

II. La vía jurídica continua del TLC	17
1. Introducción: necesidad de una vía jurídica continua para el TLC	17
A. Las diferencias “mecánicas”: formalidades y de derecho sustantivo y procesal	18
B. Diferencias de actitud legislativa y jurisprudencial	22
C. Las actitudes contrapuestas de los tribunales: el estándar del mercado contra el estándar del extraño	30
2. Las vías tradicionales y las nuevas vías de uniformidad	36
A. Las vías tradicionales. Tratados y leyes modelo	36
B. La propuesta de nuevas vías de uniformidad	38
3. El <i>modus operandi</i> del Tratado de Libre Comercio	47
4. Conclusiones	49

*II. La vía jurídica continua del TLC**

1. INTRODUCCIÓN: NECESIDAD DE UNA VÍA JURÍDICA CONTINUA PARA EL TLC

El gran incremento en el comercio entre los países integrantes del TLC demanda un libre tránsito de mercancías y servicios sobre una vía jurídica continua. Esta vía debe hacer posible que los derechos y obligaciones adquiridas, asumidas o impuestas en el lugar de celebración del contrato o del embarque o pago de las mercancías, o prestación de servicios, no se pierdan o disminuyan cuando las mercancías o servicios cruzan una frontera nacional.

Así, una promesa vinculatoria de compra o venta que se emita en Estados Unidos debe ser igualmente vinculatoria en México y viceversa. Un documento de transporte emitido en cualquiera de los tres países ha de implicar derechos similares, sin importar que las mercancías objeto del mismo se encuentren en Canadá, Estados Unidos o México. Un registro de bienes inmuebles, muebles o de derechos de la propiedad intelectual en México debe permitir el ejercicio de derechos reales basados en ese registro en Canadá y Estados Unidos, y un pago de un comprador acreditado, ya sea realizado por medio de un crédito documentario o sin éste, debe ser tan válido en el lugar de negocios del vendedor o acreedor (parte del TLC) como en el propio país del comprador o acreditado.

Una vía jurídica carente de continuidad no sólo contribuye a la proliferación de disputas innecesarias, sino también impide la asunción de riesgos jurídicos o comerciales. El asegurador en el país B no querrá compartir riesgos con aseguradores en el país A, a no ser que la legislación del primero autorice

*Este capítulo es una versión amplia de los discursos sustentados en las reuniones de las Supremas Cortes de Arizona y Sonora, el 11 de junio de 1992, la Suprema Corte de Sonora, el 14 de julio de 1992 y los presidentes de las Supremas Cortes de México, el 19 de agosto de 1993.

la cobertura de estos riesgos y la legislación del segundo permita el reembolso al asegurador del país B. De no existir un régimen jurídico uniforme, el prorrateo de los riesgos regionales sería muy costoso; y sin un régimen de seguros viable, difícilmente podría hablarse de un régimen de transporte confiable y con costos razonables.

Actualmente se está construyendo esta vía jurídica continua entre los países parte del TLC. La tarea es muy ardua porque el TLC¹ se aplica a transacciones entre naciones con serias diferencias en sus sistemas y culturas jurídicas. Por lo anterior, las consecuencias jurídicas de un documento o transacción se tornan inciertas no sólo por el conflicto entre los *textos* de las leyes, decretos o decisiones judiciales, sino también por los choques entre las costumbres, prácticas y *actitudes* jurídicas y comerciales.

Como las diferencias normativas y de actitud jurídica y comercial son mucho más pronunciadas entre Estados Unidos y México que entre Estados Unidos y Canadá, la siguiente discusión se ocupará primariamente de la vía jurídica que acarrea el comercio entre los dos primeros países.

Se mostrará que, si bien las disparidades puedan parecer insuperables, sí es posible construir una vía continua enfocándose para ello en una unificación y armonización de cada espectro normativo “desde arriba”, concentrándose en los vehículos tradicionales del derecho positivo, nacional e internacional tales como tratados y leyes uniformes y “desde abajo”, concentrándose en la práctica comercial y unificando los usos existentes o, si es necesario, creando usos nuevos. Todo ello en un marco que asegure la adhesión a los principios de justicia y equidad que garantizan la viabilidad del comercio internacional.²

A. Las diferencias “mecánicas”: formalidades y de derecho sustantivo y procesal

a) Formalismo

Algunas disparidades jurídicas ocurren debido a que en un país se necesitan mayores formalidades para la misma transacción que en el otro. Tomemos, por ejemplo, una operación común como la venta por una persona de Arizona de un bien inmueble ubicado en México. Un poder de abogado para ventas común en Arizona no satisface los requisitos formales del derecho notarial mexicano.³

¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre de 1992.

² Sobre los principios véase los capítulos 4 y 7 de este tomo.

³ Véase Mark Becker, “A Uniform NAFTA Power of Attorney Between Canada, Mexico and the United States”, 5 *Transnational Lawyer* 341, 1992; también capítulo 5.

El vendedor de Arizona tendría que otorgar un poder más formal y extenso y obtener la notarización del mismo por un cónsul mexicano para que su representante mexicano pudiera actuar en su nombre.⁴ Además, si un intermediario de Arizona ofrece comprar la propiedad mexicana por medio de un documento privado informal, conocido en Arizona como un convenio y recibo de depósito, esta oferta no sería vinculatoria por la falta de formalidades esenciales⁵ de conformidad con la ley mexicana.

El formalismo en las transacciones sobre bienes inmuebles en México y otros países de derecho civil se atribuye a que históricamente la propiedad inmueble ha sido la más deseable y valiosa para la mayoría de la población en estos países.⁶ Hoy en día, el derecho mexicano aún requiere mayores formalidades que el de Estados Unidos no sólo en cuanto a escrituras públicas sino también respecto a títulos de crédito y valores, incluyendo la carta de porte para el transporte por carretera.⁷ A pesar del gran incremento en el volumen de las transportaciones terrestres entre los dos países, el derecho mexicano sigue exigiendo casi el doble de datos y formalidades que el de Estados Unidos en materia de documentación de contrato de transporte terrestre.

b) Reglas sustantivas

Además de las formalidades se pueden encontrar diferencias sustantivas y procesales casi en cada tipo de transacción comercial entre los dos países. Consideremos la siguiente enumeración meramente ilustrativa: los contratos interausentes están sujetos a reglas inconsistentes con respecto al momento de formación y validez, de manera que un contrato válidamente aceptado en Estados Unidos puede considerarse no aceptado en México o viceversa;⁸ los derechos de la propiedad inmobiliaria y mobiliaria, así como las garantías

⁴ Véase Mark Becker, *op. cit.*, nota 3. Actualmente el Comité en Derecho Notarial y Práctica del Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio Interamericano (National Law Center for Inter-American Free Trade) ha preparado conjuntamente un documento preliminar de un poder uniforme para la venta de bienes inmuebles y arrendamiento para ser utilizado en Canadá, México y Estados Unidos. Este Comité trabajará en conjunto con la sección de Derecho, Ciencia y Tecnología de la Barra Americana de Abogados (The Law, Science and Technology Section of the American Bar Association) en la preparación de un borrador final para ser utilizado en formato documentario y electrónico.

⁵ Véase, por ejemplo, el Código Civil para el Distrito Federal, artículo 2317 (1929). Para una discusión acerca de las formalidades requeridas por los poderes otorgados a los representantes de vendedores o compradores de bienes inmuebles; véase Mark Becker, *op. cit.*, nota 3.

⁶ Véase el capítulo 7 de este tomo.

⁷ Véase Boris Kozolchyk, Doyle y Olca, *Disparities in the Law and Practice of Surface Transportation of Goods Between the United States and Mexico* (NLCIFT/WD4/7.93) 45, National Law Center for Inter-American Free Trade (1993).

⁸ Véase por ejemplo, Código Uniforme de Comercio §2-207 y compárese con el Código de Comercio Mexicano de 1889, artículo 80.

prendarias, se adquieren de distinta manera en ambos países;⁹ cláusulas comúnmente utilizadas en los títulos de crédito de un país, como el interés sobre el valor nominal de un pagaré, son nulas o no utilizadas en los títulos del otro.¹⁰

c) Acciones judiciales y extrajudiciales

El contraste respecto a acciones o recursos procesales es igualmente evidente. El Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos (en adelante UCC) permite a las partes contratantes en una compraventa que hayan sido víctimas del incumplimiento de la otra parte recurrir a medidas de autodefensa procesal —incluyendo recompras o reventas que sustituyan las prometidas e incumplidas— sin necesidad de obtener una declaración judicial de rescisión previa a la recompra o reventa. El derecho norteamericano permite la reposición pacífica y la reventa de bienes prendados sin tener que recurrir a un procedimiento ejecutivo hipotecario o prendario.

Por el contrario, el derecho mexicano proscribía la rescisión de la compraventa mercantil con base en la lesión. Además, quien pretenda rescindir de acuerdo con este derecho ha de cumplir sus deberes contractuales como condición previa a la petición de rescisión, a pesar del desperdicio de tiempo y dinero que resulta del cumplimiento fútil por parte de la víctima del incumplimiento. Este derecho tampoco autoriza la reposición pacífica y la venta o adjudicación extrajudicial de la garantía prendaria en caso de incumplimiento del deudor prendario.

d) Proceso civil y mercantil

Las diferencias no podrían ser más básicas con respecto al procedimiento judicial civil y mercantil. El procedimiento civil y mercantil mexicano es predominantemente escrito y dependiente durante todo el proceso de la intervención de jueces o funcionarios judiciales. Por su parte, el proceso civil y mercantil norteamericano, si bien requiere alegatos escritos, su prueba es predominantemente oral y dependiente de procedimientos a cargo de las propias partes durante la crucial fase de “descubrimiento” previa al juicio.

En Estados Unidos, la presentación de la prueba en juicio gira en torno a lo descubierto por las partes en la antes mencionada fase de *discovery* (descu-

⁹ Para una comparación de las garantías prendarias en Canadá, México y Estados Unidos, véase T. Nelson y R. Cuming, *Harmonization The Secure! Financing Laws of The NAFTA partners*. (NLCIFT, 1995).

¹⁰ Por ejemplo, el artículo 78 de la LGTOC, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de agosto de 1932, prohíbe la estipulación de interés en la letra de cambio mexicana, lo cual está en claro conflicto con la práctica en Estados Unidos y con la ley que permite estas prácticas.

brimiento de hechos). Durante esta fase, las partes tratan de establecer los hechos de la litis por medio de requerimientos de presentación de pruebas redactadas por las propias partes, pero de cumplimiento obligatorio por la contraparte. Estos requerimientos conminan a la presentación de documentos, estados financieros, libros o archivos y respuestas a interrogatorios escritos. De estas presentaciones de pruebas, que se hacen de parte a parte, se derivan muchas de las futuras pruebas presentadas en las audiencias judiciales.

Otras pruebas se derivan de lo testificado por las partes o por terceros en audiencias privadas denominadas *depositions* que también se llevan a cabo sin intervención judicial. Durante estas audiencias privadas, cada una de las partes interroga a los futuros testigos (incluyendo a las partes en la disputa) y designan a un reportero profesional (privado) para que tome nota y prepare una transcripción fidedigna de las preguntas y respuestas formuladas por las partes y los testigos durante la audiencia. Esta transcripción, en todo o en parte, será sometida como prueba en la futura audiencia judicial. Si la búsqueda de hechos en la fase anterior al juicio resulta infructuosa, es muy posible que el demandante no prosiga a juicio, que se allane a la demanda o acepte una transacción. Este “descubrimiento” de hechos de índole inherentemente privada no sólo se desconoce en México sino que es muy posiblemente violatorio del derecho procesal de ese país.

La preocupación del abogado norteamericano de establecer por sí mismo y con precisión los hechos de la contienda provocó una aguda observación de Alexis de Tocqueville durante su histórica visita a Estados Unidos en el siglo pasado. El visitante francés observó que en contraste con el abogado francés, quien percibía su función como la de un articulador de argumentos jurídicos aplicables a los hechos *proporcionados por su cliente*, el abogado norteamericano percibía la suya como la de un detective en busca de hechos susceptibles de ser verificados de manera objetiva ante cualquier observador imparcial.

Obviamente la preocupación por la objetividad de los hechos desde la perspectiva de cualquier observador imparcial en el derecho procesal norteamericano resulta de la necesidad de convencer a un jurado de la veracidad y verosimilitud de los hechos. En comparación, debe recordarse que el jurado carece de función en el derecho procesal civil y mercantil mexicano, y por tanto la presencia física o material de los hechos de la contienda adquiere una marcada transformación de lo alegado en la demanda o contestación debido a su vestimenta y caracterización de técnica jurídica.

En las alegatos de demanda y contestación los hechos mexicanos no son necesariamente los hechos *físicamente verificables*, sino la versión jurídica de los mismos. Así, es muy frecuente que un litigante mexicano niegue “el hecho” de que las partes hayan celebrado un contrato (a pesar de la presencia física de documentos públicos o privados que contengan tal contrato y de su inclusión como anexo a la demanda o contestación). La negativa del hecho material de la celebración del contrato en la contestación a la demanda se basa en el

argumento jurídico de que el supuesto contrato era *inexistente desde el punto de vista jurídico*.

e) *Precedente: holding y dictum*

El papel central que tiene el hallazgo objetivo de los hechos en el derecho procesal norteamericano se hace patente en la dicotomía entre el *holding* y el *dictum* u *obiter dicta* de la decisión judicial norteamericana. El *holding* (lo decidido) es la parte de la decisión que da respuesta a las cuestiones jurídicas y de hechos (*issues*) motivadores de la litis. Toda manifestación normativa hecha por el juez o tribunal con respecto a la misma u otra litis no se considera un *holding* sino un *dictum*.

A diferencia del *holding*, el *dictum* no tienen efecto vinculatorio y por lo tanto no constituye precedente. El *dictum* puede ser citado por los litigantes en sus alegatos o por los tribunales en sus decisiones pero solamente como opinión "persuasiva".

La dicotomía del *holding* y el *dictum* diferencia el precedente norteamericano del mexicano. Los extractos de las decisiones judiciales mexicanas transcritas en el *Semanario Judicial de la Federación* como jurisprudencia definida y citadas como tales por otras decisiones, por lo general no contienen una relación detallada de los hechos a los que se aplican y sólo expresan la regla, principio o concepto adoptado por el tribunal. Por tanto, la reiteración del mismo principio o regla a la que se refieren los tribunales o jueces mexicanos como jurisprudencia definida no tendría efectos vinculatorios de ser hecha por tribunales norteamericanos ya que para ellos, a menos que se vincularán con una relación de hechos, sólo serían *obiter dicta*.

B. Diferencias de actitud legislativa y jurisprudencial

a) *La codificación comercial en México*

Cuando se examinan las actitudes detrás de las normas nacionales sustantivas o procesales en conflicto, se pueden detectar serias diferencias respecto a la forma de redacción de los respectivos códigos comerciales. Parte de una tradición moldeada por la lógica aristotélica y en especial por definiciones basadas en las "esencias" (o naturalezas jurídicas) de instituciones y en clasificaciones con valor normativo,¹¹ los codificadores del derecho comercial

¹¹ Véase el capítulo 3 de este tomo.

mexicano dieron mayor importancia a la precisión y las simetrías conceptuales que a la cercanía de sus normas con el acontecer transaccional del mercado mexicano.

De hecho, las más completas descripciones de las transacciones en mercados mexicanos coloniales de importación y exportación marítimas fueron hechas no por las comisiones de estudio para la codificación sino por sacerdotes preocupados con la práctica de la usura en tales mercados.¹² De ahí que las transacciones reguladas por el Código de Comercio de México de 1889 y la legislación suplementaria como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito frecuentemente evidenciaban un carácter exótico (como en el caso del Reporto) o reñido con la realidad transaccional mexicana (como las cartas de crédito y el crédito confirmado).

El silogismo aristotélico es un instrumento indispensable para comprobar el rigor *puramente lógico* de un argumento, pero no es un sustituto de la realidad empírica o transaccional. Si bien una premisa mayor como “todos los hombres son sinceros” justifica la premisa menor y la conclusión de que “Boris Kozolchyk, como hombre, es sincero”, tal premisa mayor, por sí misma, no prueba ni la sinceridad de todos los hombres, ni la de Boris Kozolchyk. Para llegar a ser prueba o descripción objetiva de la sinceridad del hombre, la premisa mayor anterior necesita una observación sujeta a rigurosa experimentación y verificación.

De la misma manera, a menos que el codificador base su premisa mayor, digamos, en materia de formalidad de contratos, en una observación, experimentación y verificación suficientemente objetiva, una premisa mayor como “todos los contratos son, en esencia, transacciones formales” puede tener tanta validez objetiva como su opuesta, “todos los contratos son, en esencia, transacciones informales.” El codificador que ignore esta deficiencia elemental del silogismo y de su secuela, su definición, basada en la “esencia” de una institución, inevitablemente ignorará importantes (nuevas o viejas) realidades comerciales.

Frecuentemente las fallas del silogismo y en especial de su premisa mayor no se descubren porque el codificador o el adjudicador se deja llevar por la apariencia axiomática de definiciones como la del insigne César Vivante con respecto a los títulos de crédito. El homenaje rendido a esta definición (que por otra parte sintetizaba magistralmente la realidad transaccional italiana a principios de siglo) por codificadores y legisladores latinoamericanos ha sido la

¹² Véase Cristóbal de Villalón, *Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura*, Valladolid, 1542. (Reproducción en fotograbado, Universidad de Valladolid, 1957). El autor de este manual, un sacerdote y confesor, estableció descripciones de prácticas de comercio para enseñar a los mercaderes “en qué pecan”; véase también Tomás del Mercado, *Tratos y contratos de mercaderes*, Salamanca, 1569. Muchas de las transacciones descritas por estos autores, especialmente por fray Tomás del Mercado, hablan del comercio con las Indias y con ciertos puertos importantes en las Indias, como Acapulco.

razón por la cual muchos títulos que de hecho circulaban en sus mercados como títulos de crédito quedaron fuera de la codificación o de la propuesta de ley. Para esta determinación legislativa no importaba que la definición de Vivante reflejara un mercado europeo en el que circulaban títulos muy distintos a los que circulaban en el mercado de los codificadores en cuestión.

Considérese como una ilustración adicional de esta actitud legislativa o codificadora la fuerte oposición doctrinal que encontraron los intentos de legislar sobre la compraventa con reserva de dominio en Latinoamérica. Con alguna que otra variación, el razonamiento era el siguiente:

1. Contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes.
2. Una vez que las compraventas se perfeccionan, el título de propiedad de lo vendido se transfiere automáticamente al comprador.
3. Las compraventas son contratos consensuales.
4. Si las compraventas con reserva de dominio requieren que el vendedor retenga el título de propiedad hasta que el precio sea pagado por completo o que el comprador devuelva el título al vendedor si no paga el precio, entonces las compraventas con reserva de dominio no son compraventas y por lo tanto carecen de validez.

La necesidad e inevitabilidad de las consecuencias jurídicas atribuidas a las compraventas en los razonamientos procedentes ignoraba el vacío empírico de las premisas intermedias tal como “las compraventas son contratos consensuales” y “una vez que las compraventas se perfeccionan, el título de lo vendido se transfiere automáticamente...”. Los autores que se oponían a las compraventas con reserva de dominio ignoraban la realidad de compraventas, que eran otras a las observadas por los comentaristas medievales y asumían sofisticadamente que si *determinadas* compraventas eran consideradas como contratos consensuales por la doctrina desde los tiempos medievales, *todas* las compraventas debían ser consideradas como consensuales, incluyendo compraventas no conocidas por los comentaristas medievales o por los comentaristas subsiguientes.

Un silogismo similar transformaba una premisa particular y descriptiva en una premisa vinculatoria de tipo universal. La premisa válida como puramente descriptiva era “los contratos consensuales se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes”. Esta premisa fue el resultado de observar cómo actuaban algunas partes contratantes con respecto a este tipo de convenios. Los autores que se oponían a las compraventas con reserva de dominio transformaron esta descripción de hechos particulares en una norma obligatoria universal aplicable a todas las partes, incluyendo aquellas que celebraban convenios distintos a los descritos. Además, ellos infirieron dos reglas no inferibles (*non sequiturs*) del hecho de que la obligación de algunas partes de transferir el título

se originaba en el momento del consentimiento: 1) que todos los vendedores y compradores en las operaciones observadas querían que el título fuera automáticamente transferido en el momento en que concluyeron sus convenios y 2) que las partes en operaciones distintas a las observadas también querían una transmisión automática del título.

Al inferir reglas universales de un comportamiento comercial particular, el método de razonamiento anteriormente descrito dota a las definiciones de instituciones con el poder de crear la realidad comercial. Un negocio que no cumple con los requisitos de la definición es simplemente inexistente y de esta manera inejecutable. Este poder “metafísico” de las definiciones deviene de la identificación que Aristóteles hacía de la “esencia” de las cosas, significando ésta la verdad de su existencia.¹³

En el mundo jurídico, la esencia de los diversos actos fue descubierta por los discípulos de Aristóteles mediante la búsqueda de la “naturaleza jurídica” de la institución. Las preguntas típicas que se hacen los investigadores inspirados por la lógica aristotélica tienen como propósito identificar o aislar las características peculiares de la institución pero con base en las características de otras instituciones predefinidas, ya sea en la legislación o en la doctrina predominante.

Por ejemplo, en el caso de los actos jurídicos la primera pregunta podría ser: ¿Es el acto en cuestión, en esencia, voluntario o involuntario? De ser definido como voluntario, con base en una definición previa de voluntariedad, ¿es un acto lícito o ilícito, de acuerdo con definiciones previas de licitud o ilicitud? De ser un acto voluntario lícito, ¿es éste un contrato o una declaración unilateral de voluntad, de acuerdo con definiciones previas de contrato, ofertas o testamentos? De ser contrato, ¿es “consensual”, “formal”, “real”, “oneroso”, “gratuito”, etcétera?

Pero cuando un negocio o contrato no encaja en ninguna de las categorías enumeradas, tanto el codificador-legislador como el adjudicador se encuentran en una situación difícil. Algunas veces se recurre a la caracterización de *sui generis*, pero como esta categoría no ofrece ninguna guía normativa, más frecuentemente se intenta forzar un encuadramiento dentro de categorías o instituciones preexistentes sacrificándose a veces la verdadera intención de las partes y con ello el comportamiento del mercado.

Los redactores del Código de Comercio mexicano de 1889, guardando la tradición aristotélica, indagaron primero sobre la esencia del comercio y establecieron que ciertos actos eran esencialmente comerciales por su intención de lucro e intermediación entre productores y consumidores, y enumeraron

¹³ Véase el capítulo 3 de este tomo.

aquellos actos a los que el Código es aplicable como actos de comercio.¹⁴ De esta manera, determinaron el alcance del Código de Comercio y su distinción del Código Civil, e identificaron la naturaleza jurídica de cada acto comercial con el propósito de estalecer sus formalidades y los derechos y obligaciones de las partes que intervienen así como los efectos de estos actos sobre terceros.

El resultado de dicho análisis es una ley comparable en su precisión con el proverbial reloj suizo. Quien quiera saber si un acto es comercial y regido en consecuencia por el Código de Comercio, lo que necesita examinar es la lista codificada de actos de comercio. Si el acto en cuestión no se encuentra en esa lista, ello indica la exclusión del acto. Se puede acudir a una clasificación doctrinal o judicial, pero ésta tiene que demostrar que los actos incluidos comparten la misma esencia (o naturaleza jurídica) de los actos enlistados.¹⁵ Si el acto en cuestión se encuentra en la clasificación legislativa, un proceso similar de clasificación se efectúa para determinar qué capítulo, sección o artículo del código debe ser aplicado.¹⁶

El problema de esta manera de crear el derecho comercial es que el comercio no puede permanecer simultáneamente vivo y cambiante con cada nuevo uso o costumbre y congelado en categorías inmutables o patrones de comportamiento enumeradas taxativamente. El derecho comercial debe imponer prohibiciones sólo contra comportamientos socialmente indeseables y permitir el cambio y crecimiento al resto de la práctica comercial. A diferencia del fabricante de relojes suizos, el legislador comercial no puede congelar un movimiento transaccional determinado en su repetición idéntica y mecánica. Debe ser preciso, pero la precisión del codificador debe ser la misma de la brújula, siempre dirigida hacia la legitimidad, pero sensible a los cambios en medio de una mar de constantes tormentas y mareas transaccionales.

En este contexto, el costo de la rigidez es considerablemente más alto que el de un uso inadecuado de la lógica formal. La rigidez priva al mercado del crecimiento que pudiera alcanzar de poder crear un propio derecho. Quien dude de esta confirmación todo lo que tiene que hacer es evaluar el efecto negativo que tuvieron las definiciones aristotélicas de la usura sobre la inhabilidad de España de desarrollar sus mercados financieros y de crédito comercial hasta el siglo XX.

¹⁴ Véase artículo 75 del Código de Comercio Mexicano de 1889 en *Código de Comercio y Leyes Complementarias*, México, Porrúa, 1992. Para un análisis contemporáneo de los actos de comercio en el derecho comercial mexicano, véase O. Vázquez del Mercado, *El acto de comercio en el derecho mexicano. Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina* 793, México, Porrúa, 1984. Para un panorama comparativo más ilustrativo de los enfoques actuales sobre los actos de comercio, véase R. A. Etcheverry, *I Derecho comercial y económico*, 217-38 Buenos Aires, 1987.

¹⁵ O. Vázquez del Mercado, *op. cit.*, nota 14.

¹⁶ *Ibidem*.

b) La codificación comercial en Estados Unidos

Los codificadores originales del UCC en los años siguientes a la segunda Guerra Mundial establecieron normas que reflejaban el comportamiento de los participantes regulares en las operaciones de mercado.¹⁷ Ocasionalmente, también se basaron en normas que reflejaban el comportamiento de participantes altamente respetados o arquetípicos del comportamiento mercantil. La legitimidad de sus transacciones se asumía *a priori* y se alentaba el comportamiento del mercado al proveer a las partes agraviadas no sólo con recursos judiciales sino también con acciones extrajudiciales o de autodefensa.¹⁸ Muchas de estas acciones permiten a las partes agraviadas por el incumplimiento contractual (en especial compradores, vendedores y acreedores con garantía real) efectuar operaciones sustitutas, incluyendo la recompra, la reventa y la ejecución de prendas e hipotecas extrajudicialmente.¹⁹

Los límites de la legitimidad transaccional fueron establecidos tomando en cuenta la protección a terceros respecto a actos o estipulaciones hechas por las partes. Entre los terceros protegidos se encontraban los compradores de buena fe de mercancías adquiridas en el mercado abierto, los tenedores legítimos de títulos de crédito, los beneficiarios y cesionarios de créditos documentarios, los compradores de establecimientos comerciales, los tenedores legítimos de cheques, letras o pagarés y los acreedores con garantías prendarias o hipotecarias.

Las normas del UCC reflejaban el comportamiento comercial recogido en el texto de los contratos, en el curso de las negociaciones entre las partes, en los usos del comercio y en las costumbres de las plazas comerciales. El concepto utilizado para ayudar a la redacción de normas sensibles al comportamiento del mercado como a su interpretación fue el de la "razonabilidad".

Así, tanto el codificador como el juez debían preguntarse cómo se comportaría un participante promedio (o, en su caso, arquetípico) *vis a vis* otro participante o terceros. Desde un punto adjudicativo, el UCC incorporaba el principio de lo justo o equitativo que en la mayoría de los casos exigía que un participante de la transacción en cuestión tratase al otro de la misma forma en la que un participante regular en el mercado se hubiese comportado cuando vislumbraba su propia ganancia. Además, en transacciones del tipo fiduciario, o en las que una de las partes confiaba sus bienes o servicios a la otra debido a una necesidad transaccional o a la mayor capacidad profesional o poder contractual de esta última, el estándar incorporado al UCC era el de una hermandad altruista. A los comerciantes que actuasen como fiduciarios se les requería lo hicieran de conformidad con la honorabilidad más rigurosa (*punc-*

¹⁷ Véase el capítulo 5 de este tomo.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Véase los capítulos 5 y 6 de este tomo.

tilio the most honorable) aun si esto significara la pérdida de ganancias normalmente anticipada por un comerciante estándar.²⁰

Es con respecto a estos dos estándares (el fiduciario o de hermandad y el del mercado) que las actitudes de los dos codificadores difirieron más. Mientras el codificador civil o mercantil mexicano imponía modelos fiduciarios sobre algunos comerciantes y ocasionalmente el derivado de prácticas del mercado sobre otros,²¹ estos principios de justicia son mucho menos frecuentes en el Código de Comercio mexicano de lo que lo son en el UCC. El codificador mexicano rara vez utilizó el criterio de la razonabilidad comercial rechazando categóricamente la lesión como base de la rescisión en la compraventa comercial; y lo comercialmente razonable, al igual que la equidad, fueron rechazados por los tribunales como conceptos imprecisos, excesivamente vagos y subjetivos.

En realidad lo comercialmente razonable no es un concepto ni vago ni impreciso ya que su significado puede ser establecido mediante la comparación de la conducta de las partes y los usos y costumbres comerciales correspondientes a la transacción. De no existir tales usos y costumbres, la razonabilidad se puede establecer mediante la determinación del comportamiento de participantes arquetípicos o respetables de cada comunidad comercial o de negocio.

Por otra parte, el UCC carece de la precisión silogística del Código de Comercio mexicano. Muchas de las definiciones y reglas del UCC continúan siendo excesivamente casuistas y tautológicas. Por ello crean incertidumbre y alientan el litigio costoso y la necesidad de constante recodificación.²² Además,

²⁰ Véase el capítulo 5 de este tomo.

²¹ Véase por ejemplo, CCDF artículo 2256, *Diario Oficial de la Federación*, 1 de octubre de 1932, el cual requiere que el precio base de los frutos y cereales que se vendan a los no comerciantes sea el precio del mercado. Véase también la LGTOC artículo 356, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de agosto de 1932, sobre el papel de los bancos como fiduciarios.

²² Un buen número de las definiciones es tautológico en el sentido de que repiten los términos de la definición. Por ejemplo, el UCC §1-201 (11) define el contrato como "el total de las obligaciones jurídicas resultante del acuerdo entre las partes..." A la "Notificación", a su vez, se le define en §1-201 (25) cuando una persona "...tiene conocimiento actual de ésta; o que ha recibido aviso o notificación de esto...". Aunado a lo anterior, la mayoría de las definiciones del UCC no es comprensiva o esencial en el sentido de que sólo se centra en algunas de las características de la definición, como en las definiciones precedentes de notificación, y no en las características comunes a todas las manifestaciones del término. La tautología y la selectividad de características proveen entonces una definición que descansa en el coloquialismo. Es como si los proyectistas estuvieran diciendo al intérprete: "Usted sabe de lo que yo hablo ¿no es cierto? Lo que yo defino es lo que usted y yo normalmente conocemos como...". En consecuencia, si un intérprete del código quiere determinar qué significa el término "recibo" para el UCC y, dentro del género de los recibos, qué es lo que caracteriza a la especie de recibos conocidos como "recibos de almacenes de depósito" el UCC no sólo le dará una respuesta parcial e inconclusa sino redundante. §1-201 (45) no le dirá qué constituye un recibo de almacén de depósito. Solamente establecerá que este recibo de almacén de depósito "significa un recibo emitido por una persona encargada del negocio de almacenamiento de mercancías para alquiler". La carencia de denominadores definicionales comunes para todos los usos de los mismos términos contribuye a validar

la orientación empírica de los codificadores originales del UCC ha sido reemplazada en las recientes revisiones por un creciente casuismo y atomización de normas. En vez de basarse en la costumbre, usos comerciales y comportamientos arquetípicos como fuentes primarias para la formulación de los principios direccionales de legitimidad, los codificadores contemporáneos, en el caso de al menos dos nuevas revisiones, se fundan predominantemente en la casuística, como la base no sólo de la normatividad sino también de la realidad transaccional.

La falta de precisión silogística combinada con la ausencia de principios basados en la realidad transaccional²³ han propiciado un litigio comercial en Estados Unidos respecto a cuestiones que debieron haber sido resueltas por una adecuada “brújula” legislativa, tales como ¿es una compraventa de servicios análoga a una venta de bienes? O, ¿es un pretendido arrendamiento de bienes muebles con una opción de compra, un arrendamiento “financiero” o una venta o una prenda simulada? ¿Es un pagaré el giro o cheque que contiene una mera referencia a la transacción subyacente suficientemente causal como para hacer que dicho título deje de ser negociable? ¿Es un crédito documentario que requiere una determinación del banco referente a que el trabajo estipulado por el aplicante haya sido completado, un crédito documentario o una garantía bancaria? Y así sucesivamente.

Debe anotarse entre paréntesis que, en nuestros días la precisión conceptual es necesaria no sólo para evitar litigios, sino también para poder facilitar la ejecución de transacciones electrónicas en el mercado financiero global que funciona durante las 24 horas del día. Por ejemplo: ¿puede una venta, préstamo o *swap* de divisas o de réditos en divisa especificada llevarse a cabo cuando existen dudas por parte del recipiente del mensaje electrónico transaccional si la transacción constituye una compraventa, un préstamo, un *swap* o un trueque? Cabe añadir que estas transacciones son las que, día a día, atraen los más altos volúmenes de numerario. En cualquier momento del día, aproximadamente tres trillones de dólares involucrados en estas transacciones se envían de diversos puntos financieros a otros.

igualmente las interpretaciones en conflicto. Por ejemplo “bienes”, de conformidad con §2-105 (1), parecen ser, esencialmente, cosas muebles, mientras que de acuerdo con §9-105 (h) no son sólo muebles sino también inmuebles por destino o corporación, las cuales también podrían por definición llegar a ser inmuebles o partes de una cosa inmueble. La naturaleza más inclusiva de la sección §9-105 (h) sobre “bienes” parecería indicar que en el supuesto de un conflicto entre un acreedor que basa sus derechos en el artículo 2 (sobre compraventas) y otro acreedor con garantía prendaria que base sus derechos en el artículo 9 prevalecería éste último, pero esta determinación se haría con base en otra sección, la §9-113.

²³ Algunos principios importantes del UCC fueron inconsistentes de artículo a artículo. Tómese, por ejemplo, el principio de buena fe. Antes de su revisión de 1990, la definición de buena fe en 3-103(a)(4) (en papel comercial) difería marcadamente de aquella en 2-103(b) (sobre ventas). A diferencia de la última, la primera no requería la observancia de principios de razonabilidad comercial o trato justo.

La necesidad de comunicaciones operacionales más rápidas, uniformes y confiables explica el creciente uso de "campos electrónicos de información" numerados para describir los derechos u obligaciones de cada parte en los diversos mensajes electrónicos. De hecho, una compilación internacional de costumbres de ventas documentarias tan importante como los INCOTERMS, en su última versión de 1990, le asigna número a cada derecho u obligación del comprador o vendedor.²⁴ La designación de campos de información uniformes respecto a derechos y obligaciones en la costumbre internacional y en los tratados comerciales facilitará mucho el intercambio de términos y condiciones negociables a través de las redes internacionales de computadoras. Sin embargo, debe recordarse que la efectividad de los mensajes jurídicos, internacionalmente unificados de operaciones comerciales depende no sólo de los textos y los formatos electrónicos, sino también de la uniformidad de los principios, conceptos y reglas subyacentes en los lugares de emisión y recepción del mensaje.

C. Las actitudes contrapuestas de los tribunales: el estándar del mercado contra el estándar del extraño

a) Las decisiones de los tribunales mexicanos. El literalismo y sus implicaciones

Los jueces mexicanos son muy renuentes a interpretar actos o contratos con base en lo que es comercialmente razonable o a lo equitativo. Consideran estos términos como imprecisos y subjetivos, si no caprichosos, y prefieren conceptos interpretativos que permiten una aplicación literal de la intención de las partes y del derecho contractual o legislativo. De esta manera, el mismo texto contractual o legislativo que un juez norteamericano interpretaría "razonablemente", el mexicano lo interpretaría literalmente.

Considérese, por ejemplo, la decisión en el caso *Gerhard Karras y Cía. v. Friedemberg, S.A.* tomada por la Suprema Corte de Justicia mexicana en 1932. En esta decisión, el demandante, tenedor de tres letras de cambio, reclamó el pago de \$1 300.00 dólares estadounidenses aproximadamente o su equivalente en pesos mexicanos.²⁵ El tribunal inferior otorgó al demandado la cantidad de pesos que resultó de aplicar la tasa de cambio en vigor en la fecha de presenta-

²⁴ INCOTERMS es el acrónimo de International Commercial Terms (términos comerciales internacionales) promulgados por la International Chamber of Commerce (Cámara de Comercio Internacional) en 1936; han sido revisados en 1953, 1980 y 1990. Ramberg, *Sec J. International Chamber of Commerce, Guide to INCOTERMS 1990*, ICC, 1991, pp. 8, 10-11.

²⁵ *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, p. 116.

ción de la demanda y no como lo pidió el demandante, en la fecha de ejecución de la sentencia.

Entre el tiempo de presentación de la demanda y la ejecución de la sentencia, el peso se había devaluado significativamente en relación con el dólar norteamericano. El demandante y el demandado apelaron a la Suprema Corte. El artículo 509 del Código de Comercio mexicano proveía que si la moneda estipulada en el préstamo no tenía curso liberatorio, como era el caso del dólar, el pago debería hacerse en pesos en una cantidad resultante de aplicar la tasa de cambio en vigor el día del vencimiento de la deuda. Sin embargo, una ley monetaria ulterior establecía que la tasa de cambio para obligaciones monetarias vencidas era la que estuviera en vigor en la fecha de pago.²⁶

Los argumentos de la apelación se centraban en el significado de la “fecha de pago” y en una interpretación equitativa de un tribunal inferior que señaló la fecha original de vencimiento como la fecha de pago. Si la Suprema Corte hubiera interpretado el significado de fecha de pago de una manera razonable o equitativa, se tendría que haber preguntado si un acreedor razonable, vislumbrando su ganancia, hubiera aceptado una estipulación que le produciría una pérdida considerable.

De acuerdo con esta interpretación equitativa y razonable, la Suprema Corte hubiera distinguido entre préstamos ordinarios y transacciones especulativas o aleatorias en las cuales los acreedores sí asumen los riesgos de las fluctuaciones en valores monetarios. Si la transacción en cuestión no era aleatoria o especulativa sino un préstamo común y corriente en el mercado mexicano, la Suprema Corte hubiera tenido que concluir que, ante la ausencia de una fuerte razón de orden público era irrazonable o inequitativo privar al acreedor de su principal e intereses, y permitir al deudor un enriquecimiento indebido resultante del uso del dinero prestado.

A pesar del injusto enriquecimiento que resultó de la lectura literal y de la ausencia de una razón de orden público en favor de dicha interpretación, la Suprema Corte optó por la interpretación literal y rechazó el argumento de la equidad planteada por el demandante. De acuerdo con la Suprema Corte, la equidad invocada con el objeto de obtener una mayor recuperación desconocía que la Corte era un tribunal de derecho y, con la excepción de aquellos casos en donde el derecho autoriza recurrir a principios equitativos para resolver casos concretos, la Corte no puede aplicar tales principios porque esto violaría la igualdad ante la ley, “que es la base del orden social”. Por tanto, mientras existan normas legales aplicables al caso en cuestión, no hay razón para intentar corregirlas reemplazando la voluntad legislativa por otra completamente subjetiva y posiblemente caprichosa.²⁷

²⁶ *Ibidem*, p. 119.

²⁷ *Ibidem*.

En su sabio comentario a esta decisión, el profesor García Máynez señaló que el propio derecho positivo instruía a los tribunales para decidir los casos mediante “la observación de la más grande equidad posible entre las partes” o sobre las bases de la “mayor reciprocidad”.²⁸ De esta manera, aunque la equidad no podía alterar el derecho positivo, sí podría complementarlo, especialmente en casos de poca claridad del mismo.²⁹

La interpretación literal de la Suprema Corte de Justicia de México se usa no sólo para aclarar el significado de la ley, sino también el de las estipulaciones contractuales.³⁰ La lectural literal de los contratos con frecuencia resulta, como en el caso de Karras y Cía., en que a una de las partes (usualmente la parte que redactó la estipulación) se le otorguen todas las ganancias y a la otra se le impongan todas las pérdidas.³¹

b) Las decisiones de los tribunales de Estados Unidos. La casuística y sus implicaciones

En contraste con la interpretación literal de los tribunales mexicanos, los tribunales de apelación en Estados Unidos aplican un principio de interpretación que atribuye a los términos en disputa el significado del “mercado”. Esta interpretación es consistente con el criterio que el profesor García Máynez describió como el de la máxima reciprocidad. De acuerdo con ese criterio, el significado que se le dé a un término en disputa debe reflejar el trato que la mayoría de los participantes en ese tipo de transacción esperarían para ellos mismos. La manera como se aplica el criterio del mercado de la mayor reciprocidad aparece ilustrada en una decisión tomada por un tribunal federal de Estados Unidos en 1960, en la que se estableció el significado de un término comercial tan concreto como el de “pollo”.

El demandante alegaba que el precio de \$33 por libra de pollo era el más cercano al precio mercado de \$35 para pollos para ser asados que el precio de \$30 para pollos para ser fritos, este último alegado por el demandado como el precio acordado. De acuerdo con el tribunal federal, el precio alegado por el demandante no era razonable porque éste debería haber asumido que el demandado pretendía obtener ganancias commensurables con las de aquél. Ciertamen-

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Para ilustrar lo anterior, véase el capítulo IV de este tomo *Lo justo o lo equitativo (fairness) en las decisiones judiciales mercantiles anglo y latinoamericanas.*

³¹ *Ibidem.*

te el demandante no podía esperar que el demandado incurriera deliberadamente en una pérdida.³²

El estándar del mercado para la interpretación de textos legales presupone entonces que el comercio es una actividad cooperativa en cuanto a la posibilidad de ganancias respectivas y no una actividad en la que “el ganador se lo lleva todo”. De conformidad con este criterio, los adjudicadores deben seleccionar las reglas e interpretaciones que fortalecen la cooperación. Por el contrario, la interpretación literal asume que las partes contratantes son, en palabras de la Suprema Corte de Justicia de México, “iguales ante la ley”, pero el significado de esta igualdad (en el contexto de decisiones como la de Karras y Cía.) es que cada parte es igualmente capaz de sufrir la pérdida por la falta de reciprocidad en el intercambio de bienes o servicios. De esta manera, las partes contratantes sujetas al método literal de interpretación terminan siendo tratadas como los extraños del *Deuteronomio* a quienes, en contraste con los hermanos, sí se les pueden cobrar intereses por sus préstamos.

Por otra parte, la aplicación del estándar de justicia y equidad del mercado por los tribunales en Estados Unidos no está exenta de problemas. El principal es que las decisiones de los tribunales están tan íntimamente entrelazadas con los hechos de cada contienda que cada decisión constituye una norma singularmente individual y particular. Esto resulta dañino por dos razones. La primera es que la multiplicidad de normas respecto a los mismos o similares hechos implica una creciente incertidumbre. La segunda consiste en que la multiplicidad de normas alienta el litigio, ya que debido al sin número de normas individuales y particulares muy pocos demandantes carecen de un asidero de derecho sustantivo para su reclamación y muy pocos demandados de una base normativa para su excepción.³³ Así, cualquier abogado postulante que esté al tanto del acontecer diario del derecho decisorio podrá, en buena conciencia, aconsejar a su cliente que en algún rincón de la gran masa de casos en el derecho comercial descansa su salvación. Todo ello produce una proliferación de litigios y un aumento innecesario de los costos transaccionales.

c) Actitudes contrapuestas respecto al comercio y el crédito comercial

Más de un alto funcionario público de Estados Unidos ha equiparado los negocios oficiales del gobierno de Estados Unidos con los del sector privado (*The Business of the U.S. is Business*). Tal afirmación sería demasiado radical

³² *Frigalment Importing Co. v. B.N.S. International Sales Corp.*, 190 F. Supp. 116, 120 (S.D.N.Y. 1960).

³³ Véase en general B. Kozolchik, “Strict Compliance and the Reasonable Document Checker”, 56 *Brook. Law Review*, 45, 1990.

aun para gobiernos con tendencia a la libre empresa como el de los presidentes De la Madrid y Salinas de Gortari. En el caso de México, la renuencia a equiparar el comercio con el propósito del sector oficial no es sólo producto de la fidelidad a la ideología de décadas de revolución social, es también un reflejo de siglos de desconfianza hacia el comercio como profesión y compendio de moralidad.

El comercio no fue una de las profesiones más honorables de México o de España. Por el contrario, fue considerado generalmente como un proceder engañoso y picaresco: un juego en el que el ganador se lo lleva todo y el perdedor nada. Consecuentemente, por siglos persistió la desconfianza hacia los comerciantes coloniales y los agentes de comercio, y las enormes ganancias provenientes de la importación y la exportación de importantes materias primas que monopolizó la corona real y sus comerciantes predilectos. Los gobiernos independientes continuaron esta monopolización compartiéndola en más de una ocasión con selectos miembros del sector privado.

Sólo en fecha reciente se ha comenzado con seriedad el proceso de desmantelamiento de los monopolios y de privatización de estos importantes sectores. A pesar de la prohibición oficial de la monopolización del sector privado mediante una ley de 1934, los monopolios y la fijación de precios continúan siendo hechos de la vida comercial y jurídica mexicana.³⁴ Lejos de desalentar monopolios, la ley antimonopolios de 1934 alentó la fijación de precios sobre todo en productos básicos y la intervención del gobierno en los mercados, a la par que desalentó las importaciones. De esta manera, la competitividad de los precios en México se logró no por el empleo de las fuerzas del mercado, sino mediante el control gubernamental.

Sin embargo, el obstáculo más serio continúa siendo la desconfianza hacia el comerciante, sobre todo en su papel de intermediario. Los negocios en México aún siguen percibiéndose como vehículos de explotación de los débiles o inexpertos por quienes tienen el poder superior de negociación. Esta actitud conduce no sólo a la desconfianza, sino a la evasión de obligaciones, a lo que contribuye la incertidumbre del costo de hacer negocios. Se desconfía especialmente de los intermediarios financieros. Como el comercio moderno se conduce sobre una base de crédito y el crédito requiere de un alto grado de confianza entre las partes contratantes, los intermediarios que carezcan de crédito y confianza no podrán desempeñar su función esencial.

A menudo el papel atribuido a los intermediarios por las culturas jurídicas de Estados Unidos y México contrastan marcadamente. Los intermediarios de bienes raíces en el noroeste de México, por ejemplo, se consideran como corredores o comisionistas independientes y con muy pocas obligaciones fiduciarias hacia sus mandantes. En contraste, los mandantes en Estados Unidos

³⁴ La tensión creciente entre el libre comercio internacional y los monopolios internos ha conducido al Congreso mexicano a promulgar una nueva ley antimonopolios de largo alcance. Véase Ley Federal de Competencia Económica, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1992.

perciben a los corredores y a los comisionistas como sus representantes fiduciarios.³⁵ En Estados Unidos consideran los bancos a los tasadores de la propiedad inmueble y mueble como asesores independientes y objetivos del valor mercado, mientras que los prestatarios y banqueros de México consideran a los tasadores como funcionarios de las instituciones de crédito que cumplen, como una mera formalidad, el ejercicio de fijar un valor para la tributación.³⁶ Finalmente, los prestamistas en Estados Unidos basan sus préstamos sobre la habilidad de los prestatarios de pagarlos, mientras que los banqueros mexicanos, hasta hace bien poco, concedían préstamos con base en las conexiones de tipo personal (familia, amistad o política).³⁷

Ya que el éxito del TLC es poco probable sin el crédito comercial, las diferentes actitudes hacia el crédito y sus intermediarios pueden llegar a ser uno de los más serios obstáculos en la senda del libre comercio. Incluso asumiendo que el pequeño y mediano hombre de negocios en México sea lo suficientemente afortunado para que se le extienda el crédito, terminará pagando 20% o más por año por el mismo préstamo que su contraparte en Canadá y Estados Unidos.

Si los otros costos de la transacción (trabajo y materia prima) son los mismos para el empresario norteamericano y canadiense que abra su negocio en México, pero el empresario mexicano tiene que pagar un 20 o 30% más por su crédito comercial, ¿cómo se podría esperar que compita efectivamente contra los otros comerciantes canadienses o norteamericanos que tienen posibilidades de obtener créditos mucho más baratos y accesibles? No cabe duda que esta asimetría en el crédito comercial puede anticipar que las pequeñas y medianas firmas en México no podrán continuar compitiendo y que alentará la monopolización en ambos lados de la frontera. Los resultados en términos de la estabilidad política de México y del futuro del TLC pudieran ser desastrosos.³⁸

³⁵ Para una comparación de prácticas día a día que incluyen descripciones de los papeles de las partes en una transacción sobre propiedad inmobiliaria, véase Paul Karon D. G. y Foulke, "Commercial Real Estate Practices and Development in Northwestern Mexico: A Comparative Living Law Description" 1984. *Ariz. J. Int'l. Comp. Law*, 16-17, 31-33.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ En reconocimiento de la importancia extraordinaria de facilitar el crédito comercial para las transacciones del TLC, particularmente en México, el NLCIFT patrocinó una reunión trinacional de expertos y usuarios el 19 de mayo de 1993 en la oficina principal de Tucson, Arizona. Se obtuvo el compromiso de establecer una conexión electrónica y legal entre las entidades que sirven de registro en los tres países y que los centros de derecho nacional respectivos deben servir como "puntos de entrada" para búsquedas electrónicas trinacionales y registros incluyendo propiedades identificables (inmuebles y muebles) y deudores. Canadá fue representada por el profesor Ronald C.C. Cuming de la Universidad de Saskatchewan y "diseñador" jurídico de un registro electrónico innovador en varias provincias canadienses. El profesor Cuming participará como el coordinador del registro electrónico trinacional del NLCIFT. Representando a Estados Unidos estuvieron los profesores William Boyd, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Arizona, Dale Furnish, de la Escuela de Derecho de la Universidad Estatal de Arizona, Lynn Lopuckey, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, y Harry Sigman

El problema es de muy difícil solución, ya que estas percepciones provienen de una cultura jurídica en donde los lazos de familia y amistad, como base para el ejercicio del derecho tradicionalmente, han pesado más que las aportaciones al valor mercado de los bienes y servicios en disputa. Para ser libre, el comercio debe tratar a los iguales en el mercado como tales y permitir la igualdad de oportunidad independientemente del *status* social o de los lazos de amistad o de familia que unan a los participantes en el mercado.

2. LAS VÍAS TRADICIONALES Y LAS NUEVAS VÍAS DE UNIFORMIDAD

A. Las vías tradicionales. Tratados y leyes modelo

La uniformidad internacional del derecho positivo no constituyó un problema para el Imperio Romano o para aquellos poderes imperiales como España que imitaron el ejemplo romano; cuando lo consideraban conveniente, el derecho imperial se aplicaba en las colonias como si hubiese sido redactado o promulgado en ellas.³⁹ Con la desintegración gradual de los imperios, los Estados independientes como México y Estados Unidos han tenido que confiar más en tratados o en convenios para alcanzar la uniformidad transaccional. Estos pueden ser binacionales o multinacionales y a veces adoptan el formato de leyes "modelo".⁴⁰

Los tratados y las leyes modelo pueden proveer cierto grado de uniformidad, pero no el que requiere la "vía" jurídica continua del TLC. Aun convenios multilaterales de larga duración, como la Convención de la Haya sobre

Esq., del Comité de Proyectistas para la Revisión del artículo 9 del ucc. México estuvo representado por la Oficina del Registro Federal de Propiedad, el doctor Juan José Ríos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (la entidad mexicana hermana del NLCIFT) y el licenciado Octavio Rivera Farber en representación de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano. Entre los usuarios representados en la reunión estuvieron la American Bonding Company, por Mark Raven Esq.; General Motors Acceptance Corporation, representada por Sharon Hatchett Esq. y Joseph Ramirez; ITT Financial, representada por David Bartin y Ron Kozminski; Bank One, representado por Lynn Byerly; Factoraje Bancomer, S.A., por Fernando Casares; First American Title Insurance y Latin Title Inc. representados por el doctor Oscar Salas; y Stewart Title por Héctor Barraza.

³⁹ Véase, en general, L. Goldschmidt, *Storia Universale del Diritto Commerciale* 55-75. Traducción italiana por V. Pouchain A. Scialoja, Turin, 1913.

⁴⁰ La principal diferencia entre las leyes "modelo" y los tratados es que las primeras requieren su adopción (en contraste con la ratificación) por el cuerpo legislativo correspondiente de cada Estado soberano.

daños a las mercaderías en la navegación marítima,⁴¹ o leyes modelo, como la Ley de los Instrumentos Negociables⁴² de Estados Unidos (en adelante LIN), han estado sujetas a interpretaciones diametralmente opuestas entre los Estados signatarios o los países adoptantes debido a que conceptos privativos de cada sistema jurídico como la medida de daños y perjuicios, la personalidad jurídica de las partes, etcétera permanecen en vigor. Por esta razón, no es posible esperar mucha uniformidad en la interpretación de tratados para lograr la unidad comercial entre sistemas legales y actitudes tan diversas como las de México y Estados Unidos.

Se pudiera argumentar que la convención de la Haya (en la actualidad llamada Haya Visby) es una vía tan “continua” hoy como lo fue antes de las contrapuestas decisiones de los tribunales.⁴³ O que el sistema de pago de cheques, letras y pagarés entre Estados Unidos, Colombia y Panamá que estuvo en vigor durante la aplicación de la LIN, no fue seriamente dañado por decisiones inconsistentes de los tribunales nacionales.⁴⁴ Sin embargo, cada “vía” jurídica debe ser colocada en su propio contexto.

El impacto de sentencias incongruentes respecto al monto de los daños por pérdida de mercancías en dos países signatarios de la Convención de la Haya o de un requerimiento diferente para el tenedor de buena fe en dos países adoptantes de la LIN (producto de un contexto de litigio de ocurrencia ocasional) es insignificante cuando se compara con el impacto de la incapacidad de

⁴¹ La Convención de la Haya fue originalmente la Convención Internacional de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas concernientes a las *cartes de porte* (Convention Internationale Pour L'Unification de Certaines Regles en Matiere de Connaissance Signee a Bruxelles, 25 de agosto de 1924, U.S. Treaty Series núm. 931, 51 Stat. 233 (el texto oficial están en francés).

⁴² La Ley de Instrumentos Negociables en Estados Unidos (en adelante LIN) fue aprobada por adopción por los comisionados para el derecho uniforme de los Estados (Commissioners on Uniform States Law) en 1895 y fue adoptada en su tiempo por cada Estado. En Colombia, la NIL fue adoptada casi palabra por palabra como Ley de Instrumentos Negociables de 1923; véase el comentario sobre su traducción y adopción en E. Jaramillo Schloss, *Los instrumentos negociables en el nuevo código de comercio* 66, 67, Bogotá, 1974; véase también R. Rengifo, *La letra de cambio y el cheque*, 133-35, Colombia, 1977.

⁴³ Este autor describió la disparidad de interpretaciones de la Convención de la Haya como sigue: “...la uniformidad sobre la cantidad de compensación llegó a ser una meta poco realista. Los tribunales en el país B (el país de embarque) no otorgarían la cantidad estipulada en la limitación por paquete del país A (el país importador) aun cuando el código de A estableciera que este aplicaría a los embarques tanto fuera como dentro de la frontera de embarque. De conformidad, dependiendo si un banco tenedor de una carta de porte demandado en Estados Unidos o en Italia podría obtener \$500 en vez de 100 libras inglesas por la pérdida del mismo paquete o unidad de carga. Véase Kozolchyk, *Evolution and Present State of the Ocean Bill of Lading from a Banking Law Perspective*, 23 *Journal of Maritime Law and Commerce*, núm. 2, 161, 188-90 (1992). La LIN ha sido interpretada por un tribunal colombiano como que no requiere la prueba de la aportación de un valor por un tenedor legítimo, como requisito de su tenencia. Véase *Cia. Bogotana de Teatros, S.A. v. Ramirez*, Suprema Corte (1964) 107 *Gaceta Judicial* 58 y comentario en el capítulo 4 de este tomo.

⁴⁴ Véase *Cia. Bogotana de Teatros, S.A. v. Ramirez*, Suprema Corte (1964) 107 *Gaceta Judicial* 58, y el comentario en el capítulo 4 de este tomo.

reclamar las mercancías o hacer cumplir una carta de porte más allá del país de origen en las miles de transportaciones por carretera que ocurren día a día entre los miembros del TLC. Problemas como la ineficacia de la documentación esencial o la ausencia de derechos de posesión impiden las transacciones, mientras que las interpretaciones judiciales contrapuestas en casos particulares encarecen los costos marginales de la negociación.

B. La propuesta de nuevas vías de uniformidad

Como se discutió en relación con las fallas de la lógica formal como una herramienta legislativa y adjudicativa, la uniformidad requerida por la “vía” jurídica continua del TLC no se puede lograr mediante la mera formulación de silogismos de apariencia plausible pero desconectados de la realidad comercial y desprovistos del necesario contenido de moralidad igualitario y de trato honesto. La uniformidad requerida sólo puede alcanzarse mediante la combinación de dos fuerzas elementales en el proceso de creación de normas del derecho comercial internacional: los usos y costumbres del mercado y los principios de equidad comercial internacional que legitiman estos usos y costumbres.

Estas fuerzas operan en los polos opuestos del esquema normativo del TLC. Los usos y costumbres se forman “desde abajo”, es decir, a partir del comportamiento comercial reflejado en contratos, cursos de negociación y costumbres de plaza. Los principios de equidad, si bien frecuentemente creados “desde abajo”, se formulan en forma vinculatoria “desde arriba”, es decir, al nivel de ley nacional o tratado internacional, como se hizo con el principio de tratamiento igualitario o nacional en el TLC. Dadas las serias disparidades entre textos y actitudes en los países del TLC, las prácticas mercantiles diarias deben ser indagadas desde el nivel de los importadores y exportadores, corredores de aduana, agentes de seguro, banqueros, transportistas y sus representantes en ambos lados de las fronteras.

Sus transacciones diarias constituyen las “trincheras” de la uniformidad del libre comercio. Las únicas prácticas que sobreviven son la diaria batalla de formatos, textos y procedimientos, aquellas que son las más compatibles con los principios de certidumbre y equidad internacional. Por tanto, para obtener el grado necesario de uniformidad es esencial adoptar una metodología que ayude a formar normas y prácticas provenientes desde la base transaccional hacia arriba y viceversa. Una sólida comprensión de las prácticas comerciales ayudará a determinar cómo el practicante representativo de cada sector comercial realiza el comercio de su lado de la frontera. La identificación de las diferencias entre las prácticas en ambos lados de la frontera contribuirá a la

armonización de cada práctica de una manera consistente con los principios de equidad comercial.⁴⁵

a) Las reglas de la práctica

La estandarización de las reglas de práctica por las asociaciones comerciales en los países del TLC debe ser completa y detallada. No sólo es necesario estar de acuerdo en cuanto a las especificaciones de cada documento y de sus partes componentes, sino también en las desviaciones aceptables de algunas de sus especificaciones. Por ejemplo, para asegurar la uniformidad en la práctica en la acreditación automática y el pago de cheques, las asociaciones de bancos de Canadá, México y Estados Unidos deben estar de acuerdo en los componentes del cheque sujeto a la uniformidad. Éstos incluyen la localización de sus espacios de información, el número de dígitos de cada espacio y la desviación tolerable de dichas especificaciones. Sólo si el formato de cheques es uniforme y compatible con los requisitos de las máquinas electrónicas que los “leen”, clasifican y “encaminan” en cada país, pueden éstos ser efectivamente encaminados, leídos, clasificados y reencaminados en el otro. Después de lograr un acuerdo en cuanto al formato, los practicantes de ambos lados están en posición de convenir respecto a las normas para manejar cobros, acreditación, ajuste o pago.

Una metodología similar debe ser aplicada sector por sector. Tómese, por ejemplo, el transporte terrestre. Las cartas de porte terrestre en ambos lados del río Grande deben responder en primer término a preguntas referentes a su formato tales como: ¿qué documento se acepta como una carta de porte válida para entregar mercancías al consignatario?, ¿quién completa la factura y cuándo?, ¿quién la expide y cuándo?, ¿quién la retiene y hasta cuando?, ¿quién puede recibirla y cuándo? y así sucesivamente hasta llegar a aspectos de mayor consecuencia normativa como:⁴⁶ ¿la carta de transporte es un mero recibo de mercancías o un documento representativo del dominio y de la posesión? Así como con las reglas sobre cheques, la uniformidad en detalle de las reglas de documentación del transporte terrestre permite una observancia más fácil y uniforme en ambos lados de la frontera.

⁴⁵ El proceso más reciente de revisión sobre usos y prácticas uniformes para créditos documentarios (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits) (ICC Publication 500) es una buena ilustración de cómo el trabajo de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo funciona. Estas reglas consuetudinarias han tenido éxito al proveer al mundo de una amplia uniformidad en el manejo bancario de créditos documentarios. Sobre la metodología de la revisión, véase Boris Kozolchyk, *Towards New Customs and Practices for Documentary Credits; The Methodology of the Proposed Revision*, *Commercial Law Annual*, 1993, 331.

⁴⁶ Ver el capítulo 7 de este tomo.

Una vez identificadas las diferencias entre las prácticas en ambos lados de la frontera se ha de obtener un convenio de armonización para cada práctica acorde con los principios de legitimidad. Finalmente, como sucede en el caso de las prácticas y costumbres uniformes para créditos documentarios,⁴⁷ las reglas sectoriales de práctica del TLC deberán contener su propio “derecho viviente” respecto a procedimientos efectuados extrajudicialmente por las partes agraviadas. Estas reglas de “derecho viviente” contribuirán a la resolución de disputas en forma extrajudicial y facilitarán el flujo expedito de bienes y servicios.⁴⁸

b) Principio de equidad comercial internacional

El juez Holmes no estaba totalmente en lo cierto al advertir que “los principios generales no resuelven casos concretos” porque de hecho muchos principios generales dirigen o guían la resolución de disputas, al igual que inducen un comportamiento contrario a las disputas. La práctica comercial diaria está muy influenciada por principios generales, reflejados, a veces, en aforismos tales como “cuanto más importante es la transacción, mayor es la necesidad de un escrito”, o “barco varado no gana flete.”

La razón del porqué ciertos principios generales son inmutables es que los esfuerzos humanos de sobrevivencia básicos como el labrado de suelo, la guerra o el comercio no pueden ser efectuados con éxito, a no ser que los recursos y procedimientos esenciales para cada esfuerzo se identifiquen claramente, se preserven y nutran. Esto significa que la forma en la cual estos esfuerzos se desempeñan no es ilimitada o anárquica, sino el resultado de principios y procedimientos básicos inherentes a la actividad en cuestión. Así, un principio general de comportamiento inmutable para la supervivencia por medio de actividades agrícolas es la necesidad de preservar la propiedad familiar y la correlativa dificultad de vender o hipotecar tal propiedad.

Para sobrevivir como agricultor en las comunidades agrícolas, la familia debe esforzarse por conservar su tierra ancestral tanto como sus accesorios dentro del seno familiar. Por el contrario, el comercio como actividad requiere la habilidad de vender o hipotecar cualquier propiedad que sea valiosa a los ojos del mercado, sin considerar qué tan ancestral pueda ser.⁴⁹ Al mismo tiempo,

⁴⁷ Sobre el proyecto del , véase Kozolchyk, *op. cit.*, *supra* nota 45.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Sobre las diversas actividades y su impacto en los principios de posesión y propiedad, véase el capítulo 6 de este tomo. Para los principios inherentes al desarrollo del derecho comercial, véase el capítulo 7 de este tomo.

la moralidad comercial al vender o hipotecar no es la de un pirata o un ladrón, es la de un comerciante confiado y respetado.

Los principios discutidos en las siguientes secciones incorporan comportamientos mínimos de equidad comercial esencial para un sistema viable de comercio internacional. Como formulaciones internacionalmente aceptables de dichas actitudes, legitiman aquellas reglas o prácticas que los incorporan e implementan.⁵⁰ No necesitan ser adoptados formalmente porque su efectividad depende de su continua observancia.

1. Los comerciantes, independientemente de su origen, raza o religión, deben ser tratados en forma igualitaria, pero el trato igualitario debe distinguir entre el comportamiento comercial promedio y el arquetípico.

La igualdad en el trato es el principio seminal del GATT y el TLC. Frecuentemente se le refiere como el principio del “trato nacional.”⁵¹ Éste es el principio que hace que el comercio internacional sea posible, convalidando una conquista lograda por los comerciantes itinerantes de las ferias medievales conocida entonces como “la paz del mercado”.⁵² En el derecho comercial internacional del GATT y el TLC, la igualdad en el trato obliga a los gobiernos a tratar los productos extranjeros o a los que los vendan, arrienden, presten, aseguren o transporten en la misma forma como tratan a sus propios productos o personas.⁵³ En términos del derecho comercial esto significa que los derechos y obligaciones de cada participante en una transacción comercial se miden por el mismo modelo de justicia elemental de mercado: aportantes de iguales valores mercado merecen igual trato y cuando el derecho no define lo que es el valor mercado, lo hacen los comerciantes portavoces del mercado.⁵⁴

La selección del comportamiento comercial más representativo respecto al valor mercado por parte de legisladores y jueces es una de las funciones más

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Véase, por ejemplo, NAFTA, artículo 1405.

⁵² El derecho romano y en cierta medida el medieval fueron “personales” en cuanto a su naturaleza. Los comerciantes que viajaban de un lugar a otro cargaban el derecho sobre sus espaldas y el hecho de cargar la ley propia significó la posibilidad de encarcelamiento o muerte como resultado de conflictos entre el derecho de los países huéspedes o anfitriones. La igualdad en el trato protegió a los comerciantes viajeros no sólo de represalias “políticas”, sino también de ser encarcelados o muertos por autoridades municipales que intentaban cobrar deudas de los amigos, colegas o vecinos de los comerciantes viajeros. La igualdad del trato, entonces, aforó a los comerciantes extranjeros en transacciones reservadas sólo para los nacionales o residentes de la ciudad.

En los días de lord Mansfield, la igualdad del trato de extranjeros no sólo significó libertad de represalias políticas y responsabilidad colectiva, sino también ser regido por los mismos estándares de justicia aplicables a comerciantes locales. Sobre este principio, véase el capítulo 7 de este tomo.

⁵³ Véase Jackson, “World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict”, 49 Wash. & Lee L. Rev. 1227 (1992).

⁵⁴ Véase el capítulo 7 de este tomo.

importantes para lograr la uniformidad del derecho. En algunas ocasiones todo lo que se requiere es conocer el punto de vista de un comerciante promedio. Esto suele suceder con prácticas internacionales establecidas y expandidas. Cuando la práctica internacional no está establecida y la desconfianza prevalece entre los actuales y posibles participantes, la práctica elegida debe proveer una medida extra de certidumbre jurídica y requiere una habilidad e integridad superiores al promedio.⁵⁵

2. Aquellos comerciantes caracterizados como terceros en una relación comercial del TLC merecen una protección especial y a veces superior a aquella dada a las partes originales en una transacción.

Un tercero en una relación comercial puede ser un comerciante local o extranjero que compra, arrienda o presta a otros comerciantes en el mercado del TLC, esperando que su compra, arrendamiento o préstamo no quede sujeto a excepciones o defensas basadas en transacciones o relaciones jurídicas subyacentes desconocidas por él.

El mercado del TLC es un mercado de terceros paradigmáticos ya que la gran mayoría de sus transacciones es entre extraños y ajenos a las transacciones subyacentes. Piénsese, por ejemplo, en un banco canadiense que descuenta papel comercial de exportadores norteamericanos de aserrín vendido a un fabricante de muebles mexicano; en un aplicante de Estados Unidos para el registro de marcas registradas o patentes en un registro oficial mexicano previamente usadas pero no inscritas en México; en un banco mexicano poseedor de cheques en dólares canadienses o americanos emitidos por los compradores de productos mexicanos; o en un comprador americano de acciones listadas en la bolsa de valores mexicana. Todos estos participantes en transacciones transnacionales tienen el carácter de terceros en los diversos mercados. Tales mercados sólo pueden existir si los terceros antes descritos reciben una protección jurídica superior a aquella otorgada a las partes originales en cada una de sus transacciones.

El derecho de representación actual en al menos un país del TLC, no protege a importantes terceros. Considérese el caso de C, un comprador canadiense de un bien inmueble mexicano, tratando con B, un representante del vendedor-propietario mexicano, A. C paga el precio pedido por B, pero se encuentra con que A rehúsa entregar el inmueble alegando que B se excedió en su autoridad para vender. C examinó el poder de ventas de B y no pudo detectar limitación alguna sobre la autoridad de A. De hecho el poder exhibido por B contenía una cláusula expresa que permitía a B la venta de la propiedad de A. Sin embargo, sin conocimiento de C existía un acuerdo previo no registrado entre A y B por

⁵⁵ Véase Boris Kozolchyk, *op. cit.*, nota 45, pp. 371, 387-405.

el que se requería que B obtuviese de A una autorización antes de realizar cualquier venta. Además, A alega que el poder otorgado a B no es “general” para ventas sino un poder “especial” para vender sólo bajo circunstancias restringidas. Si la compra de C fuere declarada válida por los tribunales sería porque C es un tercero extraño al acuerdo entre A y B, y debido a que el poder formal exhibido por B le confería un derecho “abstracto” a C o a cualquier tercero que confiase en la apariencia del poder. Por otra parte, si los tribunales rescinden la venta (como es posible que lo hagan) sería porque ellos equiparan los derechos de C a los de B, una de las partes del contrato “original” entre A y B.

Para que el TLC tenga éxito han de protegerse las adquisiciones, empréstitos o arrendamientos de terceros como C. Y la protección de C debe basarse en expectativas comercialmente razonables. Una de éstas es que un hombre de negocios, y sobre todo un extraño, no debe ser víctima de distinciones hipertécnicas entre poderes “generales” y “especiales”. Si un poder otorga expresamente el derecho de vender, cualquier hombre de negocios promedio, actuando en forma razonable (en contraste con un experto en derecho notarial), no debe verse forzado a consultar a un especialista en derecho notarial en cada una de sus transacciones. Por ello, los poderes deben conllevar las mismas consecuencias de abstracción que los títulos de crédito y valor. Tal y como sucede en el derecho europeo, debe recordarse que el mercado del TLC no es de transacciones civiles aisladas o únicas sino de transacciones multitudinarias y estereotípicas.

Lo mismo podría decirse de los registros en registros públicos. El estándar de conocimiento y cuidado para la protección de un tercero no debe ser el mismo que se aplica a un examinador de títulos con el conocimiento de un abogado experto o notario. Un comerciante que fuera a vender, por ejemplo, equipo comercial a crédito no debe tener que esperar la redacción de una opinión jurídica exhaustiva respecto a lo registrado antes de decidir si va a proseguir con la venta o préstamo. Entonces, la información que proveerá la protección a un tercero registral, debe ser fácilmente accesible y no requerir el conocimiento de un experto.

3. El comercio internacional en general, y el TLC en particular, se benefician de la presunción iuris tautum de buena fe.

Considérese, por ejemplo, la veracidad de las declaraciones en los documentos de aduana. Si la presunción fuera que cada factura fue llenada con mala fe, la inspección aduanera se demoraría hasta que el inspector tuviera evidencia de la buena fe. La experiencia del Mercado Común Europeo indica que la transición hacia un documento administrativo uniforme sólo fue posible adoptando la presunción de buena fe y la garantización de la misma, de ser necesario, por

medio de bonos, fianzas o créditos documentarios emitidos por comerciantes confiables.⁵⁶

Por otra parte, los legisladores y adjudicadores en los tres países deben dar a la buena fe un significado concreto. Este significado, al igual que el del valor mercado, ha de basarse en las prácticas del mercado respecto a lo que se considera un comportamiento comercial decente. Es cierto que lo que puede ser la buena fe en el mercado canadiense difiere de lo aceptable en Estados Unidos o en México. Obviamente, para que un comportamiento califique como un estándar del TLC tiene que ser similar en el sector en cuestión de los tres países.

Tómese, por ejemplo, la definición de buena fe como equivalente a la honestidad, una de las más viejas y comúnmente aceptadas versiones de buena fe en los tres países del TLC. Aún así, el significado específico de lo que constituye un proceder honesto en el contexto de un determinado sector comercial del TLC no es tan transparente como podría parecer a primera vista.

Considérese el deber de decir la verdad como una manifestación de la honestidad. Nadie objetaría a la caracterización del decir la verdad como una manifestación diaria de la buena fe,⁵⁷ especialmente con respecto a otros comerciantes y, cada día más, también con respecto a los consumidores. Consecuentemente, asúmase que una empresa mexicana cuyas acciones están listadas en la bolsa de valores mexicana quiere cotizar en la bolsa de valores de Nueva York o en un mercado de valores regional. Una de las primeras preguntas que la última bolsa de valores se haría es respecto a la historia financiera del aplicante.

El solicitante mexicano diría la verdad. Es decir, la verdad que dirá estará basada sobre los estándares de contabilidad comunes en México que pueden

⁵⁶ Oh, Barassi, Montoya, "Harmonization of United States-Canada-Mexico Customs Transaction Requirements", en *Toward Seamless Borders: Making Free Trade Work in the Americas*, sección 1, pp. 92-143.

⁵⁷ El deber de decir la verdad a una contraparte comercial es tan antiguo como el comercio mismo. La contraparte comercial, sea un vendedor, acreditante o inversionista, necesita conocer el estado de los bienes y obligaciones de su contraparte comercial tanto como el valor real de la mercancía o servicios de su socio. No sorprende, entonces, que la contabilidad con doble partida, un ingenioso medio de tener certeza respecto de los bienes y obligaciones del socio comercial que llegó a extenderse en las ciudades comerciales italianas de los siglos XIII y XIV y con el advenimiento de la banca internacional, se haya popularizado tanto entre los comerciantes. *Mutatis mutandis*, las naciones comerciales no pudieron organizar una entidad como el GATT hasta que todos los participantes comenzaron a decir la verdad acerca de cuál era la naturaleza de sus barreras arancelarias. Sobre este punto, véase García Moreno y Hernández Ochoa, "Neoprotectionism and Dispute Resolution Panels as Defense Mechanics against Unfair Trade Practices: A Focus on Mexico", en *Toward Seamless Borders: Making Free Trade Work in the Americas*, pp. 692-715. El TLC por sí mismo alienta a decir la verdad al imponer el requisito de transparencia entre las partes, en la licitación gubernamental y los procedimientos para autorizar la inversión u otorgar concesiones. El NLCIFT está organizando actualmente un comité internacional sobre estándares de contabilidad que comprenden lo representativo de los sectores contables, legales y regulatorios.

ser desconocidos en Estados Unidos o pueden también ser inconsistentes con aquéllos usados por el mercado de valores de Estados Unidos. De esta manera, a menos que exista uniformidad en una forma de decir la verdad, el solicitante mexicano podría estar diciendo lo que el considera que es la verdad contable en México y no la de Estados Unidos.

La ilustración precedente muestra que la implementación de una protección de terceros por medio del requerimiento de buena fe no se descarga por el mero hecho de la adopción de definiciones similares de buena fe en los tres países. Más allá de definiciones uniformes, la protección de buena fe requiere acuerdo respecto al desempeño del ejercicio profesional en constante estado de desarrollo en cada sector comercial de los tres países.

4. *La voluntad contractual de las partes situadas en otros países miembros del TLC debe ser interpretada no literalmente sino de conformidad con los estándares de mercado del Tratado de Libre Comercio.*

El incremento del comercio conlleva un aumento del volumen del litigio contractual. A fin de evitar “la búsqueda de jurisdicción más ventajosa” (*forum shopping*) y las disparidades costosas de reglas decisionales, los jueces de la región del TLC deberán decidir disputas apoyándose, cuando sea posible, en las reglas de las prácticas de cada sector del TLC para cada transacción particular. Cuando dichas reglas no sean accesibles o sean incompletas, los tribunales deberán fundarse en los mínimos estándares prevalecientes para transacciones análogas en el mercado del TLC. En ausencia de transacciones en dicho mercado, deberán acudir a otro internacional comparable, como la Comunidad Económica Europea.

Si los legisladores y jueces prestan atención a las prácticas comerciales en el TLC o a un mercado comercial internacional comparable, podrán descontar el efecto de formalidades innecesarias en muchos compromisos contractuales. El libre comercio, por lo general, requiere de formalidades tales como escrituras o autenticaciones de firmas sólo por razones funcionales y no ritualistas. De igual manera, los tribunales impondrán sobre los intermediarios contractuales como agentes o corredores estándares de diligencia y buena fe capaces de atraer la confianza internacional. De hecho, una de las funciones más constructivas de los legisladores y jueces durante la incipiente fase del TLC es ayudar en la construcción de la confianza internacional respecto a los intermediarios comerciales.⁵⁸

⁵⁸ Un ejemplo de esta construcción de confianza es el proyecto sobre capacitación de corredores de propiedad inmobiliaria del NLCIFT, el cual ha resultado en la propuesta de legislación para el establecimiento de un programa de licencias para la operación de corredores inmobiliarios en el estado mexicano de Sonora. Se anticipa que este programa contribuirá a la confianza entre los inversionistas de inmuebles en Sonora, tanto mexicanos como extranjeros.

5. Los legisladores y jueces deberán reconocer la necesidad de proteger los derechos de propiedad y las garantías adquiridas en otros países miembros del Tratado de Libre Comercio.

Un gran número de transacciones comerciales del TLC no podrá sobrevivir si la propiedad, la posesión o las garantías reales adquiridas en un país estuvieran sujetas a lo que la Suprema Corte de México describió como la “prueba diabólica de propiedad”, es decir, la búsqueda del primer o más “histórico” propietario. En el nivel más básico, considere el predicamento de un comprador de un bien mueble en un mercado abierto a quien no se permite usar el bien en un país del TLC, a menos que muestre una historia completamente documentada de su compra y del derecho de su vendedor. Cuando las transacciones crecen en complejidad, aumenta también la necesidad de proveer mecanismos que reconozcan y protejan los derechos posesorios en todas las naciones del TLC. Hasta que se establezcan tales mecanismos, incluyendo la creación de registros electrónicos centralizados para la propiedad y garantías reales del TLC,⁵⁹ los tribunales y los administradores de la región del TLC deberán dar fe plena a lo manifestado en certificados u otros medios de prueba válidos, de conformidad con el derecho del lugar de su emisión.

6. Dentro de lo posible, los jueces deben cumplir los requerimientos de sus contrapartes extranjeras para lograr la más plena cooperación judicial y administrativa.

El principio de cooperación judicial y administrativa internacional exige el respeto a los actos oficiales y decisiones de la otra nación. La cortesía y, más que ella, la deferencia al derecho más cercano a la transacción, no sólo evitan el conflicto, como nos recuerda la definición de paz de Benito Juárez (“El respeto al derecho ajeno es la paz”), también incrementan la habilidad de aprender de los éxitos y fracasos normativos de la otra nación. Los enfoques contrastantes entre la legislación y la función judicial entre México y Estados Unidos han puesto énfasis en la necesidad de aprender de los logros y debilidades del otro.

Los legisladores y jueces de Estados Unidos mejorarían su precisión normativa mediante el aprendizaje de las habilidades silogísticas y definicionales de sus contrapartes mexicanos; los legisladores y jueces mexicanos, a su vez, mejorarían sus funciones adquiriendo mayor sensibilidad respecto al comportamiento del mercado y particularmente al comportamiento de los comerciantes promedio y arquetipo. Finalmente, dada la creciente importancia de los mecanismos de solución de disputas extrajudiciales, el cometido de ambos sistemas judiciales debería extenderse a impulsar el arbitraje, lo mismo que otras formas de dirimir disputas extrajudiciales.

⁵⁹ Véase *supra* nota 38.

3. EL *MODUS OPERANDI* DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

Como se indicó anteriormente, el Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio Interamericano (NLCIFT) demanda una combinación de métodos tradicionales y empíricos. Esta combinación lleva a una reducción de normas “desde arriba” y “desde abajo”. En el enfoque desde arriba, la investigación jurídica tradicional se utiliza para determinar la ley aplicable, la doctrina y el derecho jurisprudencial. No obstante, la determinación del derecho aplicable no termina con una conclusión meramente descriptiva. La investigación requiere una respuesta normativa respecto a si el derecho aplicable y la práctica son consistentes con los principios de igualdad discutidos en la sección precedente.

Para obtener esta respuesta normativa es necesaria una investigación “desde abajo” compuesta por tres etapas. La primera es descriptiva, la segunda analítica y la tercera normativa o prescriptiva. Tómese, por ejemplo, el estudio recientemente terminado sobre la documentación del transporte terrestre.⁶⁰ El propósito de este estudio era identificar las barreras legales en el flujo de la transportación terrestre en Canadá, Estados Unidos y México, y preparar el camino para una carta de porte uniforme.

La primera etapa de este estudio fue meramente descriptiva porque incluyó una observación detallada de las prácticas referentes al embarque, al igual que prácticas financieras y de seguros. Ningún detalle era lo suficientemente pequeño. Las típicas preguntas fueron: “¿Cómo y por quién se llena una carta de porte?” “¿Quién recibe las copias de la(s) factura(s) y cuándo se entregan estas copias, y a quién?” “¿Qué documentos, si alguno, se requieren para reclamar los bienes durante el tránsito en su destino?” Esta indagación produjo un hallazgo importante. En Canadá y Estados Unidos, la carta de porte compuesta de varios ejemplares o copias la completa el embarcador y se utiliza como un recibo para las mercancías entregadas por el porteador al cargador, y no como un título representativo de la propiedad. En contraste, la carta de porte mexicana, en un solo original, la llena el porteador y se utiliza como un título de propiedad. Sólo al final de la jornada se emplea como recibo para la entrega de las mercancías por el cargador al consignatario.⁶¹

⁶⁰ Kozolchyk *et al.*, *op. cit. supra* nota 6.

⁶¹ Para conclusiones similares con respecto a las prácticas de endoso de cheques, véase las transcripciones de la Reunión de la Asociación Americana de Banqueros, el USCIB, la Asociación Canadiense de Banqueros y la Asociación Mexicana de Bancos sobre la uniformidad y armonización de la compensación de cheques en Norteamérica, en *Toward Seamless Borders: Making Free Trade Work in the Americas*, pp. 352-472. Para conclusiones concernientes al uso de recibos de almacenes de depósito negociables, véase O'Malley y Olea, “A Comparison of U.S. and Mexican Warehouse Receipt Law and Practice”, en *Toward Seamless Borders: Making Free Trade Work in the Americas*, pp. 484-518.

La segunda etapa fue analítica y requirió la determinación de la aceptabilidad de las prácticas establecidas. Una de dichas prácticas incluyó la interlineación o intercambio de camiones de carga en puntos de la frontera: un tráiler de Estados Unidos conectado a un camión mexicano en la frontera. El tráiler, una vez que llegó a su destino en México, se regresó al punto fronterizo donde fue reconectado a un camión de Estados Unidos. Los análisis revelaron que varias prácticas nacionales eran aceptables para todos los participantes de ambos lados de la frontera. No obstante, también revelaron que algunas prácticas, como el uso de tráilers de regreso para el transporte local en México, era inaceptable tanto para sus propietarios de Estados Unidos, como para sus prestadores y asegurados. En la conclusión de esta etapa del estudio, los investigadores han tenido que discernir no sólo las prácticas promedio, sino también aquellas prácticas por encima y por debajo del estándar, y su aceptabilidad en los tres países.

Las conclusiones obtenidas en la segunda etapa facilitaron las bases para el trabajo prescriptivo de la tercera. En esta etapa, el derecho y la práctica son armonizados o unificados y su legitimidad es probada mediante la determinación de su acuerdo con los principios de igualdad y equidad en el comercio internacional. Ya que las prácticas por debajo del promedio y de mala fe que invariablemente causan conflictos entre los participantes, no pueden ser utilizadas en las actividades esencialmente cooperativas características del comercio internacional.

Como se discutió antes sólo aquellas prácticas que son cooperativas y ocasionalmente del tipo fraternal son aptas para ser armonizadas y unificadas. De esta manera, las prácticas deben estar por encima de cualquier actuación que no sea aceptable como una práctica internacional.⁶² Éste es el caso, por ejemplo, de la práctica arriba descrita que permite el uso de tráiler interlineado para el transporte local en México. El acarreo o transporte local no puede calificarse como una práctica internacional porque no sólo es inaceptable por los propietarios de tráilers en Estados Unidos, sino también por sus aseguradores y prestamistas.

Una vez que se concluyó la investigación tradicional y empírica, los resultados fueron comparados con los de otras zonas de libre comercio, en especial con la Comunidad Económica Europea. Si un determinado estudio hace posible la preparación de documentación uniforme, como es el caso con documentos de aduana,⁶³ recibos de almacenes de depósito⁶⁴ y documentos de transportación terrestre,⁶⁵ esto permitirá explotar experiencias relevantes con el

⁶² Para ilustrar del papel desempeñado por las prácticas estándar en el campo bancario, véase Kozolchik, *op. cit.*, *supra* nota 53.

⁶³ Véase Oh, Barassi, Montoya, *op. cit.*, nota 56, pp. 92-143.

⁶⁴ Véase O'Malley y Olea, *op. cit.*, nota 61.

⁶⁵ Kozolchik *et al.*, *op. cit. supra* nota 7.

intercambio electrónico de datos (EDI) u otras formas de mensajes electrónicos.⁶⁶

4. CONCLUSIONES

Debido a las serias disparidades entre el “derecho escrito” y el “derecho viviente” de Canadá, Estados Unidos y México, y de las actitudes en relación con el comercio, el derecho comercial no puede ser unificado o armonizado solamente por los medios tradicionales de tratados multilaterales y leyes modelos. La integral unificación y armonización, un prerrequisito esencial para la vía jurídica legal continua, sólo se puede lograr mediante la conjunción de dos fuerzas elementales de la práctica y legislación comercial internacional: la creación de las reglas de la práctica por parte de los diversos sectores comerciales y la formulación de principios de equidad internacional.

Aunado a dicha suma de fuerzas, será necesario un mejoramiento del esfuerzo educacional masivo en cada nación con el objeto de entender cómo se forman las instituciones jurídicas clave de las otras naciones. Afortunadamente, Estados Unidos y México han acordado cooperar, estableciendo centros de investigaciones jurídicas en cada país, para facilitar, entre otras cosas, la labor de la educación mutua, la investigación y la emisión de reglas de práctica sectorial. Algunas de estas reglas están siendo emitidas en esos centros para tres importantes sectores del TLC: la banca, la transportación terrestre y el corretaje de propiedad inmobiliaria.⁶⁷ Otras reglas de práctica sectorial deberán seguir su curso. La experiencia adquirida en estas tareas es altamente significativa no sólo para otros sectores comerciales de los países del TLC, sino también para la investigación y los esfuerzos educacionales y de proyectos de las naciones del Centro y Sur de América que esperan asociarse con los países del Tratado de Libre Comercio.

⁶⁶ NLCIFT publica sus estudios como documentos o propuestas preliminares. El primero de los mencionados se identifica con la abreviación “wd” y el segundo por “wp”, seguido por un número seriado y la fecha de publicación. Una propuesta incluye el lenguaje recomendado o formato mientras que un documento no. Ambos documentos son entregados ya sea a una oficina gubernamental o a una asociación privada de comercio involucrada en el estudio y con los centros hermanos del NLCIFT. Si se requiere una acción multinacional, un documento de trabajo se convierte en un escrito propositivo, identificado mediante la abreviación “pp” seguido por el número serial del documento y la fecha. Por ejemplo las *Select Advisory Group Rules and Commentary on Standby Letters of Credit*, 9 Ariz. J. of Int'l and Comparative Law 361 (1992) del NLCIFT fueron denominadas NLCIFT/pp1/10.92.

⁶⁷ Véase “Banking Procedures Meetings Transcripts”, en *Toward Seamless Borders: Making Free Trade Work in the Americas*, pp. 352-472 y Kozolchik, *op. cit.* supra nota 7.