

PALABRAS DEL DOCTOR JUAN LUIS GONZÁLEZ
ALCÁNTARA EN LA PRESENTACIÓN DEL LIBRO
LA CONTRATACIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO
COMPARADO DEL PROFESOR BORIS KOZOLCHYK*

I. LA OBRA

Gran jurista, catedrático, investigador, maestro y conferenciante en las universidades más prestigiadas del extranjero, el doctor Boris Kozolchyk nos regala, a través de la estupenda obra —la cual tenemos el privilegio de presentar ante ustedes—, una novedosa y brillante manera de abordar temas fundamentales del Derecho mercantil transnacional.

El libro del profesor Kozolchyk, denominado *La contratación comercial en el Derecho comparado* es sin duda uno de los mejores que sobre este tópico se hayan escrito en los años recientes; en él se describe no sólo el origen y evolución de los contratos comerciales sino también se analizan las normas sustantivas y procesales que posibilitan dicha contratación, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

Este magnífico tratado se divide en tres partes y consta de dieciocho capítulos. En la primera (capítulos I a VIII), se abordan, desde una perspectiva histórica, aspectos relevantes respecto de la exigibilidad de las promesas de ejecución diferida.

Desde el inicio del libro, el autor denota su profundo conocimiento de la Historia del derecho y hace gala de sus grandes habilidades como docente al explicar la evolución del contrato en general, así como la del contrato comercial en particular, y específicamente la de la promesa contractual. De manera profunda, completa y sintética, Kozolchyk nos ilustra sobre el devenir contractual desde la sociedad precomercial y la antigua Roma, pasando por el Derecho medieval, hasta llegar al Derecho codificado y el angloamericano de nuestros días.

En la segunda parte (capítulos IX a XII), se analiza con mayor detalle la normativa actual que rige a los contratos y a las promesas comerciales, haciéndose especial énfasis en la cuestión de su formalidad

* Presentación llevada a cabo en el Instituto Mexicano de Cultura el 12 de febrero de 2007.

e interpretación, desde el punto de vista de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales: El Derecho “civil”, “codificado”, “romanístico” o “*ius civilista*”, por un lado; y el “*Common Law*” o “Derecho consuetudinario”, por el otro.

En la tercera parte (capítulos XIII a XVIII), el autor discurre, de manera elegante, sobre los remedios procesales tanto judiciales como extra-judiciales contra el incumplimiento contractual, los cuales se encuentran disponibles tanto en los sistemas jurídicos de tradición civilista como consuetudinaria.

Sería labor titánica y un tanto ociosa emprender un análisis pormenorizado de tan excelsa obra; sin embargo, me parece oportuno destacar algunos aspectos de los capítulos que la integran, para luego exponer una opinión general sobre este tratado.

En primer término, llama poderosamente la atención la manera en que el profesor Kozolchyk aborda el tema del Derecho contractual en la sociedad precomercial o de supervivencia agrícola (capítulo II). Echando mano de sus amplios conocimientos de antropología y sociología jurídicas, el autor nos explica cómo en las sociedades agrícolas o precomerciales, los intercambios económicos que se daban entre las diversas familias, tribus o clanes, se regían por deberes de reciprocidad que facilitaban la supervivencia del grupo social (relaciones sociales densas), y no por contratos propiamente dichos. Los conflictos que surgían por estas transacciones eran resueltos extra-judicialmente. Asimismo, los derechos y obligaciones, emanados de dichas operaciones, se asignaban de acuerdo al *status* social de las partes y no por el valor económico que aportaban. Conforme las sociedades van confiriendo valor al individuo y a su capacidad productiva, surge el contrato como vehículo del tráfico comercial.

En palabras del profesor Kozolchyk: “Por consiguiente, en las sociedades basadas en el contrato, la razón del merecimiento de derechos no era el *status* social del tenedor de los derechos sino el mérito de lo contratado; es decir, mientras más valioso o deseable el bien o servicio contratado, mayor el goce de derechos”.¹ Si bien, en la antigua Roma persisten algunas características de las sociedades preco-

¹ Kozolchyk, Boris, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 16.

merciales, toda vez que existían contratos que requerían para su perfeccionamiento de una formalidad ritual exacerbada, en la medida en que el comercio adquiere fuerza, la contratación se torna más flexible e informal. Cabe destacar que es en el Derecho romano donde se consolidan y concretizan figuras como la buena fe contractual (capítulo III).

Posterior al excelente análisis sobre el Derecho romano de los contratos, el autor resalta las aportaciones del Derecho medieval (capítulo IV) en el desarrollo de la contratación comercial, en particular la realizada por el razonamiento escolástico, el cual tuvo influencia, muchos siglos después, en el método de codificación del Derecho privado en países *ius* civilistas. A la par del pensamiento escolástico, surge la idea de una justicia fraternal entre los agentes del comercio que, entre otras cosas, prohibía la usura, lo que de alguna forma incidió negativamente en la contratación comercial y en el desarrollo económico. Mientras que Santo Tomás de Aquino esgrimió el argumento más contundente en contra de la usura, un autor inglés citado por el profesor, critica la doctrina escolástica al afirmar que “Bajo los numerosos laberintos de la casuística escolástica se sofocaban la competencia y el crédito a la par que las tasas de interés continuaban subiendo desafortadamente”.²

En el capítulo V de la obra en comento, se estudia un tema por demás apasionante que es el de la codificación europea. En este apartado, además de que se abordan los fundamentos filosóficos que le dieron origen, se puntualizan algunas de las desventajas y ventajas de la codificación de influencia escolástica, la cual alcanza su clímax en la legislación civil francesa del siglo XIX. Teóricamente, con la codificación francesa era posible cubrir todos los supuestos o hipótesis normativas del mundo de los ontratos; sin embargo, sus estructuras, definiciones y clasificaciones representaban limitaciones para la actividad comercial. Al respecto, el autor señala: “el problema de las definiciones y clasificaciones dependientes de silogismos es que, por su presunta universalidad e inmutabilidad, ellas provocan un rigidez normativa frente a la nuevas realidades empíricas-comerciales”.³ A

² *Ibidem*, p. 60.

³ *Ibidem*, p. 90.

pesar de lo anterior, se reconoce que la virtud más importante del razonamiento escolástico radica en “su precisión lógica al reducir lo conocido a formulaciones claras, comprensivas y axiomáticas”.⁴

El profesor Kozolchyk describe, también, la evolución de la codificación alemana y, en general, del derecho comercial en Europa. Respecto de este último punto, vale decir que las limitaciones jurídicas que enfrentó la actividad mercantil desde la Edad Media, fueron superadas gracias a la labor de los gremios y asociaciones de comerciantes, los cuales desarrollaron su propio derecho consuetudinario.

El capítulo VI, denominado “Algunas secuelas de la codificación europea”, resulta de lo más interesante para quienes vivimos en países latinoamericanos, toda vez que nuestro Derecho abreva de tradiciones *ius* civilistas europeas. En la codificación civil de nuestra región se observa un eclecticismo normativo, pero básicamente recibimos influencia de los sistemas jurídicos francés y alemán. Vale mencionar a algunos juristas que influyeron en la construcción de los ordenamientos civiles en Latinoamérica. Tal vez los más destacados sean, como lo señala el autor: Dalmacio Vélez Sarsfield, en Argentina; el venezolano, Andrés Bello, cuya influencia se dejó sentir en Chile; y Augusto Teixeira de Freitas, quien dejara huella indeleble en la codificación brasileña.

En cuanto a la codificación comercial latinoamericana, se puede afirmar que ésta se inspira, en primer término, en el código francés, el español y portugués, y que recibe influencia posterior tanto del derecho alemán como del italiano. La influencia del derecho de los contratos de los Estados Unidos en la codificación comercial latinoamericana es un fenómeno reciente pero, no por ello, menos importante.

Gran parte de la codificación mercantil internacional ha surgido a partir de reglas de comercio generadas y desarrolladas en los Estados Unidos. De este modo, la influencia estadounidense y, por ende, mundial seguirá marcando el derrotero del derecho comercial en esta región del mundo. Tal como lo afirma Kozolchyk:

El futuro de la legislación mercantil latinoamericana no radica en códigos de comercio autóctonos, sino en leyes que armonicen las instituciones autóctonas de la región con las instituciones de los mercados globa-

⁴ *Ibidem*, p. 91.

les en los que participen los diversos países. Pero tal labor requerirá el estudio serio de las instituciones locales, incluyendo no sólo la doctrina y la jurisprudencia nacional, sino también los usos y costumbres mercantiles nacionales, regionales y de los principales mercados extranjeros. Es un trabajo serio e intensivo, pero ineludible.⁵

Del derecho comercial en Latinoamérica, el profesor Boris Kozolchyk nos conduce a campos del conocimiento jurídico poco explorados en nuestro país. El capítulo VII está dedicado al estudio de las codificaciones rusa, de Europa oriental y china. Antes de entrar al análisis del derecho comercial contemporáneo ruso, el autor nos provee del contexto indispensable para lograr comprenderlo a cabalidad; esto es, nos explica cómo funcionaba el sistema de contratación en la antigua Unión Soviética. Se debe tener presente que en las sociedades donde el socialismo real sentó sus reales, solamente existían tres clases de propiedad: la estatal, la colectiva y la personal. En virtud de que la propiedad privada estaba proscrita, no es posible hablar de una contratación comercial, en sentido estricto. Incluso, como lo señala nuestro autor, algunos estudiosos afirman que los contratos socialistas no eran verdaderos contratos, en virtud de que todas las partes de la contratación pertenecían a una sola entidad: el Estado.

Con la caída del Muro de Berlín en 1989 y el advenimiento de la Rusia post-socialista, se presenta una apertura de mercado inusitada. Como es costumbre, el Derecho no respondió con la misma rapidez con la que operan los cambios políticos y económicos. Si bien, en la actualidad, Rusia cuenta con un nuevo Código Civil unificado, en el cual se combinan disposiciones de naturaleza civil y preceptos de índole comercial, lo cierto es que prevalecen algunos elementos socialistas que limitan la libertad contractual en determinados casos. El modelo ruso post-socialista ha repercutido notablemente en los sistemas de contratación comercial de los países de la Europa oriental, los cuales se encontraban fuertemente influidos por la antigua Unión Soviética.

El abordaje de la codificación contractual en China es de lo más interesante. En tal sentido, el profesor Kozolchyk nos provee del contexto histórico en el cual se ha ido desarrollando el sistema legal co-

⁵ *Ibidem*, p. 140.

mercial en esta poderosa nación. Así, nos narra que en 1949, se consolida el poder de la República Popular China, y que en las tres primeras décadas de su existencia, el derecho privado desempeña un papel marginal en su sistema jurídico. Para 1978, la República Popular China comienza a generar una serie de reformas económicas con la intención de abrirse al mundo exterior.

En esta época se dan los primeros pasos para crear asociaciones en participación (*joint-ventures*) constituidas por empresas chinas e inversionistas extranjeros. Sin duda y tal como lo establece nuestro autor, el desarrollo más significativo del derecho de contratación en la República Popular China es la promulgación de la Ley Contractual Unificada de 1999. Con este cuerpo normativo quedan sin efecto las leyes contractuales anteriores, y se elimina la distinción entre contratos de carácter económico y contratos ordinarios; de igual manera, pierde relevancia la diferenciación que se hacía con relación a la nacionalidad de los contratos; asimismo, se da cabida a las promesas de ejecución diferida.

Con gran maestría, el autor nos lleva de la codificación China al Derecho angloamericano de las promesas contractuales, tópico que constituye el capítulo VIII de esta interesante obra. Kozolchyk nos ilustra respecto de la influencia que el proceso formulario romano tuvo y sigue teniendo en las *forms of action* del *Common Law*; nos lleva a dar un paseo de la acción por *debt*, pasando por la acción por *assumpsit*, hasta llegar a la doctrina de la *Consideration*, la cual empieza a desarrollarse a partir del siglo XVI.

De igual forma, en este capítulo se destaca que en la evolución del derecho inglés se observa una constante tensión entre los tribunales de *Common Law* y la Cancillería de Equidad, en lo concerniente a la manera en que ambas instancias resolvían las cuestiones contractuales. Ambas jurisdicciones competían por adquirir un mayor poder decisorio. En este mismo apartado se presentan los rasgos esenciales del Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos de América (UCC). Tal como ya se ha señalado en este escrito, este instrumento legal ha ejercido una gran influencia en la creación de normas comerciales internacionales. En palabras del propio autor: “Puede afirmarse sin temor a la exageración que ningún código de comercio contemporáneo ha ejercido la influencia internacional que ya es ca-

racterística del UCC”.⁶ Entre los ordenamientos internacionales que han recibido la influencia del UCC, se cuentan: La Convención de Viena de 1980 sobre Compraventas Internacionales, los Principios Generales de la Unidroit, y los Principios Generales del Derecho Europeo de los Contratos, por nombrar unos cuantos.

Es conveniente hacer notar que el UCC es un compendio de normas individuales, redactado de manera casuística, el cual no constituye un código sistemático al estilo *ius* civilista. En este cuerpo normativo no encontraremos la presencia esencialista de la Escolástica. La lógica deductiva, las definiciones y clasificaciones abstractas están ausentes en esta normatividad. Hacia el final del capítulo, Kozolchik realiza una descripción escueta y didáctica de la estructura actual del UCC.

La segunda parte de este estupendo tratado se denomina “El Derecho contemporáneo de los contratos” e inicia con el capítulo IX, el cual versa sobre la formación, formalidad y solemnidad de los contratos en la legislación comparada.

A lo largo de esta parte de la obra, el autor nos muestra, de manera por demás ilustrativa y original, las diferentes visiones que sobre los contratos tiene, por un lado, la tradición anglosajona, y por el otro la tradición romanística.

Kozolchik hace una analogía entre estos sistemas jurídicos y dos escuelas antagónicas de la filosofía griega de los siglos V y VI a. C., las cuales mantenían una seria disputa en cuanto a la naturaleza del ser. Por un lado, está Parménides (el lógico matemático), para quien “la naturaleza del ser era inmutable ya que nada puede ser igual a su opuesto, [y por el otro lado está Heráclito (el metafísico poeta) para quien] la naturaleza del ser era el ‘no ser’ ya que en nuestro mundo ‘todo fluye... nada permanece fijo’”.⁷

El investigador nos deja muy claro que la tradición civilista no sólo recibe gran influencia del pensamiento escolástico de la Edad Media, sino que guarda gran similitud con la visión filosófica de Parménides; en tanto que el Derecho consuetudinario se encuentra íntimamente ligado al pensamiento de Heráclito. En los sistemas civilis-

⁶ *Ibidem*, p. 183.

⁷ *Ibidem*, p. 199.

tas, los conceptos, definiciones y categorías de las diversas instituciones y figuras son abstractas y aspiran a la universalidad e inmutabilidad. El Derecho anglosajón es más casuístico, cambiante, informal, y se encuentra constantemente adaptándose a los diversos contextos socio-económicos en los que se desarrolla. No es casual, como señala el autor, que la visión heracliteana del Derecho anglosajón haya prohibido, por ejemplo, un mayor número de promesas vinculatorias, protegiendo a los terceros adquirientes de bienes o servicios que han traficado por una larga cadena de partes contratantes.

El capítulo X versa sobre la formalidad y la solemnidad en la jurisprudencia comparada, y su principal objetivo es comparar la jurisprudencia iberoamericana y la estadounidense fundamentalmente respecto de la formalidad contractual. En este capítulo se analizan, en primer término, diversas resoluciones judiciales de Uruguay, España, El Salvador y México. En lo concerniente a este último país, es de resaltarse cómo su Derecho mercantil ha sido influido por el Derecho de los Estados Unidos al instaurarse ciertas figuras jurídicas como el arrendamiento financiero, el factoraje y la transferencia de tecnología, entre otras. Por otro lado, el autor cuestiona la gran formalidad y rigidez que impera en la contratación mercantil mexicana, la cual, por cierto, encajaría perfectamente dentro del modelo de Parménides. Kozolchyk se pregunta: ¿Qué sucede con los contratos atípicos? Si bien las partes pueden celebrar el contrato que quieran siempre que exista consentimiento y objeto, ¿qué sucede cuando tal contrato se regula no por lo que en éste se establece, sino por el análogo típico en el que existe cierto comportamiento requerido para la validez del contrato y no se da por no estar previsto por el contrato atípico?

Posterior a este cuestionamiento, el autor revisa varias resoluciones judiciales de los Estados Unidos de América. En la jurisprudencia estadounidense, entre más elementos materiales definen las partes, más posibilidades tienen de crear un acuerdo vinculante. En las cortes estadounidenses ni se valora la forma de los contratos, ni importa de manera alguna su tipificación, lo importante es la voluntad de las partes y la misión judicial es la de satisfacer las expectativas razonables de éstas. Una de las reglas cardinales de la confrontación de testigos en el proceso oral estadounidense es la de no hacer preguntas

cuyas respuestas no se conozcan por anticipado, para ello es básico el procedimiento de averiguación previa al juicio.

Respecto del capítulo XI, intitulado “Principios y conceptos legislativos y doctrinales que guían la interpretación de los contratos comerciales”, merecen especial atención los principios de la interpretación contractual del UCC, los cuales, entre otros aspectos, disponen que la doctrina de la buena fe dirige al juez a interpretar los contratos dentro del contexto comercial en el que son creados, cumplidos y ejecutados, y en el caso de un comerciante, significa honradez en la conducta y la observancia de criterios comerciales razonables de corrección en la realización de las operaciones mercantiles.

En el Derecho estadounidense, buena fe es la observancia de los criterios comerciales razonables de los tratos comerciales justos, no solamente es la honestidad de hecho, sino la observancia de estándares comerciales razonables de un trato justo. Los criterios para evaluar el cumplimiento de esos deberes pueden ser determinados por las partes, cumpliendo con la debida razonabilidad; ésta es la medida de la buena fe exculpada o exculpable, le pone límites. La debida razonabilidad se determina tomando en consideración lo que harían los participantes regulares del mercado en la misma negociación y bajo las mismas circunstancias, que se diferencia de la honestidad de hecho, en que ésta última sólo considera una buena actitud aun cuando no sea conocedor del oficio.

La realidad negocial y normativa ha demostrado que el escrito contractual muchas veces no refleja la intención de las partes de manera transparente, y para poder interpretarlo se acostumbra en un primer término, como la prueba más importante en los países del *Common Law*, la función de peritos y testigos sobre los usos y costumbres y prestar atención a la interpretación judicial y a la actitud hacia las normas escritas y consuetudinarias por parte de los practicantes de Derecho y de los comerciantes. Asimismo, cualquier curso de cumplimiento aceptado o acordado, sin objeción alguna, permite interpretar el acuerdo.

La intención de los contratantes se interpreta en círculos concéntricos: primero, se atiende al acuerdo expreso de las partes; segundo, a la manera en que las partes han cumplido el contrato; tercero, conforme al curso de las negociaciones previamente celebradas y, por úl-

timo, de conformidad con los usos del comercio. El uso del comercio se refiere a cualquier práctica que se realice regularmente, en algún lugar, oficio o giro comercial que justifique su aplicación.

Además de los principios del UCC, el autor nos presenta los fundamentos de los Principios de la Unidroit y de los Principios Europeos.

En el mismo orden de ideas, vale subrayar que la buena fe también tiene gran importancia en el Derecho español, ya que en la celebración de contratos, las partes no sólo están obligadas a cumplir los términos que pactaron, sino a todas las consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe, el uso y la ley. La buena fe no sólo está considerada en el cumplimiento de los contratos, sino también en la exigibilidad de los acuerdos y deberes, esta doctrina de la buena fe dirige al juez a interpretar los contratos dentro del contexto comercial en el que son creados, cumplidos y ejecutados.

En el capítulo XII, relativo a la jurisprudencia comparada sobre la interpretación de la voluntad contractual, el profesor Kozolchyk presenta dos sentencias mexicanas sobre el tema. La segunda resolución se refiere al arrendamiento de una casa en la que se hace constar que el arrendatario le dará “el uso al que está destinada”. La dueña demanda la rescisión del contrato porque el inquilino la usó con fines comerciales, y la dueña arguye que desde el contrato se señala que el inmueble consta de dos recámaras, sala comedor y cocina de donde se desprende que se usará para casa-habitación; la sentencia favorece a la dueña. El autor señala que existe mala fe por parte de la dueña, pues desde un principio el inquilino le hizo saber que iba a establecer ahí un giro comercial. Boris Kozolchyk apunta que de haberse aplicado la doctrina y jurisprudencia alemanas, a la dueña se le habría impuesto deberes de buena fe objetiva, toda vez que ella abusó de la nulidad por motivos formales. Por otro lado, se critica que el juzgador no diera valor alguno a la intención de las partes: es de llamar la atención que no se tuviera en cuenta el monto tan elevado del arrendamiento, el cual habría sido improbable, de haberse tratado de un arrendamiento para casa-habitación.

Después de exponer dos ejemplos interesantes provenientes del más alto tribunal mexicano, el autor centra su atención en la juris-

prudencia de los Estados Unidos de América. De nuevo, Kozolchik hace gala de su gran cultura jurídica y nos recuerda un comentario de Oliver Wendell Holmes, quien solía afirmar que la creación del contrato no depende de la concurrencia de dos mentes en una intención, sino de la concurrencia de dos grupos de señales externas, es decir, cuando las partes tienen la misma intención con respecto a una cosa.

En seguida, el autor presenta una sentencia de los Estados Unidos en la que las partes contratan la venta y embarque de pollos, de Estados Unidos a Suiza. El vendedor entregó pollos del peso señalado que reunían todas las características exigidas por el gobierno de Estados Unidos, esto es, pollos grandes; y el comprador suizo quería pollos para freír, que son pollos más jóvenes. El precio pactado de la transacción fue de 33 centavos por libra, y el vendedor aduce que el precio por libra del pollo joven es de 35 libras y el del más maduro de 30 centavos, que no era lógico que le vendiera mucho más barato porque en ese caso se verían afectadas sus ganancias.

El juzgador resolvió que tenía razón el vendedor y, para dicha decisión tomó en consideración, al menos, siete elementos: el diccionario de idioma inglés, el diccionario de idioma alemán, los manuales de calidad del Departamento de Agricultura, el manual de las asociaciones de productores avícolas, el testimonio del usos y costumbres del lugar, precio al por mayor del producto, y la reserva de espacio en la embarcación. En otras palabras, a juicio del autor, la tradición anglosajona podría ser, en un momento dado, mucho más eficaz y eficiente para resolver cuestiones relacionadas con la interpretación de la voluntad contractual, en virtud de que en ella se toma en cuenta la llamada justicia de mercado, mientras que en los países *iuris* civilistas, tiene mayor peso una interpretación formalista de los contratos, la cual debe tomar en consideración una serie de conceptos y clasificaciones abstractas, así como ciertas formalidades sumamente rígidas.

En la última parte de este capítulo, el autor revisa un caso de la jurisprudencia alemana, el cual se puede resumir brevemente:

Existe un contrato de compra de carne de ballena y su transporte para ser entregada en Hamburgo, y ambas partes, comprador y vendedor, confunden el término en alemán y escriben carne de tibu-

rón en lugar de carne de ballena, la mercancía es retenida por una oficina gubernamental encargada de verificar la calidad de los productos y paga al comprador el precio verdadero del producto, esto es, como carne de tiburón. El comprador demanda al vendedor, se acredita en el proceso el error de ambos en cuanto al verdadero objeto de su contrato y la Corte determina que el vendedor pague la diferencia entre el precio pagado por el comprador y el dinero que recibió de la oficina gubernamental incautadora. La solución a la que arribó la Corte partió de considerar la verdadera intención de las partes al contratar, no así la debida formalización del contrato. Se puede afirmar que el órgano jurisdiccional resolvió en términos de la jurisprudencia estadounidense y alemana, y no como en los casos antes expuestos ha resuelto la Corte mexicana.

La pregunta obligada sería: ¿Por qué? Una de las respuestas válidas sería que de haber resuelto en cuanto a la forma de los contratos, la Corte habría concluido que se trataba de un contrato inexistente. De esta manera, el autor concluye que las sentencias alemanas y estadounidenses son las más comercialmente predecibles, y se pregunta si estuvo bien resuelto el caso mexicano antes señalado respecto del arrendamiento de la casa.

La parte III de este tratado toca el tema relativo a los remedios procesales por el incumplimiento. Kozolchyk sostiene que:

La imposición efectiva de consecuencias a la mala fe contractual es una de las misiones del derecho de los remedios procesales. Otra misión de este derecho es coadyuvar al crecimiento del derecho sustantivo de los contratos por medio de reglas que permitan perfilar las características de cada uno de los elementos de la contratación.⁸

En la introducción de esta tercera parte, se asevera que los remedios procesales por incumplimiento se pueden dar en las siguientes etapas: pre-contractual (*culpa in contrahendo*); de cumplimiento (pero cuando el incumplimiento se da por alguna excusa válida), o antes o después de la etapa de cumplimiento, sin que medie excusa válida. En este último caso, el autor nos adelanta que los principales reme-

⁸ *Ibidem*, p. 295.

dios son la ejecución extra-judicial, la ejecución forzosa judicial, y el remedio judicial de los daños y perjuicios.

El capítulo XIII se denomina “Visión sumaria del Derecho procesal relativo a las disputas en la contratación comercial”. En este apartado se destaca que a diferencia del Derecho iberoamericano, el Derecho procesal estadounidense no hace distinción entre acciones declarativas u ordinarias y ejecutivas, sino que emplea mociones o juicios sumarios especiales, mismos que pueden incluir ambos tipos de acciones. De ahí la gran diferencia entre las demandas civiles estadounidenses y las latinoamericanas.

La demanda en el Derecho americano únicamente requiere que se presente por escrito, que esté fundada en el *Common Law* o en el Derecho legislado, y puede basarse sólo en conclusiones de derecho, toda vez que las cuestiones de hecho se pueden declarar hasta bien avanzado el proceso. En el caso latinoamericano, es bien conocido por los juristas que operamos dentro de la tradición romanista, que es necesario cubrir una serie de requisitos muy rigurosos que se encuentran previamente señalados en la ley.

El profesor Kozolchyk, además de establecer claramente las principales distinciones entre los procesos civiles de ambas tradiciones, nos presenta una serie de ejemplos de demandas de juicios ejecutivos de Colombia y México, así como una demanda estadounidense. Asimismo y hacia el final del capítulo, se nos presenta un laudo arbitral dictado en 1996, por un tribunal que fuera presidido por el profesor Kozolchyk, en el cual se destaca la importancia del procedimiento de averiguación previa o de *Pre-Trial Discovery* en la solución de una disputa comercial. Merece la pena mencionar que esta fase de averiguación previa ha sido tomada del derecho estadounidense y que ha probado ser eficiente y necesaria para resolver controversias comerciales internacionales.

En el capítulo XIV, se aborda el tema de la responsabilidad en la etapa pre-contractual; es decir, de la *culpa in contrahendo*. De acuerdo con Rudolph von Ihering, toda conducta culpable que invalidara o hiciera imposible la perfección de un contrato concluido era responsable por los daños y perjuicios causados a la contraparte. Esta versión de la buena fe fue reformulada por el jurista francés, Raymond Saleilles, al señalar que una vez que las partes inician las nego-

ciaciones de un contrato, éstas deben ceñirse al principio de buena fe, razón por la cual ninguna de ellas debe terminar las negociaciones de manera arbitraria, sin compensar a la otra por los daños inferidos.

De acuerdo con Boris Kozolchyk, esta última versión de la *culpa in contrahendo* fue adoptada posteriormente por la mayoría de los países *ius civilistas*; sin embargo, la *culpa in contrahendo* opera y se concibe de manera distinta en los países de Derecho consuetudinario, toda vez que aun cuando se sancionan ciertas conductas culpables en la fase pre-contractual, éstas no son reprobables por infringir el principio de la buena fe. En estos sistemas jurídicos no existe la *culpa in contrahendo*, propiamente dicha, sino que es suplida por otras instituciones como la *misrepresentation*, la *promissory estoppel* o el *unjust enrichment* o enriquecimiento injusto.

Por último, en este capítulo se hace referencia al daño indemnizable bajo la *culpa in contrahendo*, así como el tratamiento de esta figura en el ámbito internacional.

En el capítulo XV se aborda el tema de las excusas del incumplimiento contractual. Aquí, nuestro autor hace una revisión de las principales excusas, especialmente de la llamada excesiva onerosidad de las prestaciones no cumplidas. Para explicar esta figura, Kozolchyk nos ilustra con un caso de arbitraje internacional, en el cual él fungió como perito. El autor nos advierte de la existencia de otros remedios procesales, entre los que se destacan: la rescisión; la anulabilidad, la nulidad y el error; la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otros. Hacia el final del capítulo, el profesor Kozolchyk invita al lector a hacer una comparación entre las figuras antes mencionadas con el *Restatement* de los Contratos II.

El capítulo XVI se destina al estudio de los remedios procesales extrajudiciales y la ejecución forzosa. En primer término se aborda la cuestión de los remedios extra-judiciales en el plano internacional. Los ordenamientos que se analizan son: La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1982; los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1995. En ambos instrumentos se facilita el uso de los remedios procesales extrajudiciales.

El autor nos advierte que en América Latina y en España existe cierta resistencia a emplear estos remedios. El profesor Kozolchik critica esta actitud y la califica de poco realista:

En primer término porque desconoce que por cada contrato que se resuelve judicialmente hay miles, si no millones, que se resuelven bien por la parte cumplidora unilateralmente o por ambas partes sin acudir a los tribunales sin menoscabo al comercio o al derecho. En segundo lugar, la actitud de confinar la resolución de los contratos a un largo proceso judicial genera la pérdida de importantes e innumerables oportunidades económicas tanto para el vendedor como para el comprador cumplidor, sobre todo cuando ellos están seguros que sus contrapartes no van a cumplir sus prestaciones o contraprestaciones al momento acordado.⁹

En los años recientes ha habido un creciente reconocimiento de los remedios extrajudiciales. Así lo demuestran los Principios de *Unidroit*, las reglas del UCC y las legislaciones alemana e italiana.

En el capítulo XVII se analizan los remedios asociados a la resolución judicial y extrajudicial tanto en los Estados Unidos de América, es decir, en el UCC, como en el Derecho hispanoamericano y el alemán.

El último capítulo de esta magnífica obra gira en torno de la indemnización de los daños y perjuicios en el Derecho estadounidense y español. El afirmar que, en el Derecho estadounidense, las fórmulas de indemnización son más variadas y flexibles que las de los países *ius* civilistas. Se dividen las acciones por daños y perjuicios en grupos de acciones paralelos disponibles a vendedor o comprador, dos de ellas implican la resolución del contrato, una con base a una compra o venta sustituta y la otra se sustenta en una compra o venta hipotética. La tercera acción es subsidiaria, le competirá a la parte que pueda demostrar que habiendo elegido la segunda fórmula, la otra parte no la indemnizó al mismo nivel que si hubiese cumplido el contrato. La cuarta acción sólo compete al comprador, por la violación del vendedor a sus garantías contractuales.

⁹ *Ibidem*, p. 398.

En el derecho estadounidense se distingue entre garantías contractuales implícitas y explícitas, el resarcimiento que se logra por medio de esta acción es mayor al obtenido por medio de la acción por incumplimiento del contrato por falta de entrega de las mercaderías, ya que la violación por garantías contractuales tiene bastante en común con las acciones por delitos civiles, ya que se le indemniza, no sólo por los daños y perjuicios directamente atribuibles sino también los indirectos o consecuenciales.

Las expresas provienen de los aspectos negociados por las partes en el contrato en cuestión, no requiere de palabras o lenguaje especial o ritual. Las implícitas provienen de situaciones de hecho, no es necesario evidenciarlas por medio de cláusulas inferidas, a menos que el contrato expresamente las excluya. Especial relevancia tiene el tratamiento que da el profesor Kozolchyk al tema del lucro cesante por pérdida en el volumen de ventas. Este tema ha atraído la atención de investigadores afiliados con el llamado “Análisis económico del Derecho”, una escuela de pensamiento popular, entre teóricos del derecho contemporáneo, tanto de Estados Unidos como de Europa e Iberoamérica. Se trata de compensar al vendedor por el beneficio que habría obtenido de la transacción, si la misma se hubiese efectuado. Ya que ante el incumplimiento del comprador perdió una venta y dejó de percibir un beneficio.

Los costos de operación también influyen la medida de la indemnización cuando se trata de establecer las posibles ganancias en forma realista. El vendedor tiene gastos fijos que debe cubrir como alquiler de la planta de producción o local comercial; horas de trabajo invertidas, y similares o complementarios. Respecto del lucro cesante en España, el Tribunal Supremo de ese país mantiene un criterio restrictivo en cuanto a la acreditación de éste, dificultando el éxito de la pretensión indemnizatoria, ya que no fijan las bases para poder calcular la cuantía indemnizatoria por lucro cesante, concediendo indemnizaciones de tipo global, sin detalle o pormenorización a los perjudicados.

De acuerdo con la legislación estadounidense, la indemnización por lucro cesante está basada en tres elementos: que el vendedor demandante posea la capacidad de efectuar una venta adicional, que habría obtenido ganancias al efectuar una venta adicional y que pro-

bablemente habría efectuado una venta adicional en ausencia del incumplimiento del comprador.

Hasta aquí, hemos intentado destacar tan sólo algunos de los muchos temas interesantes e innovadores que nos presenta el profesor Boris Kozolchyk en este valioso tratado sobre la contratación comercial en el derecho comparado. Enseguida presentaré una visión general del libro en la cual destaco la pertinencia e importancia de esta obra, en el contexto económico, jurídico y pedagógico de México.

II. LA OBRA, SU PERTINENCIA E IMPORTANCIA EN EL CONTEXTO MEXICANO

Los procesos de globalización desencadenados a partir del final de la Guerra Fría están generado una revolución jurídica, comparable —toda proporción guardada— al que se dio con la Paz de Westfalia y la consolidación del Estado Nación. De hecho, algunos estudiosos del Derecho y las Relaciones internacionales¹⁰ ya hablan de una verdadera transnacionalización del Derecho. Este fenómeno responde no sólo a la revalorización reciente del movimiento de derechos humanos y de los procesos democráticos, sino también a la liberalización de la economía a escala mundial. Nuestro país no ha sido inmune a esta tendencia liberal, sobre todo respecto del comercio.

La modernización de México se ha acelerado de manera notoria a partir de la década precedente. Por un lado, hemos dejado de ser una economía relativamente cerrada, para convertirnos en una de las más abiertas del mundo. Los tratados de libre comercio con América del Norte y Europa son reflejo manifiesto de nuestra capacidad competitiva en los mercados internacionales. La apertura económica es, sin duda, un gran eje de la modernización del país, pero por sí sola no garantiza un mayor bienestar a la población, ni un crecimiento económico sostenido en el contexto de un mundo cada vez más interdependiente y competitivo. Para ello, es imperativo que contemos con instituciones y normas de derecho que fortalezcan y mejoren el

¹⁰ Véase Slaughter, Anne-Marie, "Judicial Globalization", 40 *Va. J. Int'l L.* 1103 (Summer 2000); Keohane, Robert O. *et al.*, "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", *International Organization*, 54, 3, Summer 2000, pp. 457-488.

derecho de los contratos comerciales, toda vez que sin seguridad jurídica y mecanismos ágiles de contratación, no podrá fluir el comercio con la velocidad que exige la globalización económica.

Tenemos la certeza de que las relaciones de negocios e inversiones entre particulares mexicanos, estadounidenses, canadienses, europeos, latinoamericanos y, de las más diversas regiones, seguirán incrementándose, razón que impone la exigencia de armonizar y homologar ciertas prácticas, normas e instituciones que agilicen los procesos mercantiles que se ventilan en los tribunales mexicanos. Respecto de este punto, debemos observar la “teoría de la convergencia”, la cual afirma que: “en la medida en que las facetas tecnológicas de la vida de dos países se acercan, también convergerán sus sistemas jurídicos, cuando menos en cuanto a sus ramas más ligadas a la economía y a la técnica de los negocios”.¹¹

Desafortunadamente, nuestro excesivo formalismo jurídico, la disimilitud entre las diversas normas que se aplican en el territorio de la República, y el abuso reiterado de la vastísima gama de recursos que éstas prevén, representan, en los hechos, barreras indeseables al libre intercambio de bienes y servicios entre México y sus principales socios en materia de comercio e inversión.

Los procesos de integración económica apuntan a ser irreversibles, razón por la cual los esfuerzos realizados por instituciones como el International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), el American Law Institute (ALI) y el National Law Center for Inter-American Free Trade (NLCIFT), se han tornado especialmente pertinentes, toda vez que pretenden imprimir mayor dinamismo, eficiencia y certidumbre al derecho comercial trasnacional, al integrar a sus estudios y propuestas normativas lo mejor de las instituciones y figuras tanto de los sistemas jurídicos de tradición europea continental o romano-canónica, como de aquellos que tienen su origen en el *Common Law*.

Pero, ¿qué serían estas instituciones sin la contribución de comparatistas de la talla del profesor Boris Kozolchyk? ¿Habría sido posible, siquiera, pensar en esta transnacionalización del derecho co-

¹¹ Floris Margadant, Guillermo, “El lugar del asesoramiento profiláctico dentro del futuro de la abogacía mexicana, y sus cinco problemas principales”, San Ángel, D. F., 19 de julio de 1991, s/p.

mercial sin la aportación teórico-práctica de hombres y mujeres comprometidos con prácticas comerciales más justas y eficientes?

El quehacer de estas instituciones es el resultado de un esfuerzo compartido de muchos actores, pero sobre todo de los estudiosos del Derecho que están convencidos de que este mundo puede ser un lugar más próspero, con la ayuda de normas jurídicas que han probado su eficacia y eficiencia en distintas latitudes y épocas.

No es la primera vez que Boris Kozolchyk nos ilustra con sus escritos profundos, pero la obra que tengo en mis manos: *La contratación comercial en el derecho comparado*, es un trabajo que ya esperábamos en México por diversas razones.

En primer lugar, se trata de un libro didáctico en el cual no solamente se comparan instituciones y figuras del derecho comercial de las dos tradiciones jurídicas más importantes de Occidente: La civilista y el *Common Law*, sino que además se abordan dos sistemas jurídicos poco explorados por la mayoría de los jurisconsultos de América o de Europa; me refiero al estudio de normas e instituciones del Derecho de los antiguos países socialistas de la Europa oriental, así como de aquellas que han constituido y constituyen el Derecho chino.

Además, el libro posee el enorme mérito de servir como consulta y guía para el jurista que desee desempeñarse en el mundo cada día más competido del comercio internacional. En inglés coloquial, la obra de Kozolchyk será de hoy en adelante un *must* para el abogado mexicano que pretenda ser especialista en cuestiones de contratación mercantil transfronteriza.

El análisis comparativo en la obra del profesor Kozolchyk es impecable, no sólo desde el punto de vista técnico-jurídico, sino que siempre se realiza tomando en consideración el contexto histórico, social y económico, de la norma, institución o figura de que se trate.

Por si esto fuera poco, en este libro está presente el profundo conocimiento del autor de temas fundamentales de la filosofía, que se engarzan magistralmente con las cuestiones meramente jurídicas. Tal vez la más grande aportación de este libro sea su valor didáctico. Baste revisar la estructura de sus apartados y los “Temas de discusión” que usualmente aparecen hacia el final de los mismos. En estas pequeñas secciones encontramos la fuente más importante del proceso de enseñanza-aprendizaje. En la mejor tradición de la educación

jurídica estadounidense y mediante el empleo del llamado método socrático, el profesor Kozolchyk invita al lector a pensar, reflexionar, opinar y arribar a sus propias conclusiones.

¡Qué necesario es que nuestros alumnos de Derecho abandonen viejos métodos de aprendizaje fundados básicamente en habilidades memorísticas! Es urgente que fomentemos lo que todos los jóvenes estudiantes del mundo poseen: creatividad, originalidad de pensamiento, independencia de criterio y seguridad en sus propias ideas.

Por estas razones (y otras, que el espacio para esta presentación me impide exponer a cabalidad), extiendo mi más amplia recomendación para que aquel jurista interesado en el porvenir económico-jurídico del país, consulte, lea y estudie este fabuloso libro, el cual marcará, estoy seguro, un hito en el análisis de la contratación comercial en el mundo.

Reciba el autor, Boris Kozolchyk, mis más cordiales felicitaciones por este gran esfuerzo que aún no concluye. Esperamos, gustosos, la publicación de su próxima obra.