

## Derecho mercantil y globalización: desafío y compromiso\*

ÓSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO CORDERO

Don Francisco Javier Gaxiola Ochoa, presidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

Don Fernando Serrano Migallón, vicepresidente de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación.

Honorables miembros de la Junta de Gobierno.

Señores académicos vitalicios, de número y supernumerarios de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación:

Rosi, Óscar, Ana María, Óscar y Guadalupe.

Señoras y señores:

**E**l ingreso a una institución como la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación representa un momento especial en la vida de los profesionales del Derecho que alcanzan tan particular honor. Acceder como miembro a uno de los espacios de reflexión y análisis jurídicos más destacados de nuestro país, la generosidad con que hoy me abre sus puertas, son motivos de orgullo que me honran y que no puedo corresponder sino con el más sincero y emocionado agradecimiento.

Quiero aprovechar esta ocasión para rendir un franco y merecido homenaje a mis antecesores en este Sital, me refiero a don Paulino Machorro Narváez, don Felipe Tena Ramírez y a don Nestor de Buen Lozano; distinguidos juristas que con valiosas contribuciones y excelsa obra, abonaron sin duda alguna al prestigio académico que hoy, como siempre, goza esta honorable institución.

---

\* Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, leído el 15 de mayo de 2007 en la capilla del teatro Helénico en la Ciudad de México, Distrito Federal.

Además de expresar mi gratitud, como encarecido acto de retribución quiero ofrecer algunas reflexiones acerca de una problemática que toca nuestro ámbito profesional y académico.

Estas reflexiones son un resumen del trabajo de investigación que previamente he presentado a la consideración de la Junta de Gobierno de la Academia.

Me refiero a un tema de la rama del derecho a la que por años he dedicado mi vida profesional y docente: el derecho mercantil, particularmente respecto del desafío y los compromisos que impone el fenómeno de la globalización.

Comprender estos fenómenos resulta de particular importancia para tratar de entender el lugar que ocupa nuestro país como sistema jurídico soberano en el concierto internacional, en el que compartimos vicisitudes, confusiones y retos con otras naciones que, al igual que la nuestra buscan salir del atraso económico y esperan encontrar en las instituciones jurídicas un mecanismo idóneo para una ubicación más segura y competitiva en el contexto económico mundial cada día más ágil y complejo.

El fenómeno de la globalización, entre otras consecuencias, abrió las fronteras de los países a la comercialización de una gran variedad de productos y servicios, y ha creado zonas de libre comercio, cuyas operaciones son reguladas por la *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, es decir, los usos y costumbres comerciales, los acuerdos bilaterales, las convenciones y tratados internacionales, cobrando auge el uso de medios electrónicos, para la celebración de contratos mercantiles internacionales. Estas nuevas formas de contratación, han obligado a las legislaciones de los estados y a las normas del derecho internacional a buscar su adecuación, al tiempo que se reclama su homologación, y es un tema de discusión actual en foros nacionales, regionales y mundiales.

Esta realidad se nos muestra agresiva y capaz de superar toda expectativa, cualquier capacidad de pronóstico y reacción de quienes están encargados de diseñar y construir las instituciones jurídicas, y de quienes nos ocupamos de estudiarlas y hacer de ellas nuestra herramienta de trabajo cotidiano, así como de aquellos a quienes se encomienda la impartición de justicia.

La técnica legislativa y la jurisprudencia coexisten, y juntas asisten

con asombro al espectáculo que brinda la dinámica del mercado en el plano internacional. Esta dinámica asedia de manera inexorable la estabilidad de las instituciones jurídicas de los estados, a las que no queda más que adaptarse a una velocidad vertiginosa, aunque no siempre posible, o perecer y ser sustituidas por conductas comerciales que por carencia de regulación apropiada, afectan no sólo la seguridad jurídica, sino la viabilidad económica de las transacciones mercantiles.

El progreso científico y tecnológico y los cambios en el mundo son fenómenos a los que tratamos de aproximarnos desde nuevos enfoques filosóficos y políticos; temas como los derechos fundamentales y sus garantías, las nuevas herramientas y prácticas a través de las cuales es posible la perpetración de hechos delictivos, a los que ninguna rama del derecho es ajena. Estas conductas renuevan la práctica del derecho constitucional. Puedo afirmar que difícilmente existe una disciplina jurídica que no acuse el impacto de los vertiginosos cambios característicos de nuestro tiempo.

El derecho mercantil no es la excepción. En la actualidad, y tras siglos de haber sido la disciplina jurídica vanguardista por excelencia, impulsada por una dinámica propia, el derecho mercantil se enfrenta a un escenario inédito en donde muchas de sus instituciones y figuras parecen hoy rezagadas.

Este entorno, más allá de constituir un motivo de legítima preocupación en el aspecto práctico, representa también la necesidad para los juristas de llevar adelante un ejercicio de reflexión y creatividad que impulse la actualización de una disciplina la cual, por su naturaleza misma, no puede solo atestiguar con pasividad la enorme presión transformadora que las dinámicas de la economía globalizada de mercado imponen a nuestra rama.

Existen disciplinas que sólo se explican en función del papel que desempeñan *a posteriori* del acontecer socio-económico. Esta situación o privilegio, no corresponde al derecho mercantil. Desde sus orígenes, esta rama ha servido como motor para la evolución y el desarrollo del comercio, para la actividad económica y para llevar a cabo las grandes transformaciones del derecho privado.

El derecho mercantil es un fenómeno social tan antiguo como las primeras culturas y es característico de la modernidad. En tal virtud, se encuentra asociado a la dinámica con que la capacidad humana se

proyecta para construir instituciones, estructuras sociales y económicas más eficaces y eficientes, aprovechando tanto la experiencia histórica como las virtudes creativas, que son puestas en práctica para resolver nuevas necesidades e inquietudes socio-económicas.

Si acaso fuera demasiado pretencioso sostener que nuestra disciplina impulsa la historia del derecho, cuando menos es necesario reconocer que va de la mano con ella.

Este equilibrio, tras algunos siglos de haberse mantenido como una realidad inexorable en el ámbito jurídico, hoy parece romperse o ceder ante el empuje incontenible de una actividad económica globalizada que se desenvuelve con lógica propia.

La expansión de los mercados internacionales, primero de mercancías, luego de servicios y por último de flujos financieros, es el proceso que ha marcado en buena medida la historia del siglo que finalizó y que representa, sin duda, el mayor desafío al que los juristas nos enfrentamos en el siglo presente.

El movimiento de la economía y el comercio internacionales, además de numerosas implicaciones políticas que constituyen por si mismas ocasión para una reflexión aparte, involucra como uno de sus rasgos más característicos y sobresalientes la difícil tensión entre la vigorosa pujanza con que se desenvuelven los mercados mundiales y sus protagonistas, por un lado, y por el otro, la necesidad de establecer regulaciones jurídicas estables y uniformes para orientar un universo cada día más heterogéneo de operaciones y transacciones.

Un claro ejemplo de ello son los contratos mercantiles internacionales, cuyas reglas no han logrado uniformarse, a lo cual se suma la todavía deficiente regulación para la contratación comercial a través del uso de internet y otros medios electrónicos, situación que, sobre todo a partir de las dos últimas décadas, ha alterado reglas legales y añejas prácticas comerciales de contratación. Así, se suprimió el documento escrito, la presencia de las partes ahora es virtual y pueden recurrir a lo que hoy llamamos “firma digital”. Hoy el comercio ya no es el mismo que fue en el concierto mundial.

En el caso de nuestro país, para enfrentar los retos del comercio electrónico, hemos tenido que reformar, entre otros, el Código de Comercio y la Ley Federal de Protección al Consumidor, además de que se desarrollaron instituciones como el Sistema Nacional “e-México”, la

Comisión Intersecretarial para el Desarrollo del Gobierno Electrónico, la Subcomisión de Firma Electrónica Avanzada y el Gobierno Digital, entre otros. Sin embargo, en nuestro país como en muchos otros, aún existe temor por la falta de seguridad en las transacciones, privacidad de la información personal, identificación y ubicación de las partes, entre muchos otros aspectos.

En el plano internacional, los países se han organizado y agrupado con objeto de regular su economía y establecer zonas de libre comercio, impuestos, aranceles y libre tránsito de personas, han constituido bloques económicos y organizaciones de muy diversa naturaleza, entre las que pueden citarse: la Asociación Europea de Libre Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Unión Europea, la Organización Mundial del Comercio; integradas principalmente por países europeos. Otras en el ámbito americano son: la Comunidad Andina, el Área de Libre Comercio de las Américas, la Comunidad Sudamericana de Naciones, la Alternativa Boliviana para América Latina y el Caribe y el Mercado Común del Sur.

Con objeto de establecer reglas uniformes sobre contratos mercantiles, así como del comercio electrónico, se han creado diversos instrumentos jurídicos como son: la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales celebrada en Roma en 1980, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías conocida como el Convenio de Viena de 1980, la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1988, los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado sobre los Contratos Mercantiles Internacionales de 1994, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Comercio Electrónico de 1996, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales de 2005.

Esto representa sin duda grandes avances en la materia, sin embargo, no es suficiente porque las partes contratantes, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad que generalmente establecen las normas de derecho internacional y la nueva *lex mercatoria*, se

encuentran en total libertad de negociar en forma independiente el derecho aplicable y la solución de controversias, lo que da lugar a problemas relativos a la existencia y validez de los contratos mercantiles, conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, y conflictos jurisdiccionales, ello ocurre tanto en los contratos celebrados tradicionalmente por escrito, como en los realizados a través de medios electrónicos, lo que además origina múltiples problemas en cuestiones tributarias, por ejemplo: la evasión de impuestos o la doble tributación, temas sobre de los que la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado, quedando sin embargo tareas pendientes en la materia.

Tal panorama refleja, por un lado cómo se anula un importante espacio para la acción de los estados con miras a orientar su vida económica en beneficio de sus intereses nacionales, y por el otro, parece insinuarse una suerte de anomia que para muchos sería motivo de genuina preocupación.

Sin embargo esta inquietud es en buena parte artificial. En efecto, más que tratarse de una anomia en el ámbito del tráfico mercantil, estamos ante un silencio, ese sí preocupante, por parte de los especialistas y estudiosos del derecho que no han sabido o no han podido responder al llamado que reclama una nueva sistematización de ese extenso universo de instituciones y figuras contractuales que intervienen en esta nueva dinámica económica mundial.

La falta de ese instrumental teórico tiene importantes consecuencias, muchas de las cuales repercuten en la propia estructura histórica del derecho mercantil que, como referíamos antes, se ha caracterizado a lo largo de su evolución por marchar de la mano, cuando no ser impulsor directo, de los grandes cambios en la historia del derecho privado.

La técnica jurídica ha sido, desde sus orígenes en el mundo romano, una interminable y fecunda labor de sistematización; lo que la ha caracterizado en el ámbito específico del derecho mercantil ha sido la proyección dinámica y progresiva que en otras épocas se supo imprimir a esa tarea. Hoy es preciso reivindicar esa nota distintiva de nuestra disciplina asumiendo un compromiso intelectual serio ante un desafío monumental, pero no insuperable.

El tráfico mercantil se expande en nuestros días haciendo uso de un sin fin de herramientas jurídicas de la más variada índole, separando las

etapas en una multitud de transacciones diversas que regulan distintos aspectos de cada operación. La creciente especialización de la materia manifiesta, en consecuencia, una diversificación de sus contenidos.

Esta variedad y heterogeneidad de figuras contractuales nos miran desafiantes, más no por ello pueden ser motivo de perplejidad para el jurista, al contrario, deben ser ocasión para hacer uso del instrumental teórico básico con objeto de imprimirle una forma, una estructura orgánica a esa variedad de actos jurídicos que suelen aparecer como una diversidad informe y confusa.

Si bien las doctrinas difieren sobre sus contenidos y alcances, y hoy parece existir una relativa distancia entre el derecho mercantil tradicional y el derecho de las transacciones comerciales internacionales. Es indiscutible que existen principios rectores y pautas de sistematización capaces de proporcionar una óptica integradora para este cúmulo de procesos jurídicos que caracterizan el momento actual.

Es en esta perspectiva que debemos colocarnos para ensayar un intento de renovación estructural a fondo de nuestra disciplina y comprender la renovada dinámica que hoy la caracteriza, así como señalar sus proyecciones y así estar en condiciones de anticipar futuras evoluciones.

No existe duda alguna de que el derecho es un instrumento social que ante todo debe servir al progreso de la sociedad. Hoy en día, cabe sostener que es una de las pocas herramientas con las que países en situación de rezago económico como el nuestro, con un déficit social ofensivo, puede enfrentar los retos de una economía globalizada preservando para sí espacios básicos de decisión que permitan cumplir con las funciones básicas del Estado en beneficio de la población.

El contexto, sin embargo, presenta una dificultad que se vincula con el rol protagónico que muchos organismos multilaterales han asumido en décadas recientes, y que muchas veces deciden sobre la base de una errónea interpretación de las dinámicas económicas particulares de cada nación, cuando no con base en una absoluta falta de información al respecto.

Como expresión de soberanía, el derecho debe recuperar para sí esa capacidad de influir sobre la marcha del acontecer social y orientar los procesos que permitan al país salir victorioso de la interminable lucha contra la pobreza y el atraso económico y social.

Bajo estas premisas, el investigador, el docente, el profesional y el aplicador del derecho no deben esperar que la decisión política produzca una norma jurídica para interpretarla, analizarla o criticarla. Al contrario, deben asumir un papel protagónico en la orientación de las decisiones públicas. Para ello, sus mejores armas son precisamente aquellas que, producto de la reflexión, el análisis profundo y la sistematización del conocimiento, posibilitan anticipar escenarios y respuestas.

Este es el gran compromiso que quiero proponer a esta asamblea de juristas, y que mejor que realizarlo en este escenario de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, espacio idóneo para el análisis, el estudio, la reflexión y búsqueda de soluciones a éste y a muchos problemas que nos plantea la economía globalizada y que sin duda nos regala como una generosa e inigualable oportunidad para refundarnos profesional y humanamente.

Muchas gracias.