

“LA CONTRATACIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO COMPARADO” DE BORIS KOZOLCHYK

Dr. Víctor Pérez Vargas
Profesor de Contratación Comercial Internacional
Universidad de Costa Rica

El Dr. Boris Kozolchyk, graduado de las universidades de La Habana, Miami, Michigan y Luxemburgo, en nuestro país es ampliamente conocido por sus trabajos en coautoría con el maestro costarricense Octavio Torrealba (de quien tuve el honor de ser asistente) y con otros profesores de Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica; también, por sus amplias investigaciones sobre el proceso de industrialización, la formación de capital corporativo y los riesgos del crédito al pequeño y mediano comerciante y al consumidor.

Desde que le conocí a fines de los años sesenta, como Profesor Visitante de nuestra Facultad y, luego, como Director del Proyecto de Reforma Jurídica USAID, el Dr. Boris Kozolchyk fue, en primer lugar, un jurista integrador de los dos principales sistemas jurídicos de Occidente, vocación que continua cumpliendo hoy en la Universidad de Arizona y como Director del National Law Center for Inter-American Free Trade en la ciudad de Tucson, centro dedicado a la armonización del Derecho Comercial y al estudio de los tratados de libre comercio. Además, ha enseñado en diversas universidades como la de Aix en Provence, Louisiana State University, UCLA, Stanford, Chile, México, Luxemburgo y Miami.

Entre sus obras más conocidas anotamos La Contratación Comercial en El Derecho Comparado, United States Law of Trade and Investment, El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico, Making Free Trade Work in the Americas, Letters of credit (International Encyclopedia of Comparative Law) y Commercial Letters of Credit in the Americas: A Comparative Study of Contemporary Commercial Transactions.

Por sus grandes contribuciones, la Asociación Americana de Abogados (conocida por sus siglas en inglés, A.B.A.) le otorgó el premio “Leonard J. Theberge”.

En Costa Rica, antes de la llegada de Boris Kozolchyk, las referencias a la jurisprudencia en la Facultad de Derecho eran esporádicas. Por lo general los cursos eran casi totalmente conceptuales y las citas jurisprudenciales eran esporádicas. En muy pocos cursos, como el del Dr. Juan Luis Arias, tuvimos oportunidad de realizar ejercicios jurídicos sobre casos reales. No podemos olvidar que el gran aporte de Boris Kozolchyk a la enseñanza del Derecho en Costa Rica fue la adecuada combinación del método magistral tradicional con el método de casos. Los diversos tomos de su “Curso de

derecho mercantil, texto y material de estudio” contienen doctrina sustancial y transcripciones jurisprudenciales sobre cada uno de los temas. Hoy las cosas algo han cambiado y muchas materias cuentan con antologías de jurisprudencia (case books).

En sus lecciones de Derecho Comercial, en una equilibrada combinación entre lo dogmático y lo tópic, se estudiaban los conceptos fundamentales sobre sociedades, compraventas, fideicomisos, préstamos y otros negocios mercantiles y, al mismo tiempo, se nos enseñaba a analizar casos reales, a resolver problemas concretos, a redactar una demanda o a dictar una sentencia.

En esta ocasión, el Dr. Kozolchik nos brinda un nuevo libro (2006) titulado: “La Contratación Comercial en el Derecho Comparado”, texto utilizado en el curso “Perspectivas Actuales del Derecho Comercial” del programa de Doctorado en Derecho Mercantil, de la Universidad Carlos III, de Madrid. Aquí también se combina la exposición magistral con las referencias legislativas y jurisprudenciales.

La obra que reseñamos, centrada en el tema de las promesas de ejecución diferida, es fruto de un gran conocedor del derecho latinoamericano y del europeo continental y, a la vez, del “Common Law” y, por ende, de una verdadera autoridad en el Derecho Comparado Occidental. Cabe resaltar, en este sentido, el título de uno de sus artículos: *The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law* publicado por *Louisiana Law Review*.

Recordemos que el Derecho Comparado, más que una rama del Derecho, es un método con el cual se intenta establecer los caracteres comunes y diferenciales de un sistema o

de un subsistema de ordenamientos como, por ejemplo, el Latinoamericano. El maestro del Derecho Comparado, René David, nos habla, por ejemplo, de la especificidad de los ordenamientos latinoamericanos dentro del grupo francés del sistema occidental. Basta una confrontación de textos para percatarnos de que se trata de pueblos que, jurídicamente, hablan un mismo idioma y comparten soluciones a problemas comunes. Esta obra del Dr. Kozolchik nos recuerda que, de conformidad con las enseñanzas de Jhering, la comparación debe hacerse en forma dinámica, tomando en cuenta el contexto socio económico y los fines de las instituciones, que en el caso de las promesas de prestación diferida son fines crediticios.

El propósito de esta obra es fundamentalmente pedagógico, precisamente, el de dotar al estudiante y al estudioso de un método comparatista para el estudio del Derecho de los Contratos Comerciales. Sin embargo, la actualidad de su enfoque le da un enorme valor práctico en un mundo donde las promesas vinculantes de prestación diferida han proliferado, dejando muy lejos aquella lista cerrada de promesas unilaterales del *Codice Civile Italiano* que las circunscribe a unos pocos supuestos típicos, como la promesa al público y la promesa que, estando incorporada en un título de crédito, está destinada a operar frente a personas actualmente indeterminadas que podrían llegar a adquirir el título.

En la primera parte del libro, el autor estudia las promesas de ejecución diferida y su desarrollo histórico, desde las sociedades pre-comerciales, donde carecían de obligatoriedad, hasta nuestros días, señalando que se trata de manifestaciones productoras de obligaciones resultantes de la voluntad unilateral, que pueden ser vinculantes aun sin necesidad de

aceptación y sin que tenga relevancia la causa subyacente, aunque, en principio, la promesa de una prestación debe estar justificada por una causa lícita.

El autor resalta la importancia de estudiar el Derecho Romano y el Derecho Medieval. Del primero destaca su estructura conceptual y sus principios, posteriormente desarrollados por el segundo. El autor nos muestra que las actuales promesas de ejecución diferida se caracterizan, a menudo, por su informalidad, impersonalidad y falta de simultaneidad de la firma o de la conducta de adhesión, a diferencia del modelo de contrato tradicional francés.

Frente a la falta de causa, el Derecho normalmente reacciona negando validez al negocio; sin embargo, la doctrina ha desarrollado la noción de negocios abstractos, tales como la promesa cambiaria (donde, la abstracción no opera en relación con el primer tomador, sino solamente en relación con los sucesivos giratarios, lo cual facilita su circulación). En tales casos no son oponibles al cesionario las excepciones oponibles al cedente. Obsérvese como una expresión aparentemente sólo clasificatoria (la de negocio abstracto obtenida inductivamente, mediante una creciente generalización, sobre la base de situaciones reales concretas) resulta de utilidad para resolver problemas, objetivo principal de la ciencia jurídica.

Paralelamente, la doctrina habla de una abstracción procesal en algunas promesas cuya causa no se expresa y que son, frecuentemente, promesas de pagar una suma de dinero dentro de un plazo determinado, sin mayores especificaciones. La causa de estas promesas puede ser de diversa índole (devolución de préstamo, pago de una compra o promesa de pago de deuda ajena). En estos

casos el acreedor puede hacer valer en juicio la promesa, sin necesidad de demostrar la existencia de una causa, la cual se presume. Corresponderá al promitente demostrar la inexistencia de ella (por ejemplo, el mutuuario podría demostrar que la suma de dinero no le fue entregada). Entre otras promesas de ejecución diferida, el autor nos recuerda los pagarés, las aceptaciones bancarias y las garantías bancarias independientes.

A este respecto, la obra destaca la importancia que las referidas manifestaciones de voluntad o programaciones de intereses (negocios jurídicos) han adquirido en el mundo actual. El autor atribuye la causa eficiente de esta creciente importancia al crédito, visualizando sus diversos niveles: desde aquel que favorece al consumidor, hasta llegar al que las instituciones financieras internacionales otorgan a las bancas centrales; por ello lo califica de motor del proceso.

En la segunda parte se estudia la formación e interpretación de los contratos comerciales en los diferentes sistemas, con una visión más detallada. El autor, con una perspectiva heraclíteica, se refiere a la realidad jurídica cambiante y nos recuerda la relevancia de los usos y prácticas entre las partes y de la libertad de forma en el Derecho norteamericano, sobre el formalismo contractual tradicional en el Derecho europeo continental.

De especial interés son los comentarios sobre la buena fe en consideración a una ética que es producto de una cultura subyacente determinada que establece sus propios factores de orientación.

La obra trata, en su tercera parte, sobre los remedios procesales judiciales y extrajudiciales en los diferentes sistemas

frente al incumplimiento tanto pre-contractual como propiamente contractual. Se estudian aquí los diversos remedios, como la ejecución extra-judicial y la judicial junto con los daños y perjuicios. Se confrontan los procesos declarativos y ejecutivos iberoamericanos con el sistema judicial unitario norteamericano con sus diversas etapas, desde las alegaciones o pleadings, hasta la apelación. Esta sección constituye todo un muy completo compendio del proceso en los Estados Unidos y resulta de gran utilidad para su comprensión.

Especialmente interesantes me resultaron las comparaciones de este capítulo entre las soluciones dadas en los diversos ordenamientos al problema de la excesiva onerosidad sobreviviente, tales como la doctrina de la Imprevisión, la hardship, las diversas formulaciones de la cláusula Rebus sic stantibus, la teoría de la frustración del contrato y la imposibilidad sobreviniente. Cabe recordar, sin embargo, que la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional se ha mostrado contraria a la aplicación de estas doctrinas, afirmando el principio de presunción de competencia profesional de los comerciantes y concluyendo que si el contrato no tiene una cláusula de revisión o de adaptación a las nuevas circunstancias es porque las partes no la han querido.

Gracias a trabajos como el del Dr. Kozolchik, cada día es menor la brecha entre los principales sistemas de Derecho Comparado. Cada vez es mayor la importancia del derecho legislado en los países del Common Law y al mismo tiempo, cada vez es mayor la importancia que se asigna a la jurisprudencia en los países del Civil Law, especialmente porque los viejos códigos han adquirido nueva luz gracias a la interpretación e integración

realizada por los tribunales, al punto que no tiene sentido enseñar Derecho si no se enseña la orientación jurisprudencial viva en cada una de las materias. En Costa Rica, los ejemplos de nuevas orientaciones jurisprudenciales, a pesar de las leyes obsoletas, son abundantes.

Como docente puedo afirmar que la obra reseñada es especialmente útil, porque combina la exposición magistral con las referencias jurisprudenciales y legislativas. Al igual que en el ya mencionado "Curso de Derecho Mercantil, Texto y Material de Estudio", en este nuevo libro el autor facilita a estudiantes y profesores la puesta en marcha de un método pedagógico participativo, sobre todo con los "temas de discusión" propuestos en cada capítulo.

No puedo concluir esta breve nota sin destacar un mérito particular del trabajo del Dr. Kozolchik: el de superar la mera comparación y confrontación de sistemas, en búsqueda de factores de unidad.

Desde hace algunas décadas, diversos entes como la Cámara de Comercio Internacional, UNIDROIT, UNCITRAL y otros se han venido preocupando y ocupando en relación con la unificación del Derecho del Comercio Internacional, expresión que, en mi criterio, no debe confundirse con el Derecho Comercial Internacional, que termina siendo derecho nacional (al menos para su "exequátur") siendo, más bien, el primero, Lex Mercatoria supranacional o, al menos, anacional. En busca de ese ideal unificante, se han utilizado diversos medios, como las Convenciones de Derecho Uniforme, las Leyes Modelos y las recopilaciones de usos. La obra del Dr. Kozolchik constituye un notable aporte dentro del movimiento unificador del Derecho Comercial.