

BORIS KOZOLCHYK

EL DERECHO
COMERCIAL ANTE
EL LIBRE COMERCIO
Y EL DESARROLLO
ECONÓMICO

MC
Graw
Hill

SERIE

JURIDICA

**EL DERECHO COMERCIAL
ANTE EL LIBRE COMERCIO
Y EL DESARROLLO ECONÓMICO**

EL DERECHO COMERCIAL ANTE EL LIBRE COMERCIO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

Boris Kozolchyk

McGRAW-HILL

**MÉXICO • BUENOS AIRES • CARACAS • GUATEMALA • LISBOA • MADRID • NUEVA YORK
PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI • PARÍS
SAN FRANCISCO • SINGAPUR • ST. LOUIS • SIDNEY • TOKIO • TORONTO**

Gerente de producto: Alejandro Álvarez Ledesma
Supervisora de edición: Gloria Leticia Medina Vigil
Supervisor de producción: Zeferino García García

EL DERECHO COMERCIAL ANTE EL LIBRE COMERCIO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra,
por cualquier medio, sin autorización escrita del editor.

DERECHOS RESERVADOS © 1996 respecto a la primera edición por
McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A. DE C.V.

Atacomulco 499-501, Fracc. Industrial San Andrés Atoto
53500 Naucalpan de Juárez, Edo. de México

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial, Reg. Núm. 1890

ISBN 970-10-0967-3

1234567890

LI-96

9087543216

Impreso en México

Printed in Mexico

Esta obra se terminó de
imprimir en Febrero de 1996 eq.
Litográfica Ingramex
Centeno Núm. 162-1
Col. Granjas Esmeralda
Delegación Iztapalapa
09810 México, D.F.

Se tiraron 3000 ejemplares

Esta colección de ensayos está dedicada al amigo fraterno y maestro de maestros de derecho comercial Raúl Cervantes Ahumada y a la memoria de mis muy queridos padres, Abraham y Ana Kozolchyk y de mis familiares y amigos Lázaro Kozolchyk, licenciado Gustavo Pérez Pérez y Mendel Gurman.

Contenido

Prólogo	XIII
Prefacio	XV

Primera parte

EL DERECHO COMERCIAL ANTE EL LIBRE COMERCIO

I. El Tratado de Libre Comercio en su contexto histórico y mercantil	3
1. Los vientos de las libertades económica y política	3
2. El advenimiento del libre comercio internacional	4
3. La igualdad y equidad del Tratado de Libre Comercio	6
4. La vía jurídica continua del Tratado de Libre Comercio	7
5. La coyuntura histórica del Tratado de Libre Comercio	12
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

Segunda Parte

EL DERECHO COMERCIAL ANTE EL DESARROLLO ECONÓMICO

III. En busca de una teoría del derecho en el desarrollo económico	53
1. Introducción	53
A. Breve historia y descripción del Proyecto de Reforma Jurídica	53

VIII CONTENIDO

B. Criterio de evaluación del desarrollo jurídico: estado y grado 57

C. Metodología y terminología de evaluación 58

2. La Ley de Fomento Industrial de 1959 61

 A. Rasgos básicos 61

 B. Factores en la promulgación de la LFI 63

 C. Efectividad de la LFI 69

 D. Evaluación 73

3. El derecho y la formación de capital en sociedades comerciales 74

 A. Introducción 74

 B. La redacción de los artículos del Código 74

 C. Los objetivos de los codificadores 75

 D. Demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones 77

 E. El comportamiento del derecho de las sociedades comerciales 79

 F. La sociedad anónima costarricense 81

4. El crédito al consumidor y el derecho 88

 A. Introducción 88

 B. El asalariado como usuario de crédito 89

 C. Regulación del crédito. Sus objetivos y rasgos básicos 94

 D. Fuentes de crédito al consumidor 97

 E. El comportamiento de instituciones jurídicas 105

 F. Evaluación 110

 G. Conclusiones 113

5. Los elementos de una teoría de derecho en el desarrollo económico 115

 A. El contexto económico y el prototipo de un "hombre de desarrollo económico" 115

 B. La función indispensable del sistema jurídico 119

 C. Principios económicos sobre la efectividad jurídica 122

 D. Estrategias jurídicas del desarrollo 125

IV. LO JUSTO O LO EQUITATIVO EN LAS DECISIONES JUDICIALES

MERCANTILES ANGLO Y LATINOAMERICANAS 137

1. Introducción 137

2. Una versión prototípica de E I: la respuesta judia mercantil medieval 138

3. Versiones contemporáneas del E I 140

 A. Fideicomisarios en el derecho de Estados Unidos 140

 B. Partes con conocimientos superiores en el derecho de Estados Unidos 141

 C. El deber de minimizar daños causados por la contraparte en el derecho de Estados Unidos 142

 D. Fiduciarios y conocimiento superior en el derecho mexicano y costarricense 144

 E. El poder superior de negociación y la lesión en el derecho mexicano 146

F. La posibilidad de “mitigar” los daños contractuales en el derecho de Costa Rica y México	148
4. Evaluación comparativa de las versiones E I de Estados Unidos y Latinoamérica	150
5. E II en el derecho mercantil de Estados Unidos	152
A. Introducción	152
B. Disputas contractuales	153
C. Derechos de los terceros	155
6. E II en el derecho mercantil latinoamericano	157
A. Introducción	157
B. Las decisiones judiciales mexicanas sobre derecho contractual	158
C. La equidad en las sentencias contractuales de otros países latinoamericanos	166
D. Los derechos de los terceros en Latinoamérica	169
7. Comparación de las versiones de los Estados Unidos y Latinoamérica del E II	172
8. Versiones prototípicas del E III: las usuras inglesa e indostaní y el derecho de necesidad familiar	179
9. Versiones contemporáneas comunes del E III	181
A. Derecho angloamericano	181
B. Derecho alemán	185
C. Derecho latinoamericano	186
10. Otras versiones del E III	187
11. Evaluación comparativa	189
12. Conclusiones	190
V. LA COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y LA CIVILIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL	193
1. Introducción	193
2. El contexto civil	196
A. Formalismo y exclusión de prueba en la intención contractual	196
B. Aplicación a las transacciones entre presentes	196
C. La causa o razón para la validez de una obligación contractual	197
D. El tratamiento de la lesión y el justo precio	199
E. Falta de protección a los derechos de terceros	202
F. La justicia contractual como criterio de equidad	203
G. Arquetipos civilistas: el propietario egoísta y el buen padre de familia	206
H. La adjudicación y el Código	207
3. El contexto comercial	210
A. Formalismo y la prueba de la intención contractual	210
B. Aplicación de las transacciones entre ausentes	211
C. La causa de los contratos comerciales	212
D. Protección de los derechos de terceros	216
E. La equidad de la costumbre en la adjudicación comercial	217

X CONTENIDO

F. El prototipo del sujeto del derecho comercial: el comerciante decente y razonable	219
G. Principios generales en la adjudicación mercantil	222
4. La comercialización del derecho civil	225
5. La civilización del derecho comercial	227
6. Conclusiones	235
VI. LA VENTA DE BIENES MUEBLES POR SU NO DUEÑO (EL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA)	237
1. Introducción	237
2. Derecho romano	240
A. La influencia de la agricultura y la guerra sobre la propiedad y la posesión en Roma	240
B. La influencia de los arquetipos romanos en el comercio	243
C. <i>Nemo dat</i> y el <i>status</i> del paterfamilias	245
D. La intención del propietario en el mandato y usucapio	248
E. Método de razonamiento en cuanto a los derechos del adquirente	252
3. El derecho español de los siglos X al XIV	255
A. Los incipientes mercados urbanos en la Europa medieval	255
B. El mosaico legal español y el advenimiento de la buena fe del comprador	256
C. Derecho romano y germánico en la España medieval	261
D. El requisito de la buena fe	263
E. Conclusiones	270
4. De la Inglaterra del siglo XVII a Estados Unidos de hoy en día	271
A. Los intermediarios financieros ingleses: joyeros, banqueros y aseguradores	272
B. El comercio en Estados Unidos a fines del siglo XIX y el contemporáneo	275
C. El derecho comercial y la buena fe	279
D. El mercado abierto	280
E. La negociabilidad de las letras de cambio	281
F. Documentos representativos del dominio	285
G. La garantía prendaria contemporánea en Estados Unidos	288
5. El gravamen unitario del artículo 9 del UCC	295
6. Conclusiones: naturaleza y derrotero del derecho mobiliario	296
VII. EL GRADO DE AVANCE DEL DERECHO MERCANTIL AL FINAL DEL SIGLO XX	303
1. Introducción	303
La misión del derecho mercantil	303
2. Mercados paradigmáticos	305
A. El mercado romano y altomedieval europeo	305
B. El mercado de los comerciantes árabes y judíos mediterráneos de los siglos IX a XII	310
C. El mercado europeo y norteamericano en el siglo XIX	312
3. Principios rectores del derecho mercantil	315

A. Primer principio: la asunción del riesgo comercial y la necesidad de finalidad y limitación de la responsabilidad del comerciante	315
B. Segundo principio: igualdad en el trato de los comerciantes	318
C. Tercer principio: la posesión como el título más confiable de los bienes en el comercio	319
D. Cuarto principio: sobre la libertad contractual y la seriedad de la intención contractual	321
E. Quinto principio: creación de un derecho mercantil viable a partir de la moralidad comercial observable en el comportamiento típico y arquetípico . .	323
4. Convalidación y corrección del mercado actual	324
A. Características del mercado	324
5. La evaluación de la misión del derecho mercantil. Problemas y soluciones	327
A. Limitación de la responsabilidad, asunción de riesgos e igualdad de trato . . .	327
B. La intención contractual. Los usos del comercio electrónicamente programados y la igualdad de tratamiento	331
C. La necesidad de soluciones globales uniformes	335
D. El título, la posesión y la desaparición de la dicotomía de la propiedad mueble e inmueble	337
6. Conclusión	339