de un bien o servicio con valor de mercado cierto, esta promesa no sería declarada inválida por una interpretación formal, legalista o literal del contrato.

Como Mansfield señaló, "el *nudum pactum* no existe en los usos y costumbres de los comerciantes".³⁶ Mientras que este comerciante arquetípico podía ser un duro negociador o regateador, la negociación final no podía carecer de mutualidad de prestaciones o de reciprocidad de valor. Y mientras que ningún extraño que estuviere tratando con tal comerciante debía esperar ser tratado altruísticamente, sí tenía el derecho de esperar un trato honesto, confiable y de obligaciones recíprocas. Según Mansfield, "la palabra del comerciante, de por sí, era su fianza".³⁷

Este comportamiento arquetípico estaba motivado por la mezcla de moralidades de tipo religioso y utilitario, propias del derecho mercantil del siglo xviii. Lejos de ser pecaminoso obtener ganancias, era un signo de recompensa por el trabajo duro y el manejo honesto.³⁸ Y si el comercio producía la mayor cantidad de felicidad para el mayor número, no obstante la infelicidad de esclavos o de los deudores encarcelados, ¿por qué no convalidar los usos y costumbre del comercio?, incluso si otras sociedades consideraban estos usos o costumbres como usureros.³⁹

La participación activa en este mercado estaba basada en la posesión de recursos profesionales, incluyendo el conocimiento del sector comercio en particular, su reputación como mercader confiable, acceso al crédito y a la información sobre las condiciones del mercado. La intermediación profesional entre productores y consumidores significó que muchas transacciones dejaron de ser cara a cara y se convirtieron en negocios a larga distancia. Como en el mercado medieval Mediterráneo árabe y judío, a los intermediarios (transportistas, corredores, bancos y compañías de seguro) se les confiaba dinero, mercancías y servicios pertenecientes a otros mercaderes y al público.

³⁶ Véase *Pillans v. Van Mierop*, 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765), pero *cfr.* el rechazo de esta "herejía" "contraria al *common law*" en *Rann v. Hughes*, 2 Eng. Rep. 18 (1778). Véase también el comentario sobre los dos casos en 8 W. Holdsworth, *op. cit., supra*, nota 34, pp. 20-30.

³⁷ Véase *Pillans v. Van Mierop*, 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765).

³⁸ Véase "La comercialización..." en este tomo para una discusión del *Christian Directory* de Richard Baxter. El trabajo de Baxter fue descrito por R. Tawney como "uno de los libros más ampliamente leídos en la Inglaterra del siglo xvii".

³⁹ La referencia a contratos y costumbres viene de la defensa de la usura de Jeremías Bentham: "Es también evidente que no puede existir la usura antes que la costumbre que resulta de los contratos entre particulares; porque [con anterioridad a la costumbre] ¿cómo se había de determinar cuál era la tasa de interés que debía ser la más aceptable?" 3 J. Bentham *Defence of Usury*, Letter II, 1787, reimpresso en 3 *The Works of Jeremy Bentham*, 4, J. Bowring ed., 1962. En castellano se puede consultar, entre otras, la edición de París de 1828, p. 34 (N. del T.).

La confianza fomentó la especialización comercial. Bienes y servicios se proveían sobre bases de crédito o de participaciones en sociedades comerciales a los intermediarios para su correduría, venta, manufactura, almacenamiento o cambio. La especialización trajo consigo múltiples y diversos mercados. Los mercados para ventas al mayoreo y menudeo canalizaron las distribuciones de productos agrícolas y textiles.

El mercado del crédito, compuesto por prestamistas, joyeros y banqueros, atendía no sólo a los comerciantes sino también a los consumidores. El aseguramiento dejó de ser concebido como otra simulación del préstamo “usurero” y fue caracterizado como una función probabilística legítima del riesgo y así se le habilitó para crear mercados o submercados para cada tipo importante de riesgo. El transporte marítimo evolucionó de un contrato de carga individual o de sociedad entre cargadores y transportistas a un servicio independiente y estandarizado rendido por los transportistas profesionales a los cargadores, incluyendo almacenaje y transporte de mercancías. De esta evolución surgieron mercados para los servicios de carga, corretaje y almacenamiento.

En suma, el derecho mercantil convalidó las principales transacciones del mercado inglés del siglo XIX mediante la promoción del principio de la libertad contractual. Esta habilitación incluyó el conferimiento a los comerciantes de poder para determinar qué símbolos daban a entender la seriedad de su voluntad contractual, tales como documentos, escrituras, sellos u otras formalidades.

El derecho mercantil ayudó a corregir las injusticias del mercado mediante el desarrollo de instituciones, sobre todo de aquellas que hicieron posible la protección de terceros compradores o acreedores de buena fe. Estos terceros fueron habilitados y protegidos sobre la base igualitaria de su aportación de buena fe de un valor reconocido por el mercado; es decir, un valor usualmente contribuido en transacciones similares por participantes en los mercados respectivos.

Muchos de los principios que ayudaron a convalidar y corregir el mercado de la Inglaterra de Mansfield eran producto de varios siglos precedentes de actividad mercantil. Algunos de estos principios continúan convalidando y corrigiendo transacciones en mercados contemporáneos. Debido a que estos principios hasta ahora no han sido formulados expresamente en la literatura jurídica mercantil, la siguiente exposición intenta formularlos con el propósito de facilitar la evaluación del grado de avance del derecho mercantil en el siglo XX.

3. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO MERCANTIL

A. Primer principio: la asunción del riesgo comercial y la necesidad de finalidad y limitación de la responsabilidad del comerciante

El primer principio establece que la responsabilidad de las partes en transacciones comerciales debe ser limitada con respecto a su duración y cantidad.

Exponemos este principio en primer término porque es uno de los hitos históricos que separaron las instituciones jurídicas asociadas con el cultivo de subsistencia de aquéllas asociadas con el comercio.⁴⁰ De acuerdo con este principio, las obligaciones puedan ser limitadas o canceladas con certeza por actos de las partes o de terceros, o por eventos sancionados por la ley, como el decurso del tiempo y la muerte o la insolvencia.

En las sociedades comerciales de subsistencia precomerciales, la responsabilidad era frecuentemente colectiva e ilimitada. La responsabilidad continuaba eternamente y se transmitía a los miembros sobrevivientes de la familia del deudor.⁴¹ Por ejemplo, en ciertas regiones de la India que dependían hasta muy recientemente de una economía agrícola de subsistencia, el interés no pagado se acumulaba de manera ilimitada, de generación en generación familiar. Para prevenir esto, la ley indostaní contemporánea aplica la doctrina *damdupat*. Esta doctrina establece que el interés aplicado a un préstamo no puede exceder el total del principal prestado.⁴² La *damdupat* es, hasta hoy en día, una regla de cancelación de obligaciones diseñada para acabar con la acumulación indefinida y abrumadora de deudas familiares.

La responsabilidad indefinida de los miembros de una familia también se ha podido encontrar en las cláusulas "protectoras" en las escrituras de tierra ejecutadas por soldados judíos asentados cerca de Aswan, Egipto.⁴³ Estas cláusulas empeñaban la responsabilidad de los herederos de los cedentes, a

⁴⁰ Existe una distinción fundamental entre la limitación de la responsabilidad por ciertos delitos en el derecho antiguo, que era efectuada mediante la cesión de animales (supuestamente los causantes del daño) y otros objetos de valor, y la limitación de la responsabilidad del derecho mercantil que recae sobre la empresa mercantil como consecuencia de acuerdos sobre riesgo compartido. Un área gris o un posible puente entre las dos nociones puede encontrarse en las disposiciones del derecho marítimo sobre limitación de la responsabilidad del naviero. Tal como fue señalado por el juez Holmes, en el derecho marítimo, el "barco no era sólo la fuente, sino también el límite de la responsabilidad". O. Holmes, *The Common Law*, 27, M. Howe ed., 1963. Véase también, Finkelstein, "The Goring Ox", 46 *TEMP. L.Q.*, 231, 1973.

⁴¹ Sobre la "densa" naturaleza de las relaciones familiares en estas sociedades y el impacto del derecho, véase A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, 1954. En las páginas 53-55, Hoebel da ejemplos sobre los Yurok, en Ifugao y establece como "Corolario 2: el grupo familiar es el responsable de los actos de sus miembros en lo individual", pero *cfr.*, las tendencias a limitar la responsabilidad sobre muerte intencional o accidental desde los tiempos bíblicos en Finkelstein, *op. cit.*, *supra*, nota 41, p. 169.

⁴² Para una discusión sobre la doctrina del *Damdupat*, véase J. Derret, *Introduction to Modern Hindu Law*, pp. 520-524, 1963. Para una decisión ilustrativa contemporánea relacionada con el *Damdupat*, véase *Bapuroa v. Anant Kashinath*, 1946, *Indian L.R.*, Nagpur, 407, 413.

⁴³ En la primera década del siglo, se encontraron papiros en arameo en la isla de Elefantina, no lejos de la actual localización de la Presa de Aswan. El papiro más antiguo conocido data del 595 a.C. Algunos de los papiros contienen trasposos de tierra en donde el cedente-vendedor asumía dos obligaciones: no interferir con el disfrute del beneficiario y defender ese disfrute del beneficiario si fuese impugnado por un tercero. Para un análisis de estos documentos, véase R. Yaaron, *Introduction to the Law of Aramaic Papyri*, pp. 79-92, 1981; para una comparación de las cláusulas prohibitivas en los papiros con la *auctoritas romana* o garantía tácita contra la evicción, véase "La venta..." en este tomo.

menudo *ad infinitum*, para defender el disfrute de la tierra por parte del beneficiario contra cualquier demandante adverso.

Junto con la responsabilidad indefinida y colectiva en la sociedad agrícola de sobrevivencia, estaba la oposición a la transmisión de la valiosa propiedad ancestral de la familia. Debido a que la responsabilidad en la India era tan ominosa e impredecible en los días anteriores al *damdupat*, la propiedad familiar ancestral tenía que preservarse haciendo su venta o transmisión lo más difícil posible. De otro modo, la única fuente relativamente segura para la sobrevivencia familiar podría perderse. Esto no significa que la propiedad familiar valiosa nunca fuese vendida o hipotecada. De hecho, se vendía e hipotecaba, ya sea abiertamente o burlando las prohibiciones o las formalidades excesivas, particularmente cuando las grandes familias empezaron a desmembrarse.⁴⁴ El mercado para la propiedad valiosa familiar era, generalmente, un mercado de necesidad, no estimulado por el derecho.⁴⁵

El comercio reflejaba una mirada más optimista de la vida: la mejor defensa contra la necesidad era comerciar activamente en el mercado. Limitar la responsabilidad a los montos prestados o invertidos, como en la *fenus nauticum* romana y mediterránea,⁴⁶ o compartir las pérdidas marítimas por los transportistas o los empresarios, como en la *lex rhodia*,⁴⁷ ayudó a asumir algunos riesgos del mercado e hizo las inversiones comerciales más predecibles. Durante la época de Mansfield, la limitación del riesgo y el aseguramiento de la predictibilidad fueron facilitadas por las incipientes compañías mercantes y por bancos de depósito y giro en casos tales como *Price v. Neal*.⁴⁸

⁴⁴ Véase Yoffee, "Aspects of Mesopotamian Land Sales", *American Anthropologist*, marzo 1988, p. 19, para una interesante descripción de las ventas de terrenos en Mesopotamia en el segundo milenio a. C. Yoffee proporciona traducciones de los acuerdos de venta y referencias a prácticas simulatorias en donde los acreedores "eran regularmente adoptados por los deudores de manera que la propiedad pudiese ser transferida". *Ibidem*, p. 127.

⁴⁵ De acuerdo con la doctrina jurídica indostani sobre necesidad, la venta de propiedad familiar ancestral hecha por su administrador o albacea legal es válida sólo cuando hay una necesidad económica de vender y es inválida si la venta fue por propósitos "frívolos", tales como el mantener a una amante o la compra de licor. Para una exposición judicial de esta doctrina, véase *Rajeshwar v. Nangirma Gangabishan*, 142 Indian Cas. 52, 1919; y *Protap Chandra v. Jagadish Chandra* 1925 Indian L.R. (Cal.) 118, 125.

⁴⁶ Éste era un préstamo dado para el transporte de mercancía por navios con responsabilidad condicionada y limitada en el sentido de que tendría que ser devuelto sólo cuando el barco hubiese arribado seguro al puerto con su cargamento. El prestamista asumía el riesgo del naufragio y de la piratería. En este préstamo y en la *pecunia traiectica* (dinero en viaje a ultramar), véase el Digesto de Justiniano 22.2, en adelante Dig., el clásico estudio de F. Pringsheim, *Kauf mit fremdem Geld*, p. 143, 1916.

⁴⁷ H. Holdsworth, *op. cit. supra*, nota 34, p. 264, citando el Dig. 14.2.1 establece que "se estipula por la ley Rhodia que si la mercancía es arrojada por la borda para aligerar el barco, la pérdida ocasionada para el beneficio de todos debe compartirse por todos".

⁴⁸ 97 Eng. Rep. 871 (K.B. 1762). Lord Mansfield sostuvo que el banco girado por dos letras de cambio falsificadas, que paga una y acepta la otra no podrá recuperar el dinero que pagó al beneficiario

B. Segundo principio: igualdad en el trato de los comerciantes

El segundo principio establece que los participantes en transacciones del mercado que aporten el mismo valor, ya sea en bienes o en servicios, a los otros o a un tercero en una transacción comercial deberán ser tratados como iguales. El tratamiento igualitario de todos los participantes en el mercado jugó un papel convalidador y corrector crucial.⁴⁹ Este principio ayudó al surgimiento de la condición esencial para el eficiente funcionamiento de las ferias comerciales medievales conocida como la “paz del mercado”.⁵⁰

Para el derecho romano, lo mismo que para gran parte del derecho medieval, la ley aplicable era de naturaleza personal y móvil.⁵¹ Los comerciantes itinerantes o viajeros “cargaban su ley sobre sus espaldas”. Esto creó la posibilidad de apresamiento o muerte de aquellos comerciantes desprovistos de la protección del derecho local en conflictos con comerciantes consumidores del país visitado. El tratamiento igualitario protegió a los comerciantes itinerantes no sólo de las represalias políticas, sino también de la prisión y muerte que resultaban de intentos locales de cobrar supuestas o verdaderas deudas de colegas oriundos del mismo país o región de origen. El tratamiento igualitario, por consiguiente, habilitó a los comerciantes extranjeros para negociar en una forma reservada anteriormente sólo a los nacionales o habitantes permanentes de la ciudad o Estado.

En la época de Mansfield, el tratamiento igualitario de los extranjeros significaba no sólo verse libres de la represalia política y de la responsabilidad solidaria comunal, sino además implicaba el derecho a ser regido por los mismos principios de justicia aplicables a los comerciantes locales.⁵² Así, la igualdad a los ojos del derecho mercantil mansfieldiano significaba medir derechos y obligaciones con el mismo principio de justicia del mercado; todos aquellos que aportaban un mismo valor a cambio de la misma contra-prestación merecían un mismo trato. Y cuando la ley no definía lo que constituía valor mercado, éste era definido por un vocero autorizado del mercado.

A fin de cuentas, el tratamiento igualitario se hizo posible por: 1) la determinación del comportamiento comercial habitual promedio o típico; 2) la imposición de deberes de comportamiento modelo o arquetípico como el de revelar la verdad sobre presupuestos contractuales y 3) la elaboración por parte

porque el girado tiene la obligación “de quedar satisfecho de que la letra girada sobre él era de la mano del girador antes de aceptar pagarla”. Así, la responsabilidad recaía en aquel que con mayor diligencia pudo haber prevenido la pérdida.

⁴⁹ L. Goldschmidt, *op. cit.*, *supra*, nota 22, p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 31-32.

⁵² El beneficiario de la decisión de Mansfield en *Pillans v. Van Mierop* relativa a que el *nudum pactum* no existe en la ley mercantil fue un banquero holandés que había dado crédito a un comerciante inglés.

de los legisladores y jueces de formulaciones sumarias de derechos y obligaciones procedentes del comportamiento típico y arquetípico con la ayuda de la lógica jurídica geométrica y algebraica.

La igualdad de trato, a su vez, promovió la distinción entre categorías de comerciantes típicos y arquetípicos para su protección. Algunos comerciantes tenían derecho a un determinado tipo de tratamiento porque se habían comportado en forma típica. Entre éstos se hallaban, y se hallan, el comprador de buena fe de bienes muebles o inmuebles, el tenedor en debida forma de títulos de crédito o valor y el tenedor de pólizas de seguro. Más recientemente, este grupo ha ido en aumento con la presencia del accionista minoritario de sociedades anónimas, el tenedor de marcas de fábrica o comercio notorias (aunque no tengan registro) y el beneficiario de créditos documentarios.

Otros comerciantes receptores de un tratamiento distinto (generalmente más diligente y altruista, aunque también igualitario) eran aquellos que fungían como fiduciarios y atraían negocios debido a su anunciada confiabilidad. Este tratamiento se aplicaba no sólo a banqueros y aseguradores, sino incluso a aquellos comerciantes al detalle en quienes sus compradores-consumidores con notoria inexperiencia o incapacidad depositaban su confianza para la elección de productos o para la aceptación de los términos y las condiciones de crédito o pago.

C. Tercer principio: la posesión como el título más confiable de los bienes en el comercio

De acuerdo con el tercer principio, la titularidad sobre bienes en comercio no es otra cosa que aquello que los participantes en el mercado designen como la posesión más confiable y cierta. Desde el punto de vista del derecho mercantil, este principio fue formulado en forma embrionaria en el famoso artículo 2279 del Código Civil francés de 1800 al establecer la equivalencia entre posesión de bienes muebles y título sobre los mismos. Su formulación fue embrionaria en el Código Civil francés porque éste no relacionó las distintas formas de posesión con los distintos tipos de transacción y de mercado, ni especificó a quién le correspondía determinar lo que cada mercado consideraba como la variante más confiable y cierta de la posesión, ya fuera el control físico del bien o la tenencia de un título representativo del mismo.

En la gran mayoría de transacciones comerciales, la titularidad no depende de una prueba "diabólica" del domino histórico del bien. Respecto a un buen número de bienes en el mercado de bienes de consumo, la posesión física del bien es suficiente. Sin embargo, con respecto a bienes de consumo valioso frecuentemente es necesario probar la posesión legítima por medio de una factura o certificado. Entre comerciantes, la legitimidad de la posesión de bienes embarcados o almacenados se prueba mediante títulos representativos como el

conocimiento de embarque o el recibo de almacén de depósito. En todas estas transacciones, quien determinó qué variante de la posesión era la más confiable y cierta fue el comportamiento típico y arquetípico de compradores y acreedores, por una parte, y de depositarios y navieros, por otra.

Si bien es cierto que el derecho mercantil requiere cada vez más documentos en forma de constancias de registros para legitimar la posesión de bienes valiosos, también es cierto que el registro protege a quien puede probar su calidad de tercero por medio de su aportación de un valor mercado a cambio del derecho posesorio reclamado. Así, quien reclame un derecho sobre una marca *notoria* sólo porque la registró (y no porque contribuyó con bienes y servicios con valor mercado considerable hasta lograr su notoriedad) viola el principio de la legitimación del uso por medio de la posesión. Por tanto, una disposición legislativa que establecía que el solo registro de una marca confería la propiedad a la parte registrante, independientemente del uso de la marca conocida por su poseedor y de su contribución al valor de mercado de la marca, requería de una interpretación restrictiva por parte de los tribunales.⁵³

La posesión como forma de titularidad, aprobada por el mercado e inspiradora de confianza, no sólo protege a los que aportan valor original, como el que crea y desarrolla el producto con marca comercial no registrada, sino también a terceros que confían en la apariencia de legitimidad que provee la posesión. Como se discutió anteriormente, hay muchos terceros con el derecho a gozar de dicha protección: los compradores de *bona fide* de la propiedad mueble o inmueble y los tenedores en debida forma de títulos de crédito y valor. Cuando el derecho mercantil protege esta posesión de terceros está protegiendo la adquisición masiva y segura de bienes y servicios, sean de una naturaleza tangible o intangible.

En este sentido, el principio romano *nemo plus iuris alium transfere potest quam ipse habet* (uno no puede transmitir aquello que no tiene) no fomentó el desarrollo del derecho mercantil de compras en mercado abierto, en tanto que el principio germánico *Hand muß Hand wahren* (la mano en la que se confía debe de proteger a la que confía en ella) impulsó este derecho y la economía de mercado. De manera similar, el principio de libertad contractual contenido en el Código Civil francés alentó la adquisición de propiedad comercial, como

⁵³ Véase las decisiones de la Suprema Corte de Costa Rica en *Alpizar Morales v. La Greyhound Corporation*, Casación, 15:30 horas, 11 de noviembre de 1959, II Sem., T. II, p. 1318; y *"J & P. Coats Ltd" v. "Luis Jiménez A. Sucs. Ltda."*, Casación, 16 horas, 9 de agosto de 1956, II Sem., T. I, p. 1255. Estas decisiones están sumariadas respectivamente en B. Kozolchik y O. Torrealba, *Curso de derecho mercantil*, pp. 224-229, 234-249, 1974.

también lo hizo su regla del *market ouvert*,⁵⁴ mientras que la limitación en los métodos para adquirir la propiedad hizo lo contrario.⁵⁵

La limitación en los métodos de adquisición de la propiedad es anticomercial porque no toma en cuenta ni la coexistencia jurídica entre el dominio absoluto y derechos posesorios fragmentados, ni su comercialidad, tal y como se discutió en el capítulo anterior. No anticipó, por tanto, que un acreedor prendario con prenda perfeccionada pueda adquirir un tipo especial de propiedad mediante el registro de su garantía prendaria. Ni previó que este tipo especial de propiedad autorizaría la reposición pacífica de los acreedores y la reventa privada (no judicial) del bien garantizador o colateral, aun cuando el "título" al colateral o bien garantizador estuviese o no en manos del deudor.⁵⁶ La apertura respecto a los métodos de adquisición de derechos posesorios es esencial en un mercado donde virtualmente cualquier bien, sea tangible o intangible, pueda ser objeto de venta o de prenda en el derecho mercantil. Desde un punto de vista técnico jurídico, todo lo que se requiere para implementar esta apertura es que los derechos posesorios sean incondicionales y ciertos.

D. Cuarto principio: sobre la libertad contractual y la seriedad de la intención contractual

El cuarto principio requiere que los contratos legalmente celebrados tengan la fuerza de ley entre las partes. Este principio fue discutido en conexión con la convalidación del mercado del siglo XIX.⁵⁷ Como se apuntó en aquella ocasión, la codificación de este principio, en 1804, implicó la apertura del mercado francés a importantes segmentos de la sociedad.⁵⁸ Una de las correcciones más difíciles requerida por el principio de la libertad contractual es la de restringir los abusos del poder de contratación. Estos abusos ocurren cuando una parte intenta ascender a una posición dominante y tomar ventaja del contractualmente más débil o inexperto. Hoy en día, las leyes antimonopólicas y de protección al consumidor actúan como un correctivo ante la liberación decimonónica de la libertad contractual.

La determinación de la seriedad en el propósito contractual es otra función correctiva del derecho mercantil. Esta corrección no tiene tantas implicaciones en el derecho público como lo tiene la protección al contractualmente débil,

⁵⁴ El artículo 2280 del Código Civil francés (J. Crabb trad, 1977) establece que "si el poseedor actual de una cosa robada o perdida la compró en una feria o en un mercado o en una venta pública, o de un comerciante que vende cosas similares, el dueño original sólo podrá recobrarla reembolsándole al poseedor el precio que le costó".

⁵⁵ Véase, *Ibidem*, artículos 711 y 712.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, UCC, subsección 9-503 al 504 (1988).

⁵⁷ Véase texto a que se refiere la nota 31.

⁵⁸ *Idem*.

pero es de igual importancia. Si el derecho mercantil tuviese como misión efectuar con total y estricta fidelidad la intención de un causante, como es la misión del derecho testamentario o del derecho de las transmisiones de propiedad real intervivos, la formalidad en la expresión de la voluntad comercial hubiera sido parte de su esencia.

Por otro lado, si el derecho mercantil sólo respondiera mecánicamente a las intenciones contractuales de los participantes en las diversas transacciones sin importarle la protección a terceros, hubiese desechado la función de muchas de sus formalidades. Por tanto, si bien es cierto que en muchos casos el derecho mercantil ha escuchado al mercado y escogido la informalidad, también es cierto que, en otros casos, las formalidades han sido requeridas por razones de carácter probatorio y sobre todo de protección a terceros. La decisión de Lord Mansfield en *Pillans v. Van Mierop*⁵⁹ ilustra esta postura. Después de determinar que el propósito del requerimiento de contraprestación onerosa (*consideration*) en los contratos era para establecer la seriedad de las partes contratantes y sobre todo la recepción de una promesa contractual, Mansfield sostuvo que, entre comerciantes, esa seriedad de intención era usualmente manifestada por medio de un escrito. En consecuencia la falta de contraprestación onerosa de una promesa no podía ser invocada por el promitente para evitar su responsabilidad asumida en una promesa expresada por medio de un escrito.⁶⁰

La informalidad en la expresión de la voluntad comercial prevalece especialmente en relación con transacciones masivas y expeditas. Billones de dólares representados por acciones y bonos son válidamente transmitidos diariamente en Estados Unidos entre clientes, corredores, negociantes y sus agentes en el "piso de la bolsa" con la única formalidad de una conversación telefónica, una nota confirmatoria (*slip*) o una señal de mano. De manera similar, los bancos de compensación en todo el mundo válidamente acreditan o adeudan las cuentas de sus corresponsales con enormes sumas con solo un impulso electrónico, precedido de una autorización vía telefónica, telex o satélites artificiales.

Esto no significa que la formalidad haya desaparecido del derecho mercantil. Los acuerdos sobre préstamos, los títulos valores y los "tratados" de aseguramiento o reaseguro son escritos formales altamente prolijos y en gran parte ininteligibles incluso para el abogado no especializado. De manera similar, en el mundo del derecho de procedencia románica, la transmisión de la propiedad real o de empresas mercantiles, o la creación de corporaciones continúa dependiendo de escrituras notariales formales. Sin embargo, la formalidad del derecho mercantil, como un medio para expresar la seriedad de la intención contractual comercial, es, como Mansfield intuyó, no ritual sino determinada por su función y contexto transaccional.

⁵⁹ 97 Eng. Rep. 1035 (K.B. 1765).

⁶⁰ *Idem*.

De forma consistente con la delegación al mercado de la determinación de seriedad de la intención contractual, el derecho mercantil de los siglos XVIII y XIX prefirió aquellas interpretaciones que favorecían la obligatoriedad de la intención contractual. Una vez que la intención había sido expresada de una manera que el mercado consideraba como seria, los jueces comenzaron a hacer valer la negociación. Las presunciones en favor de la buena fe de las partes, y las doctrinas tales como *contra proferentum* (los términos de un contrato deben ser interpretados en la manera más estricta en contra de quienes los redactan) tuvieron el efecto de impulsar la obligatoriedad de las negociaciones mercantiles.

E. Quinto principio: creación de un derecho mercantil viable a partir de la moralidad comercial observable en el comportamiento típico y arquetípico

Bajo el rubro de “creación del derecho” incluimos todas las normas que ayudan a convalidar y corregir la conducta del mercado, ya sean legislativas, judiciales, consuetudinarias o doctrinales. El principio de la creación de un derecho mercantil viable establece que el derecho mercantil proviene de un comportamiento mercantil típico y es formulado con la ayuda de deberes arquetípicos y de lógica geométrica y algebraica.

Un deber arquetípico se impone cuando se hace necesario proveer a participantes potenciales en una transacción con una medida significativa de confianza y certidumbre. Así, cuando un banquero, asegurador, naviero o almacenista ofrece administrar o custodiar bienes o ganancias pertenecientes a otro, actuando con capacidad fiduciaria expresa o tácita, asume deberes arquetípicos.

Un comportamiento típico, como lo señalamos antes, presupone un comportamiento en el cual el comerciante aplica una moralidad puramente utilitaria, aunque cooperativa. El comportamiento arquetípico fue inspirado inicialmente por una moralidad de hermandad religiosa altruista. Esta moralidad demanda diligencia arquetípica y deberes de tipo fraternal por lo que el bien o las ganancias deben ser cuidadas con extrema buena fe o *uberrima fides*, independientemente de si el negocio le produce ganancias al comerciante. En otro sitio hemos hechos referencia a este proceso como la civilización del derecho mercantil.⁶¹ Esta civilización refleja la necesidad de proteger y, por ello, de impulsar la participación del consumidor en el mercado de bienes y servicios.

Los deberes de hermandad son frecuentemente exigidos cuando hay una entrega o encargo de bienes o servicios acompañada de una delegación de las

⁶¹ Véase “La comercialización...” en este tomo.

facultades de decisión respecto a los mismos. Esta entrega o encargo ocurre ya sea porque es la única manera en que la transacción en cuestión puede ser llevada a cabo o porque quien entrega o encarga es demasiado débil o inexperto para actuar de otra manera. Los deberes del comerciante custodio o encargado no pueden establecerse solamente con responder a la pregunta, ¿qué hubiera hecho un comerciante típico en cualquier giro o sector en busca de sus ganancias?, ya que el mercado espera que estos comerciantes actúen no sólo con *bona fides* (buena fe), sino también con *uberrima fides* (o, según el juez Cardozo, "con el puntillo más honorable").⁶² En consecuencia, el modelo arquetípico para el comerciante confiable tiene que responder a la interrogante, ¿qué hubiese hecho un prudente y razonable banquero, asegurador, transportista, almacenista o director corporativo bajo estas circunstancias? o de manera más rigurosa, ¿qué hubiera hecho un banquero prudente y razonable actuando como fiduciario y cuando su interés propio es adverso al interés del encargante o beneficiario?

4. CONVALIDACIÓN Y CORRECCIÓN DEL MERCADO ACTUAL

A. Características del mercado

El mercado del siglo XX se caracteriza, primeramente, por su constante apertura o acceso irrestricto. En comparación con los mercados examinados anteriormente, en el mercado contemporáneo participa un siempre creciente número de comerciantes y consumidores. No sólo crece el volumen de transacciones de consumo, también crece el volumen de inversión comercial y préstamo por los no comerciantes. La preeminencia conseguida en años recientes por el intercambio accionario de Hong Kong y Tokio, y por los bancos australianos, coreanos, japoneses y de Singapur indica la extendida participación de comerciantes y no comerciantes en los mercados financieros a través de toda la economía global.

Una segunda característica del mercado comercial es la concentración de producción de alta tecnología en un relativamente pequeño número de productores. Espoleado por el aparente éxito del modelo japonés de cooperación gubernamental con productores privados en el financiamiento, producción y distribución de productos de alta tecnología, una revaloración de las correcciones antimonopólicas está siendo considerada en Estados Unidos y Europa. De la misma manera, los gigantes de la producción y distribución que logran sobrevivir a la competencia cada día más ardua continúan adquiriendo otras empresas para poder seguir compitiendo. Así, mientras la pirámide de mercados

⁶² Véase *In re James' Estate*, 86 N.Y.S. 2d 78, 89-90 (1948).

comerciales se está expandiendo en su base de consumidores, los comerciantes al por mayor y al detalle parecen estarse reduciendo, especialmente respecto a los productores de alta tecnología.

Una tercera característica de este mercado es la libertad de sus participantes para fijar los términos y condiciones de sus transacciones, incluyendo precios. Los precios justos son fijados por los legisladores sólo para proteger a los consumidores débiles o inexpertos, y más raramente a comerciantes inexpertos. Cuando se da este caso, la corrección de precios se efectúa ya sea directamente o por la aplicación de doctrinas de mala fe, abuso del derecho o de usura.

Una cuarta característica es la globalización del mercado financiero y de transporte. Una de las fuerzas principales que llevan a la globalización del mercado financiero ha sido el cambio en la actitud de los tesoreros corporativos hacia inversiones a corto plazo de sus ganancias líquidas. Este cambio tuvo lugar aproximadamente hace 20 años, después de la introducción por los grandes bancos comerciales de Estados Unidos,⁶³ de certificados de depósito negociables y de otras formas de depósito a corto plazo productoras de interés. De todo el mundo empezaron a fluir enormes sumas de dinero a las instituciones financieras de Estados Unidos.

Los adelantos en la tecnología de las telecomunicaciones y la introducción de las comunicaciones de computadora a computadora y de satélites artificiales hicieron posible manejar estas transacciones como entradas contables instantáneas. Así, el dinero disponible fue enviado al más alto y seguro postor de réditos por hora, día o mes desde una esquina del mercado mundial a otra. La lista de estos productos bancarios, a menudo reportada como transacciones "fuera del balance bancario", está creciendo constantemente. Incluye transacciones tales como promesas de compra o venta y opciones de compra o venta de títulos valores, tasas de interés y de cambios de moneda que contemplan la compra, préstamo o permuta de cualquier fuente de ingresos a corto plazo, en monedas confiables.

Los usuarios y participantes en estas transacciones ya no son únicamente los inversionistas corporativos; ahora se incluyen las agencias gubernamentales y cuasigubernamentales tanto en economías de mercado como en economías que no lo son. La fuerza que hay detrás de estas prácticas es la necesidad de los usuarios de poner sus ganancias líquidas en forma tal que produzcan interés o ganancia durante cada hora del día. La meta de las ganancias continuas es mantener un siempre creciente énfasis en la certeza de la propiedad comercial, tanto en su movilidad como en su "movilización".

Para convertirse una mercancía comerciable en una base mundial, el bien mercantil debe producir un continuo flujo de ingresos por un periodo específico y de una manera confiable. Esto requiere que el bien sea fácilmente transferible

⁶³ Para una crónica legible sobre lo que está resumido en el texto principal, véase M. Mayer, *The Bankers*, pp. 189-209, 1976.

y que sea tan negociable como lo es el dinero. Así como las computadoras continúan tomando el lugar de las funciones tradicionales de registro, el bien mercantil en cuestión debe ser susceptible de ser transformado en información electrónica que pueda funcionar como títulos, certificaciones o copias "computacionales" de los documentos representativos del dominio.

La necesidad de una transmisión y de negociabilidad fácil de bienes productores de ingresos confiables está acelerando la transformación de muchos derechos derivados de la propiedad real, previamente caracterizados como propiedad mueble en muchos países con el sistema de derecho civil. Esta transformación de los derechos derivados de la propiedad inmueble o real se da cuando los derechos posesorios de la propiedad real se incorporan a bonos hipotecarios, documentos representativos del título u otros documentos que confieren un derecho indiscutible a la posesión del bien, sus ingresos o ganancias. Ya sean "materializados" en una copia documental de un mensaje de computadora o en un formato electrónico, estos documentos se convierten cuando menos en tan valiosos, si no más, que el bien subyacente, sea éste un rascacielos en Manhattan o un embarque petrolero mexicano.

Los adelantos en las comunicaciones electrónicas y en la tecnología computacional han hecho posible globalizar las operaciones de embarque y documentación. Se han intentado registros electrónicos centrales de conocimientos de embarque para embarques seleccionados, como el petróleo.⁶⁴ Los bancos y otros intermediarios financieros están empezando a introducir servicios que le permiten a los transportistas y almacenadoras localizar instantáneamente sus embarques, almacenamientos, documentación y pagos. Esto ha sido posible mediante el uso de un lenguaje electrónico uniforme y mensajes codificados transmitidos a cada participante en la secuencia del embarque, pago y distribución de los bienes. Cada participante añade su información electrónica al mensaje.

La secuencia transaccional generalmente comienza con la orden del comprador, es seguida por mensajes a los transportistas por parte del vendedor y por mensajes electrónicos del comprador a su banco ordenando la emisión de créditos documentarios, luego por la emisión y notificación electrónica al banco notificador o confirmante, seguidas de la presentación de facturas, conocimientos de embarque, pólizas de seguro, y así hasta que el proceso termina con el pago. La globalización de las prácticas de transporte, con su énfasis en la velocidad y confiabilidad de las comunicaciones, fue la responsable del difundido uso de las cartas de porte aéreas desde los años cincuenta. En el presente, la globalización del mercado financiero y la celeridad alcanzada por el transporte marítimo han impulsado el uso de cartas de porte electrónico-marítimas en el transporte por el Atlántico Norte.

⁶⁴ Sobre la documentación electrónica y el registro central de conocimientos de embarque, véase B. Kozolchyk, "Is Present Letter of Credit Law up to Its Task", *Geo. Mason U.L.R.* 285, 298-304, 1986.

Una quinta característica del mercado contemporáneo es su libre amalgama de funciones previamente especializadas, sobre todo en los mercados financieros. Los roles tradicionales están siendo abandonados por los comerciantes o banqueros no-tradicionales, o están siendo asumidos por intermediarios no-tradicionales. Los bancos en los grandes centros de comercio están empezando a expedir pólizas de seguro o su equivalente funcional. Estos bancos están también actuando como aseguradores de acciones ordinarias o de deuda, agentes de transporte y facilitadores de cargamentos y documentación comercial. Por otra parte, las compañías de seguros funcionan como prestamistas comerciales y están expidiendo créditos documentarios. Los corredores de acciones aparecen como depositantes de fondos a corto plazo. Los grandes comerciantes al detalle expiden tarjetas de crédito, pólizas de seguros y otros servicios financieros. La computarización ha hecho posible la amalgama porque permite transacciones más veloces al conformarlas de acuerdo con un patrón uniforme. La uniformidad de las transacciones permite una evaluación más realista de la eficiencia, riesgo y rentabilidad de la transacción.

5. LA EVALUACIÓN DE LA MISIÓN DEL DERECHO MERCANTIL. PROBLEMAS Y SOLUCIONES

A. Limitación de la responsabilidad, asunción de riesgos e igualdad de trato

La limitación de la responsabilidad continúa siendo un convalidador esencial del mercado comercial contemporáneo. Una ojeada a la actual revisión del UCC de Estados Unidos refleja la continua tendencia a extender las reglas sobre limitación de responsabilidad y determinación de la finalidad del pago a nuevas operaciones de comercio. Consideremos, por ejemplo, la revisión de una de las secciones clave del UCC: su artículo 3 sobre títulos de crédito.⁶⁵ La sección 3-310(1) se refiere a cheques bancarios certificados u oficiales dados en pago de una obligación.

Cortes y comentaristas no están de acuerdo en cuanto a si la emisión de un cheque certificado por sí misma constituye un pago final por el librador o si sólo cancela su responsabilidad para con el tenedor que la solicite.⁶⁶ La opinión prevaleciente era que si el tenedor requería que el cheque fuese certificado, la certificación en sí constituiría el pago final de lo que se le debía.⁶⁷ En contraste,

⁶⁵ Véase *Uniform Commercial Code Progress Reports*, 20 de abril de 1988, A.L.I. 11-12, en delante *ALI Progress Report*.

⁶⁶ Véase UCC sección 3-802(1) y los comentarios oficiales 1, 2, y 3. Sobre la división de opinión sobre los cheques certificados, véase *Travi Construction Corp. v. First Bristol County National Bank*, 405 N.E. 2d 666, Mass. App. Ct. 1980.

⁶⁷ *Travi Construction*, 405 N.E. 2d 666.

si quien requería la certificación era el librador, la certificación por sí misma no sería el pago final; es decir, el librador continuaría siendo responsable de su deuda a pesar de que muy posiblemente pagó ésta al banco emisor del cheque. De acuerdo con el UCC revisado § 3-310(a), cuando tal cheque es tomado, sin importar quién pidió la certificación, la obligación será liberada como si se hubiera pagado finalmente.⁶⁸

Consideremos también la modificación propuesta para el artículo 6 del UCC respecto a ventas de un establecimiento comercial. En el presente texto el artículo 6 se aplica, en su mayor parte, a cualquier transmisión en masa "de una empresa cuyo negocio principal es la venta de mercancía en existencia".⁶⁹ La versión revisada se aplicaría a ventas de casi cualquier clase de negocios.⁷⁰

Finalmente, consideremos los efectos de la promulgación del Código de Quiebras estadounidense en 1978. Este Código universalizó lo que una vez fue estrictamente un privilegio comercial de rehabilitación de las deudas privadas. Como lo apuntó J. Ziegel, "Estadísticas sobre quiebras en los países con mercados más poderosos en el occidente a través de los últimos cinco años indican que la bancarrota es un próspero negocio jurídico, una de las pocas industrias jurídicas en crecimiento en el mundo occidental".⁷¹

Sin embargo, mientras más participantes en el mercado buscan esclarecer su finalidad de pago y su limitación de responsabilidad, otros participantes pierden protección por principios igualmente esenciales a la misión del derecho mercantil. Esta tensión entre la limitación de la responsabilidad y los otros principios es el resultado de la inherente naturaleza conflictiva de los principios jurídicos. En contraste con la norma individual, el ámbito de aplicación de los principios jurídicos debe ser lo suficientemente amplio como para inspirar la formulación de múltiples normas. La tensión entre los principios también resulta de la creciente apertura del mercado comercial; al ir aumentando el número de comerciantes y consumidores participantes, también crece la fricción entre los principios que protegen a un sector y otro.

El principio de la igualdad de trato se ve seriamente afectado por crecientes limitaciones de la responsabilidad. Tomemos, por ejemplo, el UCC revisado § 3-310(a). Cabe preguntarse si un tenedor que promete quedar satisfecho con el recibo de un cheque certificado como pago de su deuda debe tener los mismos derechos que un tenedor que deja claro al librador que sólo toma tal cheque como "sujeto a su cobro". Tratar a ambos tenedores de la misma manera introduce no sólo desigualdad, sino también una costosa falta de seguridad para aquellos acreedores que no se contentan con la posesión de un instrumento no pagado.

⁶⁸ Véase ALI Progress Report, cit., supra nota 65, pp. 11-12.

⁶⁹ *Idem*, p. 46, UCC, sección 6-102(1), (3) (1988).

⁷⁰ ALI Progress Report, cit., supra nota 65, p. 46.

⁷¹ Véase Ziegel, "Presentation on Secured Claims in Bankruptcy", 4 *Ariz. J. Int'l. & Comp. L.* 147, 1987.

Los desiguales también son tratados como iguales cuando los deudores, de hecho solventes pero temerosos de que posibles demandas laborales o de otra índole los dejen eventualmente insolventes, pueden obtener la protección de una quiebra que fue diseñada para casos de insolvencia actual y real. Una desigualdad similar se evidencia cuando el derecho estatutario o consuetudinario exime de responsabilidad a ciertas clases de comerciantes, por ejemplo, los bancos que negligentemente traducen los términos de créditos documentarios o directores corporativos que de manera negligente aconsejan decisiones corporativas.⁷²

No todas las correcciones a las desigualdades precedentes son de la misma índole. Existen diferencias significativas entre las correcciones requeridas por la nueva norma sobre el cheque certificado, la disponibilidad de la quiebra para los deudores sólo potencialmente insolventes y las exenciones de responsabilidad del banquero y el director corporativo. Mientras que el derecho mercantil está idealmente equipado para corregir las desigualdades creadas por las reglas sobre el cheque certificado, sólo puede asistir a otras disciplinas en la corrección de las desigualdades que resultan de otorgar o retirar un privilegio a una clase o giro de comerciantes.

Esta última desigualdad afecta tanto a los participantes como a los no participantes en el mercado comercial. En las sociedades democráticas y pluralistas, este tipo de corrección por lo general involucra una seria decisión política correspondiente a la legislatura o a las cortes que deciden sobre la constitucionalidad de las acciones legislativas, administrativas o judiciales. Una vez que la decisión política ha sido tomada y la concesión aprobada, la misión del derecho mercantil es asegurar que aquellos que demandan las protecciones de la responsabilidad limitada sean verdaderos miembros de la clase privilegiada; es decir, que los iguales y sólo los iguales sean tratados como tales.

En contraste con este rol marginal como garante de los privilegios de la responsabilidad limitada, el derecho mercantil continúa jugando el papel central en la determinación de los formatos de la responsabilidad limitada. A través de la historia del derecho mercantil, la introducción de nuevas transacciones ha requerido que aquéllos a quienes se invite a participar en las mismas reciban indicaciones confiables de la limitación de su obligación. En algunas transacciones ha bastado con dividir los riesgos entre los participantes tal como hizo

⁷² Véase International Chamber of Commerce, Pub. No. 400, *Uniform Customs and Practices for Commercial Documentary Credits*, artículo 18, 1983. El tema de la extensión de responsabilidad de los directores corporativos por negligencia, en comparación al consejo desleal, ha sido el tema de un creciente número de exenciones estatutarias estatales en Estados Unidos. Este tema fue uno de los más ardientemente debatidos en la Sexagesimasexta Reunión Anual del American Law Institute del 16 al 19 de mayo de 1989.

la *lex rhodia*⁷³ respecto a ciertas pérdidas en viajes marítimos, por la *commenda*⁷⁴ entre los inversionistas medievales activos y pasivos, y por la decisión de lord Mansfield en *Price v. Neal*⁷⁵ en relación en las víctimas de letras de cambio falsificadas. Cuando pueden resultar pérdidas significativas para cualquier participante en un incontable número de transacciones instantáneas (como en el trillón de dólares que se transfiere electrónicamente en un solo día en Estados Unidos)⁷⁶ el riesgo demanda un sistema de seguros cuyo costo sea compartido por todos los participantes.

Muchas de las nuevas transacciones del mercado aludidas arriba requieren de una asunción general de riesgo compartido. La transferencia electrónica de fondos al mayoreo y menudeo, la circulación mundial de acciones no certificadas, créditos documentarios electrónicos, libramientos, facturas, conocimientos de embarque y documentos de seguros necesitan de esquemas de aseguramiento comprensivos y sofisticados.

Los riesgos inherentes a estas transacciones están relacionados con cuestiones sobre el momento de la obligatoriedad, revocación y aceptación de órdenes de pago, pagos fraudulentos o negligentes efectuados por empleados o funcionarios no autorizados o por terceros desconocidos, verificación impropia de estados de cuenta, firmas inválidas y códigos o símbolos de autorización.⁷⁷ De igual manera, una vez que los registros centrales de las transferencias de propiedad y perfección de garantías prendarias se generalicen, los seguros tendrán que cubrir la validez de los registros y de la asignación de NIP (número de identificación personal) u otras autorizaciones o códigos electrónicos para compradores o acreedores.

El tipo de transacción involucrada requerirá el pago rápido al asegurado. De otra manera, las víctimas del robo o fraude no continuarán participando en transacciones que presuponen la disponibilidad inmediata de sus ganancias líquidas. Tomemos, por ejemplo, la cadena de garantías normalmente asociadas con la aceptación bancaria típica. El comprador de la aceptación de un banco de Nueva York en Hamburgo no adquirirá esta aceptación si no se le asegura el pago inmediato cuando se presente su letra aceptada al aceptante en Nueva York. El banco aceptante en Nueva York, por su parte, no aceptará el libramiento del vendedor de bienes o servicios en Nueva York, salvo que sea capaz de obtener un prepago o un rápido reembolso del banco emisor del crédito documentario original en Barcelona. Y el banco emisor en Barcelona no emitirá el crédito garantizando el pago a los acreedores, en Nueva York y Hamburgo,

⁷³ W. Holdsworth, *op. cit.*, *supra* nota 47, p. 264.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 275.

⁷⁵ *Price v. Neal*, 97 Eng. Rep. 871 (K.B. 1762).

⁷⁶ Véase ALI Uniform Commercial Code, artículo 4A - Transmisión de fondos, borrador final propuesto XV (20 de abril de 1989), en adelante ALI 4A.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. xvii-xxii.

salvo que esté garantizado que el NIP que provocó la emisión del conocimiento de embarque fue procurada fraudulentamente.

B. La intención contractual. Los usos del comercio electrónicamente programados y la igualdad de tratamiento

Mucho se ha escrito en la literatura jurídica angloamericana contemporánea sobre el estado actual del derecho contractual, incluyendo su supuesta muerte y su transfiguración en acciones de equidad y de actos ilícitos o de responsabilidad extracontractual. Basta decir que el libro de Grant Gilmore *The Death of Contract* ya ha generado centenares de artículos en revistas jurídicas.⁷⁸ Mucha de esta labor dogmática se hubiese ahorrado si los comentaristas se hubieran enfocado en el significado de contrato mercantil y en el reto a la doctrina del contrato tradicional planteada por las prácticas electrónicas contemporáneas.

El derecho mercantil de los grandes centros de comercio ha rechazado hace ya bastante tiempo la noción de que existe una entidad jurídica fija, inmutable, documentaria u oral que recoge la intención transaccional de las partes, conocida como "el contrato", como se ha señalado en otro estudio.

Parménides hubiera tenido muchas dificultades con el UCC porque hubiera insistido en la noción de que en cada transacción o relación contractual existe un solo contrato, el contrato "verdadero". El UCC trata los contratos de compraventa como si fueran el río de Heráclito, en un estado de flujo normativo constante. Por ello, dentro de cada contrato parmenidiano hay muchos contratos posibles, dependiendo del estado de la relación contractual. Si el problema litigado atañe a la formación del contrato, entonces la corte podrá concluir que el contrato es la oferta firme del promitente (con o sin contraprestación del recipiente), la conversación oral seguida de una confirmación escrita (aceptada o no por el recipiente) o el comienzo sustancial de la manufactura de ciertos bienes por parte del recipiente de la oferta.

Si el problema litigado es relativo a la suficiencia o adecuación de la prestación de cualquiera de las partes, se podrá decidir que los términos y condiciones del "contrato" están contenidos en la conducta previa de las partes en relación con contratos similares o usos prevalecientes en esa plaza con respecto a ese tipo de contratación. Finalmente, si el punto en litigio es la adecuada medida de daños de un incumplimiento contractual, el UCC dirige a las cortes a que analicen los daños en contratos hipotéticos que compensaren a la parte agraviada por el volumen de ventas perdido o por ganancias en ventas futuras, basadas en precios y costos estimados que las partes nunca negociarían.⁷⁹

⁷⁸ G. Gilmore, *The Death of Contract*, 1974. La hemeroteca de revistas jurídicas de LEXIS fue investigada usando los términos "'death of contract' w/25 'Gilmore'".

⁷⁹ Véase "La comercialización..." en este tomo.

El río de los contratos mercantiles, lejos de ser metafísico, fluye sobre territorios escarbados por los usos del comercio, la costumbre y la trayectoria previa de las negociaciones entre las partes. Debido al importante papel normativo del comportamiento comercial típico, tanto las cortes como los legisladores tienden a pensar no en contratos individuales, sino en formas o tipos de contratos en un giro o área del comercio dados. Cuando el significado de los términos contractuales varía de los del mercado, la prueba de la intención extrínseca y verdadera (*parole evidence*) se convierte en la fuente de lo que es la intención contractual para este tipo de estipulación en el mercado.

De esa manera, una acción basada en una falsa o dolosa promesa, en lesión con daños y perjuicios por conducta no equitativa, no es una criatura del derecho de actos ilícitos o de responsabilidad extracontractual, como lo afirma Gilmore, sino un “corrector” mercantil tradicional de las desigualdades del mercado. La acción sería por actos ilícitos, propiamente, sólo cuando el principio aplicable no fuera el de un comerciante típico o arquetípico, sino el mucho más amplio y “civil” del “hombre prudente y razonable” o del “buen padre de familia”.

El origen mercantil y crediticio de las acciones judiciales “por conducta contraria a la confiabilidad de promesas (*promissory estoppel*)” se verifica por el hecho de que estas acciones son innecesarias cuando sólo se venden bienes existentes y contra pago concomitante a su entrega. En estos mercados no crediticios las órdenes para entregas futuras no se aceptan o no se toman seriamente.⁸⁰ ¿Cuál sería, entonces, el propósito de las acciones por incumplimiento de promesas en mercados en donde las promesas de ejecución futura no existen?⁸¹ A la inversa, donde las declaraciones unilaterales de la voluntad, como en las ofertas firmes de conceder crédito, son comúnmente usadas y confiadas, hay buenas razones para conceder acciones por el incumplimiento de promesas expresas o tácitas. Esto sería cierto pese a que no pueda probarse que hubo identidad total de intención contractual entre el ofertante y el recipiente de la oferta.⁸²

⁸⁰ Durante finales de la séptima y principios de la octava década, la joyería indostani era bastante popular en el oeste de Estados Unidos. Chester Jones, un exestudiante y comerciante de joyería zuni pasó un semestre describiendo las costumbres y leyes del comercio zuni comparándolo con el derecho del artículo 2 (sobre la compraventa) del ucc. Una de sus primeras conclusiones fue que los contratos de ejecución o de realización futura eran desconocidos para los zunis y considerados como no obligatorios. A menos que uno comprara la joyería que estaba disponible y en ese momento, incluso un depósito para manufactura futura se consideraba jurídicamente sin significado. Véase C. Jones, *Suni Sales Law*, 1978. Cuando le comuniqué los resultados de las investigaciones de Jones a Salomon Nahmad, uno de los principales antropólogos culturales de México, confirmó los mismos patrones en el comercio entre los indios chatinos y mixes de Oaxaca, México. El profesor Nahmad atribuyó la ausencia de contratos de ejecución futura a la conexión indígena entre la asunción de obligaciones y sus ciclos agrícolas, cada ciclo sirve como un límite natural de lo que uno se compromete a hacer o dar.

⁸¹ *Idem.*

⁸² Véase el Código Civil alemán, artículo 133 sobre el efecto obligacional de la verdad como opuesta al propósito literal de una declaración unilateral de la voluntad.

La analogía del río de Heráclito es cada vez más adecuada al mundo de los contratos mercantiles electrónicos que se nos avecina. Éste es un mundo de arroyos que transportan usos y costumbres peculiares a cada giro mercantil hasta desembocar en el gran cauce de un método electrónico uniformemente programado para hacer negocios multipartitas. Un estudio reciente sobre mensajería electrónica describe un tipo estandarizado de ventas utilizando un método para intercambiar información sobre negocios y transporte de computadora a computadora conocido como Intercambio Electrónico de Datos (IED).

Cuando el IED se utiliza para adquirir bienes, el comprador envía por un medio electrónico documentos uniformados electrónicamente, como órdenes de compra a la computadora del fabricante. Cuando estas órdenes se reciben, el fabricante puede iniciar el proceso de entrega ordenando el transporte de los bienes y la preparación y comunicación del papeleo restante de una manera expedita, también electrónicamente. Toda la transacción, desde la oferta o promesa de compra hasta el pago final, puede conducirse de manera electrónica y sin el intercambio o generación de una sola hoja de papel. Las computadoras pueden monitorear el nivel de inventario del cliente, determinar cuándo está bajo el inventario y, sin la intervención humana, mandar una orden de compra al vendedor. Las computadoras también pueden emitir automáticamente instrucciones para manufacturar o transportar los bienes ordenados.⁸³

A continuación del procedimiento de orden de compra IED, el cliente A, por medio de "una solicitud de emisión de crédito maestra", acuerda la emisión de un crédito documentario con el banco B y utiliza un programa de computación que redacta estos créditos y genera un texto de crédito documentario que su computadora envía a la del banco B. B tiene un programa que verifica el monto de crédito autorizado a A. B le informa a A que, salvo que A tenga alguna objeción al texto presente, B enviará al banco C este texto para su confirmación en la plaza de negocios del vendedor. C tiene un programa electrónico que facilita la determinación del cumplimiento del vendedor beneficiario D con los términos del crédito. Así, un conocimiento de embarque electrónico procurado por D, cuya identificación o número de llamada coincide con la especificada por B, es transmitido a B por C para ser usado por A, una vez que la computadora de B, a su vez, verifica la conformidad de los datos enviados por C. Finalmente, B reembolsa a C el pago que éste efectuó a D por una transferencia electrónica de fondos que autoriza a otro banco F para acreditar la cuenta de C con el monto del crédito confirmado y pagado a nombre de B.

El continuo flujo de ejecuciones y pagos descrito, característico del arroyo de usos bancarios, es notable tanto por la ausencia de papel como de promesas recíprocas, tradicionalmente atribuidas a los contratos bilaterales sinalagmáti-

⁸³ M. Baum, A. Boss, y P. Fry, *Electronic Messaging. A Report of the Ad Hoc Subcommittee on Scope of the UCC* 6 American Bar Association, 1988. De casi un modo misionario, M. Baum es un pionero del esfuerzo más significativo por esclarecer las implicaciones legales de la nueva tecnología.

cos (promesa, a cambio de una promesa o prestación concomitante). En este flujo transaccional, las promesas no se intercambian por promesas concomitantes. Los actos o presentaciones se ejecutan y se intercambian por promesas preexistentes de acuerdo con un método establecido no en la promesa u oferta en sí, sino en un acuerdo previo de transacción electrónicamente programada.

Así, cuando la computadora del vendedor responde a la orden de compra del comprador y requiere a la computadora del transportista un espacio para la carga del comprador, la computadora del vendedor está respondiendo a una condición de la promesa de compra preexistente, parte de un complejo de condiciones preestablecidas electrónicamente. De igual forma, cuando el banco del comprador emite el crédito documentario electrónico, está actuando de acuerdo con una solicitud preexistente dentro de un acuerdo de formato maestro, que determina si se han realizado ciertos pasos establecidos electrónicamente.

Al efectuar los pasos que el programa requiere, el participante se convierte en titular de ciertos derechos y asume ciertos deberes. Estos derechos y deberes usualmente se especifican en un documento, redactado en términos parecidos a los de un poder de abogado. Dependiendo de la localización del cauce transaccional en el momento en que se le aúne el participante en cuestión, y de la función de esa fase (orden de compra, transporte, pago, reembolso, cobro, etcétera), el documento será llamado “acuerdo de preautorización”, “solicitud maestra para la emisión de créditos” o programa para el “procesamiento de documentos”.

Esta autorización inicial, que puede ser dada por un comprador o por su banco, moviliza el flujo transaccional. Como comprador, puede ordenar bienes del vendedor. Como vendedor, puede obtener espacio de carga del corredor o transportista, o un pago o adelanto del precio de venta por un banco negociador. Si es el corredor o transportista, puede emitir los mensajes contentivos del recibo de embarque o de cargamento. Si es asegurador, puede emitir su póliza o certificado electrónico o documental de cobertura bajo una póliza maestra o individual, y así sucesivamente.

Este método transaccional electrónicamente programado tiene características más o menos vinculatorias a las del contrato tradicional, unilateral, bilateral o multilateral. Es más vinculatorio en el sentido de que confiere poderes sobre bienes y servicios del otorgante tanto a participantes conocidos como a desconocidos generalmente desde la emisión de la promesa u orden. Este método es menos vinculatorio que los contratos tradicionales porque la intención de obligarse en cada transacción, o fase de la misma, no es peculiar a cada parte contratante, sino al uso del comercio o costumbre en cuestión.

Por ejemplo, el transportista y el comprador o vendedor no están ligados como resultado de negociaciones entre ellos o a través de sus agentes o corredores. Están vinculados por su intención de unirse al cauce transaccional que conlleva términos y condiciones de transporte preestablecidos. El método

de trato electrónicamente programado es también menos vinculatorio que el contrato tradicional porque no existe nexo contractual alguno entre la mayoría de los participantes. Por ejemplo, no hay nexo entre el cliente A (comprador) y el banco C (el banco confirmante en la plaza de venta del vendedor) o entre el cliente A y el banco C y el transportista T (un operador de transporte combinado en un tercer país). De ahí que la fundamental fuente del derecho de negociación electrónica sea el uso o la costumbre del comercio del giro o profesión en cuestión.

La interpretación judicial de este uso no puede utilizar la herramienta tradicional para la interpretación de los contratos, la determinación de la intención de las partes expresamente manifestada. Tendrá que depender de la prueba de la intención tácita transaccional para establecer la vinculatoriedad de cada segmento de la transacción, a la luz del esquema total. De otra forma, una parte contratante en un contrato de compraventa bien podría quedar sujeto a condiciones de imposible cumplimiento.

Así, un comprador norteamericano podría alegar que la intención tácita de su contrato con el vendedor sueco era que éste procurase la emisión de un conocimiento de embarque tradicional a pesar de que los programas electrónicos y usos del transporte marítimo en el Atlántico Norte indican que tal conocimiento de embarque se emite muy poco, ya que fue sustituido por la carta de porte marítima (*sea way bill*).

A la inversa, un vendedor europeo puede estipular en su acuerdo de ventas con un comprador canadiense que éste procure y envíe un crédito documentario original en papel timbrado sólo para recibir una copia de crédito emitida por télex o por computadora. Puesto que la mayor parte de las cartas de crédito son emitidas por télex o computadoras, la insistencia contractual de originales timbrados también puede constituir una condición imposible.

Tal vez el reto más difícil planteado por el método de hacer negocios programado electrónicamente es asegurar la habilidad de juzgador para corregir las desigualdades creadas por el diseño del programa de computación. Salvo que el juzgador esté capacitado para corregir las desigualdades resultantes, aquellos que encargaron o diseñaron el programa pueden terminar imponiendo términos injustos o leoninos sobre diversos usuarios del programa.

C. La necesidad de soluciones globales uniformes

Los usos correspondientes a los diversos tipos de transacciones involucrados en estos métodos son las nuevas fuentes del comportamiento típico y arquetípico que el derecho mercantil convertirá en conceptos, normas y principios de interpretación. Conceptos tales como actos y momentos de vinculación, aceptación y liberación de promesas, lo mismo que actos o eventos que creen

responsabilidad subjetiva u objetiva, deben sintetizar de manera cuidadosa los hechos transaccionales y el comportamiento típico y arquetípico.⁸⁴

El reto más exigente planteado por los métodos electrónicos es obtener una uniformidad jurídica internacional. Dada la creciente naturaleza global del mercado financiero actual y la dependencia de las computadoras de programas similares para comunicarse con otras computadoras, un lenguaje electrónico uniforme es esencial. Si una orden de compra de bienes emitida por una computadora es interpretada por la otra como una terminación de la relación de negocios, el negocio en cuestión simplemente no puede concluirse.

La uniformidad del lenguaje electrónico es sólo uno de los varios niveles de uniformidad necesarios. El siguiente nivel de uniformidad trae consigo un tipo legal de comunicación coherente; es decir, uniforme o al menos armonioso con el vocabulario jurídico de la otra parte contratante. Tomemos, por ejemplo, el uso de un mensaje electrónico en forma de una factura comercial electrónica por un vendedor como respuesta a la orden electrónica de bienes hecha por el comprador. No todas las facturas comerciales son iguales. En algunos países como Brasil las facturas también fungen como promesas transferibles de pago o *duplicatas*. Una *duplicata* puede contener más o menos elementos de información de lo que es requerido por un comprador, un corredor de agente aduanal o por un oficial de aduanas de una factura comercial. Esto significa que si un exportador brasileño de café tiene que presentar una factura comercial usando el formato electrónico de la factura comercial, no podrá enviar su *duplicata* electrónicamente. A medida que más servicios aduanales alrededor del mundo adopten métodos computarizados de procesamiento de documentos de exportación e importación, la presión para lograr uniformidad en el formato de las facturas hará imposible la utilización de otros formatos diferentes de aquéllos aceptables o compatibles con las computadoras de las aduanas.

La uniformidad en el formato y en el mensaje forzarán la uniformidad de normas subyacentes, independientemente de su complejidad jurídica. Como en el caso de la *duplicata* brasileña, se exigirá un mínimo de uniformidad jurídica subyacente en lo sustantivo y procesal para que la uniformidad en el formato sea efectiva. Ciertas promesas o aseveraciones se requerirán para que un mensaje electrónico sea considerado el equivalente de una factura. De igual manera, se pedirán ciertos derechos de posesión para que el contenido de un mensaje sea considerado un conocimiento marítimo.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, ALI 4A, *cit.*, *supra*, nota 76, subsección 4A-207, sobre los varios nuevos significados del término "aceptación" en la práctica y el derecho de las remesas electrónicas de fondos. El término "aceptación" puede significar: a) ejecución de una orden de pago (subsección 4A-207(1)); b) notificación al beneficiario del recibimiento de la orden de pago (subsección 4A-207(2)(a)); c) recibo bancario del beneficiario por el monto total de la orden de pago (subsección 4A-207(2)(b)); d) el momento de apertura del día de negocios siguiente a la transmisión de fondos a partir de la fecha de pago de la orden (subsección 4A-207(2)(c)).

Finalmente, los mensajes electrónicos que son más representativos del comportamiento típico o arquetípico desplazarán a aquellos que no reflejen tal comportamiento. Consideremos, por ejemplo, el destino de un conocimiento de embarque electrónico que no faculta al tenedor a obtener la posesión de los bienes *versus* otro que sí lo faculta. Predeciblemente, el mercado reemplazará el primero por el segundo. También es predecible que la conceptualización jurídica, basada en la lógica geométrica y algebraica, continuará jugando un papel central en el nuevo y complejo mundo del comercio electrónico. Debe recordarse que la comprensión constantemente requerida de los mensajes electrónicos impone una economía de términos y la sintetización de expresión. De ahí que aquellos conceptos que mejor sintetizen las declaraciones de voluntad, promesas, obligaciones, órdenes y transacciones de todo tipo serán los más adecuados para usarse como componentes de los mensajes electrónicos uniformes.

D. El título, la posesión y la desaparición de la dicotomía de la propiedad mueble e inmueble

El principio de que la titularidad en el derecho mercantil no es más que la forma de posesión más confiable en el mercado está dando señas de uso excesivo. Paradójicamente, mientras más se aplica este principio, más asistencia necesita de su predecesor histórico, el principio de que la única verdadera titularidad es la histórica o “una vez dueño, dueño hasta que uno quiera dejar de serlo”.⁸⁵ Como se apuntó anteriormente, el siglo XX ha sido testigo de una extraordinaria proliferación de derechos posesorios sobre bienes que producen un ingreso confiable.

Para poder preservar una semblanza de orden para las transferencias multitudinarias de posesión y para sus gravámenes, el derecho mercantil ha usado cada vez más el registro comercial, tanto como un medio para certificar el título como para proveer publicidad a los compradores y acreedores de *bona fide*. Cuando los objetos involucrados son costosos y el volumen de la transacción es alto, como con los vehículos motorizados y los aviones, el derecho mercantil ha recurrido al principio de la propiedad histórica, y a su secuela de certificación y endoso del título. También los intentos recientes de centralizar la publicidad de las transferencias de conocimientos de embarque cubriendo cargamentos de petróleo recurrieron al registro, seguido por el otorgamiento de un número electrónico o código para facilitar las negociaciones subsecuentes del conocimiento y su presentación final por el último tenedor en el puerto de descarga. Esta recurrencia al registro, a certificados de titularidad, como

⁸⁵ Para un contraste entre estos dos principios, véase “La venta...” en este tomo.

convalidadores de los derechos de transferencia ha sido obstaculizada por la vieja dicotomía entre la propiedad mueble y la inmueble.

Esta dicotomía existe en gran medida debido a la tradicional diferencia en el valor mercado de la propiedad real y la mueble.⁸⁶ Durante muchos siglos se asumió que la propiedad inmueble siempre poseía un valor significativo mientras que la mueble era insignificante, si no vil (*res movillies res vilis*). Por consiguiente, los bienes accesorios (muebles) seguían la suerte de los principales y eran absorbidos por éstos. Ésta ya no es, ni debe ser, la situación actual.

El uso creciente de documentos representativos del dominio y de cédulas o bonos hipotecarios al igual que de mensajes electrónicos que confieren derechos posesorios o de titularidad sobre la propiedad real ha "movilizado" la propiedad inmueble. Muchos, si no todos, de los bienes valiosos comercializados en el mercado financiero global son muebles de acuerdo con las definiciones tradicionales de "movilidad" de los códigos civiles. Después de todo, ¿es acaso la posesión de todas las acciones de una sociedad anónima, cuyo único bien es su terreno, menos valiosa que la posesión del terreno en sí? O ¿son los derechos de la patente de manufactura del transistor original menos valiosos que la planta que lo fabricó? De igual manera, ¿no es una garantía prendaria registrada sobre esa patente en el registro prendario más significativa económica y jurídicamente que una hipoteca registrada sobre la planta y enseres en el registro de hipotecas inmobiliarias?

Esta dicotomía entre el derecho sustantivo y el registral es un serio obstáculo para el funcionamiento de importantes transacciones crediticias contemporáneas tales como las prendas flotantes, el financiamiento de bienes inmuebles por incorporación o destino y, más recientemente, el arrendamiento financiero.⁸⁷ Esta dicotomía también ha hecho mucho más difícil el desarrollo de un derecho y una terminología internacionalmente uniforme. Un prestamista con la garantía de prendas flotantes o de bienes inmuebles por incorporación o destino en un país A no puede sentirse protegido por su garantía real perfeccionada en inventarios, equipos, aparatos, enseres y productos de ventas cuando una hipoteca inmobiliaria en el país B tiene prioridad absoluta sobre estos bienes aun cuando su registro fuese posterior.⁸⁸

Mucho más importante que lo mueble o inmueble de una propiedad para propósitos de su registro es su valor en el mercado y la velocidad con que puede

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Sobre el arrendamiento financiero internacional, véase R. Cuming, "Legal Regulation of International Financial Leasing: The 1988 Ottawa Convention" 7 *Ariz. J. Int'l. & Comp. L.*, 39, 1989.

⁸⁸ Véase, el Código Civil francés de 1800 en los artículos 2114 y 517-526; estos artículos enuncian la naturaleza absorbente de la hipoteca inmobiliaria sobre los bienes inmuebles por incorporación o destino. Véase también el Código Civil español de 1889 en sus artículos 334, 1874 y 1877. Estas dos formulaciones están entre las más influyentes en el mundo del derecho civil. En el ucc, subsección 9.313(4) una garantía prendaria sobre bienes inmuebles por incorporación o destino tiene prioridad sobre una hipoteca inmobiliaria.

ser transferida o hipotecada, su identificabilidad y el *status* comercial o de consumo de sus titulares-deudores y posibles compradores o acreedores con garantía prendaria o hipotecaria. Dada la fragmentación del dominio en derechos posesorios de diversa duración y efecto, el registro mercantil del siglo XXI tendrá que ser un registro para estos derechos lo mismo que para la titularidad tanto de bienes muebles valiosos (incluyendo los incorporados a inmuebles), como para bienes inmuebles.

6. CONCLUSIÓN

Durante varios siglos, el derecho mercantil ha aprendido a ajustarse al conflicto inherente entre sus principios guías. En gran medida, el ajuste se ha alcanzado recurriendo a principios "civilizadores" o equitativos que prohíben el abuso de los derechos peculiares al comercio y alientan la preocupación de las partes contratantes por los derechos de terceros comerciantes o consumidores. El reto sin precedentes del derecho mercantil que se nos acerca reside en la necesidad de alcanzar una uniformidad global. Las presiones a favor de un derecho mercantil uniforme se están formando desde abajo, al nivel del comerciante individual, del uso comercial y la costumbre, y también desde arriba, al nivel regulatorio, incluyendo los tratados internacionales y de organismos supranacionales como las organizaciones de libre comercio y mercados comunes.

Un ejemplo de la presión uniformadora "desde arriba" lo constituye el Risk-Based Capital Report⁸⁹ del Comité Basilea (Cooke) sobre regulación bancaria y prácticas regulatorias emitido en su forma final en 1988. Las normas de Basilea fueron, en gran medida, inspiradas por la crisis de la deuda internacional que ha afectado de igual manera a las naciones en desarrollo y a los mercados financieros durante casi una década. El reporte de este Comité reconoce el extraordinario grado de interdependencia entre estos mercados financieros y la necesidad de solidez bancaria.

Para impulsar la cooperación internacional se aboca a crear un "terreno de juego de igual planicie" (sin obstáculos artificiales a la competencia) de manera que ninguna nación o centro financiero pueda aprovecharse de sus regulaciones bancarias (o falta de regulaciones) para competir deslealmente con otros centros cuya solidez de capitalización es más estrictamente regulada. De igual manera trata de crear una normativa de solidez bancaria internacional. El acuerdo ha sido suscrito en principio por los gobernadores de los bancos centrales del Grupo de los Diez;⁹⁰ este grupo representa a los centros financieros más activos

⁸⁹ Véase *Letter of Credit Update*, septiembre de 1988, p. 17, para la versión final del texto Basilea.

⁹⁰ Este grupo de países lo integran Bélgica, Canadá, la República Federal Alemana, Francia, Italia, Japón, Holanda, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos.

e influyentes en el mundo. De forma expresa o tácita, este acuerdo está siendo adoptado por los bancos centrales de todo el mundo.

La regulación de Basilea busca una “convergencia regulatoria” sobre niveles mínimos de capitalización efectiva para los bancos internacionalmente activos en las diez jurisdicciones involucradas. La solidez del capital bancario se mide por la determinación del tipo y monto de contribución presente en la capitalización; es decir, capital básico (*core*), que incluye las acciones comunes completamente pagadas, las acciones comunes y las preferentes no acumulativas perpetuas, pero no las acciones preferentes acumulativas; capital suplementario, incluyendo las reservas no reveladas o de revalorización; reservas de pérdida de préstamos e instrumentos híbridos de capital adeudado.⁹¹

Las mediciones de los riesgos por medio de proporciones de riesgo ajustado son las medidas significativas adicionales de solidificación del capital bancario. Por consiguiente, lo adecuado del capital también se mide con diferentes categorías de riesgos encontrados en varias categorías de transacciones. El ajuste del riesgo toma en cuenta no sólo los riesgos intrínsecos, sino también los concomitantes a la transferencia de riesgos de país a país.⁹² Después de haber sido categorizados, a cada transacción se le adjudica un cierto porcentaje o proporción de riesgo. Existen cinco categorías de riesgo transaccional, parcialmente sumariadas en la siguiente enumeración: a) sustitutos de préstamo como las garantías generales de deuda, aceptaciones bancarias, garantías y créditos documentarios *stand by* que tienen asignado un factor de conversión de riesgo de 100%; b) transacciones contingentes o condicionales relacionadas con la ejecución de obligaciones tales como las garantías, fianzas o bonos de licitación y de ejecución de obra (incluyendo los créditos documentarios para estas transacciones) que tienen asignado un factor de conversión de riesgo de 50%; c) obligaciones comerciales a corto plazo y autoliquidables, como los créditos documentarios garantizados mediante embarques, que tienen asignado un factor de 20% de conversión de riesgo; d) los compromisos a corto plazo revocables o cancelables que tienen asignado un peso de cero; y e) pagos de intereses y de valor de cambio de monedas extranjeras incluyendo permutas (*swaps*), opciones y promesas de contratación (futuros) que están sujetos a un factor de conversión de riesgo dual.⁹³

La precedente lista parcial ilustra de manera notable el grado de uniformidad de la taxonomía legal ya presente entre las diez principales organizaciones centrales bancarias en el mundo y sus componentes públicos y privados. También nos recuerda que el éxito de las medidas regulatorias dependerá de la verdadera correspondencia entre las “etiquetas” y la realidad, basada en la uniformidad de las consecuencias jurídicas adscritas a cada categoría regulatoria.

⁹¹ *Op. cit.*, *supra*, nota 89, subsección en 19 (The Constituents of Capital).

⁹² *Ibidem*, en 19-21.

⁹³ *Ibidem*, en 20-21.

ria. Un banco no podrá alegar en lo sucesivo que una deuda bancaria etiquetada como "bono convertible en acciones preferentes" debe contarse como capital neto cuando, en efecto, es una aceptación bancaria o un crédito *stand by* con un riesgo proporcional de 100%. No podrá haber una convergencia incluso en el nivel más básico salvo que exista un acuerdo sobre lo que es el capital accionario.

Esta homología es sólo el principio. Una vez que exista un acuerdo sobre lo que es el capital accionario o social y lo que es deuda, la determinación del riesgo requiere de un entendimiento común de las implicaciones jurídicas de cada categoría. Por ejemplo, la diferencia entre el factor de riesgo de 100% asignado a las aceptaciones bancarias y el riesgo de 50% asignado a los créditos documentarios comerciales presupone un entendimiento claro y uniforme del derecho de contingencias promisorias o, más técnicamente, de la condicionalidad de las promesas, su abstracción o independencia de las transacciones subyacentes, y su vulnerabilidad a excepciones contractuales subyacentes. Cuando cada banco central se vea forzado a preguntar si verdaderamente es ésta una aceptación bancaria, los banqueros comerciales, sus clientes y sus abogados tendrán la necesidad de depender de los conceptos uniformes inspirados en Basilea y en otras normas y principios de interpretación internacionalmente uniformes.⁹⁴ De la determinación del banco central fluirán, como las ondas de la superficie acuosa, repercusiones jurídicas para cada rama del derecho mercantil.

Consecuencias similares surgirán, sin duda alguna, de la convergencia regulatoria europea respecto a su "unión económica" de 1992. La regulación de las acciones públicamente comerciadas está siendo tratada actualmente como un posible candidato para una convergencia regional y global. La convergencia regulatoria de los mercados financieros, entonces, es sólo el iceberg bajo el cual yace un espectro creciente de convergencia sustantiva y procesal global del derecho mercantil.

En resumen, de todos los retos planteados al derecho mercantil por Europa en 1992 y su secuela de acuerdos de libre comercio en otras partes del mundo, incluyendo el TLC, ninguno es tan presionante como el de la uniformidad internacional. Una uniformidad internacional genuina en lo sustantivo y procesal requiere el más alto nivel de conocimiento jurídico comparado. Es el tipo de conocimiento que mezcla lo mejor de las grandes tradiciones jurídicas, un conceptualismo funcional, inspirado en la lógica y álgebra geométricas, que

⁹⁴ A un grado considerable, la uniformidad de la interpretación judicial de la validez de créditos documentarios y *stand by* preparados en Estados Unidos se ha estado inspirando en la definición regulatoria de solidez bancaria proveída por la Oficina de la Contraloría de la Moneda (mayo de 1977) que también comienza a verse replicada en otros países. Esta definición gira en torno al deber del banco de actuar como examinador de documentos y no como un juez en la ejecución de las obligaciones subyacentes. Sobre esta regulación, véase Kozolchik, "The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees", 24 *Arizona Law Review*, 319, 334, 1982.

hacen posible las técnicas de redacción del derecho mercantil “positivo” con un empirismo que maximice el uso jurídico de la información proveída por el comportamiento comercial típico y arquetípico y, por tanto, de un derecho viviente o elaborado “desde abajo”. Así, el grado de avance del derecho mercantil en el siglo XX se medirá por el éxito que se obtenga en sentar las bases para la uniformidad internacional “desde arriba” y “desde abajo”.