

## LA CONTRATACIÓN COMO NÚCLEO DEL DERECHO COMERCIAL EN LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. EL PAPEL ACTIVO DE MÉXICO

Edgar ELÍAS AZAR\*

SUMARIO: I. *El comercio de las empresas como motor de la globalización y el contrato como sustrato del derecho comercial.* II. *La globalización del mercado, de las empresas y del derecho del comercio.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

### I. EL COMERCIO DE LAS EMPRESAS COMO MOTOR DE LA GLOBALIZACIÓN Y EL CONTRATO COMO SUSTRATO DEL DERECHO COMERCIAL

La relevancia económica del comercio en la globalización tiene su más sencilla explicación en el reconocimiento constitucional de la iniciativa empresarial y el de la autonomía de la voluntad como principios proclamados en los países industrializados. Ambos conjuntamente representan los más sólidos pilares del derecho comercial o de los negocios en sentido amplio. Con dicho término se conoce en el lenguaje jurídico internacional y más universal a lo que en los sistemas del *civil law* se denomina desde hace más de un siglo derecho Mercantil, entre los que se incluye México. El término empresarial derecho comercial o derecho de los negocios se vincula a la idea de productividad implícita en la actitud o formas de actuar de los comerciantes, empresarios y Grandes corporaciones de todos los tiempos.

En el marco jurídico de la libre iniciativa empresarial y de la autonomía de la voluntad, la persona y las empresas deciden con quien cele-

\* Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

brarán o concertarán negocios (Libertad de iniciativa contractual). De igual modo, los sujetos partes de un contrato acordarán las reglas a las que se someterán en su contrato de compraventa, de agencia, de prestación de servicios profesionales, etcétera (autonomía de la voluntad material). También sus voluntades decidirán la norma o ley aplicable para las materias que no se contemple en su contrato (autonomía de la voluntad conflictual). Y por la misma vía podrán determinar el juez, árbitro o mediador que conocerá y dirimirá sus desencuentros comerciales. Este planteamiento microeconómico de la autonomía privada de la voluntad esbozado, así como el discurso realizado respecto de sus manifestaciones en la comercialización y distribución de bienes o servicios en los mercados que se instauren o con los que se vinculen, nos sirve para explicar la importancia vital del contrato en el comercio supranacional protagonizado por las Grandes corporaciones o sociedades anónimas bursátiles. Con ello, el desarrollo del derecho comercial global condicionado por este núcleo negocial, se demuestra históricamente. Así por una parte, sus orígenes, porque por la vía del contrato de compraventa nació el derecho del comercio en la época medieval. Por la otra, su evolución y expansión; pues mediante otras especies de contratos (transporte, depósito, préstamo) se renovó y redimensionó el comercio a otros sectores económicos. Esta dinámica ha sido constante a lo largo de los siglos; reafirmandose, que los negocios y contratos enriquecen el derecho comercial; que ellos amplían su esfera de competencia y aplicación a los demás sectores del ordenamiento jurídico; con especial énfasis en el derecho civil de obligaciones y contratos.<sup>1</sup>

Las ideas señaladas se repiten en la última y aún inacabada fase del desarrollo del derecho de la contratación, representado por el comercio electrónico. Nuevamente y como ya indicara en mi monografía *Contratación por medios electrónicos*,<sup>2</sup> la convergencia y recursos ofrecidos por las Tecnologías de la Información y de la Comunicación promueven nuevos modos de manifestar el lenguaje común oral y escrito, a través de medios electrónicos y audiovisuales (escrito, imágenes, audio). Todo este sustento electrónico ha facilitado la penetración de la red hasta el último rincón de nuestras vidas privadas. Y su vertiginoso avance ha permitido

<sup>1</sup> Elías Azar, Edgar, *Hacia un enfoque comparativo y renovado de los contratos*, 2007, en prensa.

<sup>2</sup> Elías Azar, Edgar, *Contratación por medios electrónicos*, México, Porrúa, 2005.

el desarrollo sin parangón del comercio, en sus diversos sectores económicos (transporte, comunicaciones) y en sus múltiples modalidades de contratación privada. Hoy desde cualquier lugar podemos comprar un billete de pasaje, con varios “clics” de *mouse*. Por igual procedimiento nos es posible recabar los servicios profesionales (médico, arquitecto, abogado) o realizar una queja o reclamación por incumplimiento contractual.<sup>3</sup> Pero cuando observamos los contratos, sus protagonistas y el comercio es como si el tiempo no transcurriera para ellos, porque en lo más alto del sistema económico y jurídico permanecen. En efecto, una mirada es suficiente para validar que en la cúspide de la red permanece el comercio en sus múltiples dimensiones económicas y, como protagonistas de la contratación desarrollada en ella, las grandes corporaciones multinacionales. Estas ocupan el lugar, y posición preeminente de los viejos comerciantes y mercaderes, con la constelación de sus potenciales clientes a nivel planetario.

De aquí la importancia de una mirada atenta a la realidad más inmediata, como ya dijera hace muchos lustros Garrigues,<sup>4</sup> que ella nos informará adecuadamente de cómo se conforma y cuáles son los rasgos que presenta el derecho Comercial en el siglo XXI en los sucesivos ámbitos territoriales internacional y nacional en los que opera México. Asimismo facilita la visión de los cauces por los que discurrirá a corto y medio plazo. Si bien su exposición y análisis nos ha requerido un esfuerzo de conocimientos, de comprensión de la realidad y de síntesis para exponerla muy superior a las breves líneas esbozadas, el resultado nos ha recompensado y el lector apreciará las ideas que traslucen y laten en el estudio realizado. Hoy las resumo en este foro concurrido de selectos juristas. Mediante un método histórico comparado, nos hemos adentrado en este mercado mundial, trazado por las relaciones internacionales, y potenciado por la consolidación de *Internet*. En él se descubren los protagonistas y el nuevo modo de regular el derecho del comercio global en el siglo XXI, conforme a la tendencia impulsada por las organizaciones UNIDROIT y UNCITRAL, sobre *Principios de la contratación* (1994-2004) y *Leyes Modelos sobre Comercio y Firma Electrónicos* (1998-2001), respectivamente. El influjo de estos textos en los elaborados en el seno del mercado interior europeo para las mismas materias es palpable. Y tam-

<sup>3</sup> Elías Azar, Edgar, *op. cit.*, nota 1.

<sup>4</sup> Garrigues, Joaquín, “¿Qué es y qué debe ser el derecho mercantil?”, *RDM*, núm. 79, 1959.

bién la diferencia fundamental entre ellos, marcada por la imperatividad de las normas europeas relacionadas con la tutela del consumidor. Por esta vía supranacional y comunitaria se instauran las orientaciones internacionales a las leyes de contratos nacionales. En este movimiento ha participado activamente México. En la exposición de los temas centrales del proceso hemos querido descender a un mayor detalle a las últimas reformas relativas a la contratación por medios electrónicos,<sup>5</sup> en la que se reafirma y valida nuestra tesis.

## II. LA GLOBALIZACIÓN DEL MERCADO, DE LAS EMPRESAS Y DEL DERECHO DEL COMERCIO

### 1. *Concentración empresarial como referente de eficiencia en el comercio global*

La confianza en los grandes comerciantes y empresas como modelo de eficiencia económica en la producción a gran escala supuso el tránsito de la primitiva acepción nacional y comercial del ámbito de la realidad gobernada por el derecho del comercio a su significación transfronteriza y a su dimensión económica industrial, financiera y de servicios, que paulatinamente se sumarán a las relaciones económicas en el siglo XX. Cíclicamente el comercio, y su articulación jurídica negocial vigorizará el protagonismo de las grandes corporaciones financieras estadounidense como fórmula de productividad de su capital e instrumento para expandir sus productos y servicios a otros mercados americanos y transatlánticos. El desarrollo de los transportes, y de los medios de comunicación fueron el detonante de una nueva dimensión sectorial y transfronteriza a este proceso imparable de la concentración económica.

En el discurrir jurídico económico, el siglo XX se nos presenta con un doble perfil separado y finalmente interrelacionado, cuya frontera puede situarse hacia los decenios ochenta y noventa (según los países). En los dos primeros tercios del siglo XX se asiste a la descodificación del derecho contenido en los códigos del siglo XIX y a la internacionalización de muchas de sus normas. Esta fue la técnica seguida para adaptar la normativa codificada a la realidad económica en evolución constante. Es el caso del derecho especial de sociedades, las normas sobre contratos de seguro

<sup>5</sup> Elías Azar, Edgar, *op. cit.*, nota 2.

o concurso de acreedores. Asimismo, se desprivatizaron e institucionalizaron las normas comerciales, con arreglo a las funciones económica y de política social asumidas por el Sector Público en el Estado social de Mercado que se encierra en las Constituciones europeas. Emblemáticas en este sentido son las leyes de defensa de la competencia y de protección de los consumidores. En los últimos treinta años del siglo XX se replantea el marco constitucional económico. Dentro del mismo, la ordenación de las instituciones comerciales se vincula al auge y dimensión alcanzados con el proceso de concentración empresarial realizado mediante megafusiones a nivel supranacional y mundial de las corporaciones financieras, de automoción, de transporte aéreo. Este nuevo proceso de concentración empresarial se amparará en las bondades de la mayor competitividad y las expectativas de productividad y beneficio que giran a su favor. Pero la sucesión de su desarrollado sin las debidas garantías patrimoniales y de lealtad corporativa significaron un sobreendeudamiento y un elevado espectro de perjudicados (pequeñas empresas e inversores, trabajadores). El efecto inmediato del mercado fue el desengaño por la conducta de los directivos de las corporaciones, el descrédito y pérdida de confianza en la clase empresarial; la falta de credibilidad en el sistema económico. Se reprochó la incapacidad de los ordenamientos y gobiernos nacionales para resolver las cuestiones sustantivas de las fusiones y concentraciones transfronterizas. El clima de descontento se propagó rápidamente con la consolidación, expansión y madurez impulsada por la revolución tecnológica. Con Internet a la cabeza, la red de comunicación electrónica penetra en todos los ámbitos de la vida social.

La conjunción de la concentración empresarial con la revolución tecnológica acelerará y intensificará los acuerdos interestatales. También presionará en sus contenidos, a través de normas supranacionales, de instituciones nuevas y adecuadas para atender a los retos que la realidad socioeconómica plantea a los juristas. Sin duda, nos encontramos ante hechos nuevos, pero sus problemas son los que conviven desde siempre en el derecho comercial. Estos problemas se aglutinan por el encuentro de un equilibrio normativo entre las ventajas que las diversas operaciones del tráfico empresarial conllevan para las empresas y el sistema económico de los diversos países, impidiendo o minimizando los riesgos que su realización pudiera significar en los intereses patrimoniales de los sujetos implicados y/o afectados por ellas. A los mismos problemas se responde desde las distintas instancias gubernamentales, de ámbito nacional y

regional —ALCA, CE, MERCOSUR, NAFTA—, organizaciones internacionales —UNIDROIT, UNCITRAL—. Los frutos de la nueva fase cíclica de este impulso se encuentran en las leyes y textos supranacionales promulgados en los últimos diez años. El proceso desvela el cambio de tendencia en las formas y maneras de regular el comercio. Previsiblemente estos orientarán la evolución y desarrollo del derecho comercial en los próximos años, tanto a nivel nacional como global.

Llegados a este punto de la disertación hay que compartir, que la globalización económica está modificando el sistema de reglas comerciales e impone nuevos desafíos a gobiernos y empresas.<sup>6</sup> A los gobiernos les aboca a estrechar las relaciones políticas y económicas entre los distintos niveles territoriales, que sobrepasan los límites de su soberanía. Como casos paradigmáticos: los mercados regionales de la Comunidad Europea y MERCOSUR. A las empresas le exige cambios en sus actividades y la adopción de nuevas estrategias de mercado.<sup>7</sup> Existe el convencimiento de hacer esfuerzos para liberalizar los mercados y adecuar sus reglas de funcionamiento a la nueva dimensión planetaria de las mayores empresas del comercio financiero, transporte, telecomunicaciones, etcétera. De este modo, Samuelson<sup>8</sup> ha señalado, que se aprovecharía el desarrollo de la productividad y mejoraría la competitividad de las empresas en un mundo de relaciones globalizadas e interdependientes.

## *2. El modelo económico capitalista tendencialmente dirigido como pilar del mercado global*

### *A. Participación del Estado en la orientación económica y en el bienestar social como conexión entre las Constituciones europeas y la de los Estados Unidos Mexicanos*

Asumiéndose las ideas del sistema liberal como premisa, las constituciones europeas del siglo XX optaron por un modelo de Estado social de derecho, pendulado por el sector público y el privado. De una parte,

<sup>6</sup> Witker, Jorge, *Derecho de la competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.

<sup>7</sup> Flores Doña, María de la Sierra, *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, Madrid, Edersa, 2002.

<sup>8</sup> Samuelson, Paul A. *et al.*, *Microeconomía con aplicaciones a Latinoamérica*, México, McGraw-Hill Interamericana, 2004.

el Estado asumiría los principios rectores del sistema y distribuiría las actividades económicas entre la iniciativa privada y la pública. También establecería las directrices encaminadas a tutelar los intereses de los demás competidores y los intereses de los más débiles; representados por los pequeños empresarios, los trabajadores o asalariados y los consumidores o destinatarios finales de los productos y servicios objeto de su comercialización. De este modo se impedía la anarquía y la injusticia en las actividades económicas.<sup>9</sup> Dentro de la llamada Constitución económica se garantizaron las libertades económicas de los sujetos privados, esto es, la propiedad privada y la libre iniciativa empresarial, de acuerdo con los ideales de liberales que les servía de base. Pero a diferencia de este último, los derechos y libertades privadas, así como el ejercicio de las mismas, quedaban subordinados al interés general, en armonía con la idea social reconocida constitucionalmente.

El modelo descrito se advierte en los vigentes preceptos constitucionales mexicanos, ya que si bien la Constitución política que nos rige en el siglo XXI es formalmente la expedida en el Congreso Constituyente de Querétaro en 1917, su contenido ha sido modificado de forma importante, como hace pocos años nos recordó Carbonell.<sup>10</sup> Entre los cambios más relevantes se sitúan precisamente los que imprimieron un carácter marcadamente social a nuestra Constitución, y con ello la visión de una sociedad más justa.<sup>11</sup> Estos postulados y preceptos fundamentaron ya en nuestro país reformas anteriores de carácter social; como las que introdujo el Código Civil de 1928. Y tras la Constitución se expanden y diseminan en los códigos y en las leyes especiales reguladoras del comercio.

La base del sistema liberal constituye el sustento de la actividad comercial en México de conformidad con la prohibición de prácticas monopolísticas sancionada en el artículo 28 de la Constitución. En él se lee: “En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopolísticas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria...”. El desarrollo del precepto constitucional se encuentra en la Ley Federal de

<sup>9</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

<sup>10</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004.

<sup>11</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México y España)*, México, UNAM, 1993.

Competencia Económica, de 1992; que viene a ser la expresión de las facultades regulatorias del Estado.<sup>12</sup>

Con el telón de fondo liberal trazado se alzan los postulados del modelo social de mercado, cuyas líneas centrales se trazan flexiblemente en los artículos 25 a 28. En primer lugar, las normas de dirección económica que asume el Estado. Este último planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional (artículo 25, segundo párrafo). También las relativas a la planificación indicativa. Sus principales manifestaciones son: el fomento de determinadas actividades o de formas especialmente favorables; el tratamiento fiscal menos gravoso o exenciones para desarrollar sectores económicos concretos o promocionar ciertas áreas territoriales. Algunas de estas se mencionan en los artículos 25 a 28 y otras se diseminan en el texto constitucional.

La comparación de la actividad económica en la Constitución económica mexicana y la reflejada en las europeas puede situarse en una orientación similar de flexibilidad. Así se deduce de la literalidad del artículo 25, tercer párrafo cuando dice, que “Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado”. Esta posición permitirá la acomodación del texto constitucional a un mayor número de orientaciones sociopolíticas. La postura flexible también se comprende en la naturaleza fundamental del texto Constitucional, cuya finalidad es la de fijar las bases y criterios generales que deben inspirar el ordenamiento jurídico y, dentro del mismo, la legislación comercial o mercantil. Conforme a este modelo social, el desenvolvimiento de la actividad económica privada se reconoce en el artículo 25, en su primer párrafo. Y la garantía de su ejercicio se establece en el último párrafo del precepto señalado. En él se indica, que la “ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”. Pero tanto la actividad económica pública como la privada están sometidas al interés general (artículo 25, primer párrafo). Esta modalidad de disposiciones confinan a las corporaciones y organizaciones empresariales a participar y apoyar el planeamiento estatal de la economía tal y como se deduce de la función directora y de coordinación encomendada al Estado (artículo 25 de la Constitución).

<sup>12</sup> Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 6.

Dentro de la subordinación de la actividad comercial al interés general (artículo 25, tercer párrafo) se comprende el interés de los consumidores; esto es, del destinatario final de los productos o servicios y a quienes no lo integren en su actividad comercial (artículo 2o. de la Ley Federal de Protección al Consumidor, LFPC). La tutela legal del consumidor y la promoción de organizaciones que protejan sus intereses se proclama en el artículo 28, párrafo tercero del texto Constitucional. Con estas declaraciones, se consagra constitucionalmente la función social de las normas jurídicas; especialmente las que se adscriben al derecho comercial. De este modo, la Constitución mexicana, como la alemana o la española, evoca una idea del derecho, y con ella, la visión más justa de la sociedad.<sup>13</sup> Así, lo demuestra la articulación de las proclamas constitucionales en la LFPC. El examen conjunto y sistemático de los desarrollos normativos de los principios constitucionales supone una profunda transformación de los derechos fundamentales económicos, conectando el derecho de contratos mexicano con el de los países de Europa continental y del mercado interior; en donde la tutela del consumidor tiene rango constitucional y normativa imperativa en todo el derecho de la contratación. Así puede apreciarse en las leyes nacionales de transposición de las directivas y en los textos de directivas y de reglamentos reguladores del derecho especial y general de los contratos.

La subordinación, de la propiedad privada a su función social, en la Constitución de México. También, la sujeción del ejercicio de las actividades económicas, públicas, sociales y privadas al interés general, a la planificación y ordenación de la economía por el Estado (artículo 25). Este conjunto programático flexible autoriza la convivencia de la validez de los principios e instituciones del derecho del comercio al sometimiento de las funciones sociales proclamadas en la Constitución y, en su defecto, su supresión o desplazamiento según se ha defendido en la doctrina europea para preceptos similares (ASSMAN, KÜBLER, RAISER). Por consiguiente y siguiendo la corriente del pensamiento europeo, la coexistencia del sector público, social y privado en la actividad comercial mexicana explica también cómo las normas reguladoras del comercio se desprivatizan o institucionalizan para atender a estos intereses generales y al de los consumidores.<sup>14</sup> Estas ideas ya fueron anunciadas por el legis-

<sup>13</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, *op. cit.*, nota 11.

<sup>14</sup> Martín Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1991.

lador civil mexicano, con el carácter social que imprimió la reforma de 1928 (Exposición de motivos de García Téllez).<sup>15</sup>

Las normas de carácter social que tutelan el interés del consumidor no tienen réplica en un sistema marcadamente liberal del *common law*. De modo parecido, las previsiones y reglas que supuestamente tutelan a la parte más débil del contrato son difusas y de paradójica aplicación por los tribunales jurisdiccionales y arbitrales. A esta tesis se apunta el sistema angloamericano y se visiona en el derecho UNCITRAL y UNIDROIT. En efecto, en el Código Uniforme de Comercio (*Uniform Commerce Code*) de los Estados Unidos de 1968, la interpretación de reglas o cláusulas generales fundamentales como; por ejemplo, en materia de cumplimiento y prueba de las obligaciones (razonabilidad, buena fé, diligencia) se diseminan casuísticamente, por referencia a conceptos jurídicos indeterminados, cuya solución se encadena a múltiples remisiones normativas, convirtiendo la solución compleja de encontrar y de dudosa seguridad respecto de su carácter o no acertado; por ejemplo, el término razonabilidad tiene varias acepciones y múltiples y difusos significados. En primer lugar, como módulo de interpretación del contrato [§ 1-102 (3)], sin que pueda derogarse por leyes posteriores, si tal interpretación puede ser evitada de un modo razonable [§ 1-104]. Razonabilidad como criterio de aplicación del derecho estadounidense es sinónimo de relación apropiada (§ 1-105). En segundo lugar, la razonabilidad es sinónimo de evidencia y módulo de conducta en las definiciones generales y principios de interpretación (parte 2 del UCC). En el § 1-201 una cláusula evidente es aquélla que está escrita de tal manera que una persona razonable contra la que opera dicha cláusula debería haberla recibido. La cuestión tiene una norma de cierre jurisdiccional, ya que si una cláusula es evidente o no es objeto de determinación por los tribunales (10). Por su parte, el número (27) de dicho precepto indica que la diligencia debida no requiere que una persona física que actúa en nombre de la persona jurídica tenga que comunicar la información, salvo que tal comunicación sea parte de sus obligaciones normales, o salvo que tenga motivos para conocer la operación y para saber que la operación quedaría afectada significativamente por la información. Y una sensación de similar desazón y desánimo embarga al jurista cuando se adentra en el análisis de los textos

<sup>15</sup> García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil mexicano*, México, Porrúa, 1932.

supranacionales de los contratos elaborados al abrigo de las organizaciones internacionales para la unificación del derecho privado y derecho mercantil. También coinciden estos textos extra estatales con el UCC en su aplicación a los contratos comerciales en sentido estricto, esto es, el celebrado entre empresarios. En el ámbito del derecho especial de contratos pueden citarse el Convenio de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980). Los Convenios UNCITRAL para el Factoring y Leasing Internacional (1988); el Convenio de Transporte Internacional de Mercancías, total o parcialmente marítimo (2004). Y respecto de la teoría general de contratos, los *Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales* (1994-2004). La Ley Modelo UNCITRAL de la Firma Electrónica (2001), la Ley Modelo UNCITRAL del Comercio Electrónico (1994) y el Convenio sobre Comunicaciones Electrónicas (2005).

Retornando a nuestro derecho tras esta visión comparativa, la coexistencia pública, social y privada en la actividad económica mexicana, junto con la subordinación de su ejercicio al interés general y la necesidad de que las normas tutelen el interés del consumidor guardan mayor proximidad con los sistemas constitucionales del occidente europeo. Ahora bien, la mixtura de principios procedentes de sistemas dispares aboca a los legisladores pertenecientes a la órbita del modelo social europeo y mexicano a la previa y necesaria solución de los conflictos de interés, que derivan por la convergencia de principios intrínsecamente tan dispares. Es el caso de la tensión que late entre la autonomía empresarial privada y los límites de la iniciativa pública; el de la presión de la competitividad empresarial que exige reducir costes y cargas sociales, con la función social del derecho, demandante de recursos que aseguren la protección de los consumidores e inversores de los mercados bursátiles. Pero en todo caso, la solución de los conflictos se realiza *a priori* por el propio legislador; con lo que se alcanza relativa certeza en su aplicación; contrariamente a la incertidumbre que provoca el carácter *a posteriori* y la solución decidida por múltiples instancias jurisdiccionales a que conduce el sistema de autorregulación del *common law*.

### B. Límites de los modelos liberal y social de mercado ante el mercado global

Las derivaciones del interminable proceso de concentración empresarial y del uso desmedido de la intervención estatal en la actividad estatal

han sido las causas directas de la frustración en las expectativas depositadas en los modelos liberal y social. Y, simultáneamente, la fuente de polémica acerca del modelo más adecuado en la era global del siglo XXI.

En cuanto al proceso de concentración empresarial consustancial al modelo liberal, aquél tomó inusitado auge y dimensión hacia finales de la década de los 70 en la economía norteamericana y en los años posteriores en Europa. En este período, las grandes corporaciones (o sociedades anónimas bursátiles), con el *sponsor* de las entidades financieras, fondos de inversión y mercado de capitales protagonizaron un vigoroso proceso de crecimiento y expansión, vertebrado entre el derecho de sociedades y de contratos. Destacaron en el mismo las modalidades de fusión, transmisión patrimonial a título universal y segregación o escisión de patrimonios. Las operaciones sucedidas en los primeros años desvelaron su eficacia económica y de gestión corporativa. En el primer plano, la concentración empresarial significó la reducción de costes y mejora de la productividad respecto de la situación anterior a la operación. Asimismo, la reestructuración empresarial resolvía el problema de la dejación y relajación de funciones por los directivos y ejecutivos de las compañías objetivo, que eran desplazados por dirigentes más diligentes, leales y eficientes. De esta manera se produce un salto cualitativo en el crecimiento internacional del comercio y en el desarrollo de las relaciones comprendidas en el mismo. De este período son las empresas globales, con una actividad deslocalizada o fragmentada en múltiples países, pero dotadas de una organización central y única, a las que se refiere Samuelson.<sup>16</sup> La gestión y ordenación jurídica de esta realidad global requiere de estructuras e instituciones diferentes; cuya necesidad se fomenta por los gobiernos y las organizaciones internacionales (FMI, OCDE). Todos los procesos e ideas concurren y se aceleran con el espectacular salto tecnológico nucleado por Internet. Hoy se acepta la existencia de un mercado global formado por los países de la Unión Europea, Estados Unidos y, en menor medida, Japón; cuyas economías están estrechamente ligadas, y por ello, la denominación de economía global estrechamente integrada.<sup>17</sup>

Pero a esta primera fase de concentración reflexiva le siguió otra en la que el proceso de concentración se enredó en elevados costes y frustraciones causadas por la irreflexión y ambición de los directivos de algu-

<sup>16</sup> Samuelson, Paul A. *et al.*, *op. cit.*, nota 8.

<sup>17</sup> *Idem.*

nas corporaciones en la asunción de proyectos concentración extremos. De un lado, se trataba de grandes operaciones internacionales y conocidas como megafusiones o fusiones mundiales/globales. De otro, fueron elevadas las expectativas de sus beneficios que, posteriormente no se produjeron. Muchas fueron las empresas que quedaron al descubierto y elevadas las que desaparecieron con el brusco cambio del ciclo bursátil y la inesperada crisis abierta con el lunes de octubre de 1997. De aquí al hundimiento de algunas de las empresas fue sólo un paso. Y, paradójicamente, las extremas ganancias de los directivos que protagonizaron la operación se correspondió con las excesivas pérdidas y perjuicios de las que fueron víctimas los pequeños inversores y trabajadores. De todos son conocidos los escándalos financieros de las empresas norteamericanas, como Enron, Worldcom y Andersen; que también tuvo un eco inusitado en otros casos europeos, como el italiano Parmalat o el español de Ges-cartera.

El siglo XXI despertó con el fantasma del miedo que asoló al sistema liberal en los años treinta. Por lo que concierne a los agentes económicos, falta de credibilidad en las grandes corporaciones y sociedades anónimas, así como en los directivos que las gobernaban. En cuanto al mercado, pérdida de confianza en el mismo, por la incapacidad de sus mecanismos para restablecer el equilibrio ante los desajustes ocasionados por los abusos y derivaciones de la concentración o, lo que es igual, por la imposibilidad del mercado para luchar contra las gigantescas empresas.

La crisis llegó a Europa, que ya estaba contaminada con las prácticas y hechos de algunas de sus empresas, sin que tampoco el Estado hubiera podido resolver los problemas que venían asolando al mercado. Las dudas de su capacidad para cumplir las funciones constitucionales de orientación de la economía y bienestar social ya se denunciaban años atrás. Efectivamente, el modelo de participación estatal europeo también manifestó sus límites y posterior crisis en la segunda mitad del siglo pasado. En este sentido, el tamaño e intensidad alcanzados por el sector público en los sistemas nacionales, acompasados por la solución política de los problemas del funcionamiento del mercado, mediante los instrumentos legislativos y administrativos utilizados, ya apuntaban problemas en la década de los setenta-principios de los ochenta. Se cuestionó entonces la función de algunas fórmulas de participación pública en la economía. En este plano de ideas se sucedieron las críticas de los liberales en torno al crecimiento desmedido del sector público y a su excesivo

reglamentismo, con el consiguiente estrangulamiento y retracción de la iniciativa económica privada. Abiertamente se señaló la incapacidad del modelo de Estado social para resolver los problemas sociales y económicos para los que se creó.

Este cruce de corrientes acerca del sentido y alcance de la participación pública en la actividad económica significó la revisión de la función del Estado en el sistema y paulatinamente la creación de un clima favorable al modelo liberal. Con ello se aspiraba a crear economías más flexibles, con mayor capacidad de crecimiento, generación de empleo y uso más eficiente de los recursos productivos. Fruto de esta revisión fue la liberalización de los sectores estratégicos y de transportes en el último tramo del siglo XX. Pero en ella se conservó la presencia del Estado, de conformidad con los principios constitucionales del Estado social de derecho imperante en el occidente europeo. En definitiva se reafirman las funciones soberanas del Estado y se aspira a elevar la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo. De este modo, dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, aparecen como polos de tensión en la configuración del orden social: uno es la subsidiariedad del Estado, que inspira y protege la libertad individual; el otro, es el principio de solidaridad que apunta hacia el objetivo de igualdad de las personas. A favor del modelo social deben esgrimirse razones económicas y sociales dignas de reflexión. Entre ellas, que el Estado es el único capaz de asegurar el estado de bienestar a través de sus funciones económicas y sociales, al margen de sus límites (García Delgado). Sólo a través de la política social asumida por el sector público se puede mitigar la pobreza, reducir las desigualdades... y alcanzar la seguridad económica (Brandes). También invita a considerar los niveles de renta alcanzados en las sociedades desarrolladas, facilitan un mayor traspaso de funciones estatales al sector privado y una transición desde un modelo pluralista y centralista de estado de bienestar, a un modelo pluralista y descentralizado, con mayores dosis de libertad de elección (Brandes).

En conclusión, las funciones económicas y de política social asumidas por el Estado en el modelo europeo social de mercado tienen mayor extensión que las encomendadas al Estado en el modelo anglosajón. En este último, el Estado sólo debe corregir los fallos de los monopolios; ha de evitar la excesiva contaminación, con el fin de fomentar la eficiencia; la promoción de la equidad mediante programas públicos de impuestos y de gastos para redistribuir la renta a favor de determinados grupos. Y

fomentar el crecimiento y la estabilidad macroeconómica, a través de los impuestos, los gastos y la regulación monetaria, con su consiguiente repercusión positiva en la reducción del desempleo y la inflación.<sup>18</sup>

*C. Desafíos de la globalización y dilema respecto de un modelo híbrido de capitalismo global o de modelos concurrentes*

Hoy se acepta que la globalización económica está modificando el sistema de reglas comerciales (Libonati). Impone nuevos desafíos a las empresas, gobiernos y unidades regionales. Las empresas deben desarrollar su actividad económica en una realidad mucho más amplia, interdependiente y desconocida. Los gobiernos nacionales y regionales, como la CE o MERCOSUR han de ordenar esta realidad empresarial, con criterios y patrones que exceden del ámbito de su soberanía. Se comparte la necesidad de realizar esfuerzos para liberalizar los mercados y adecuar sus reglas de funcionamiento interno a la nueva dimensión mundial que van adquiriendo las grandes corporaciones financieras y demás sectores económicos en los que se extienden las corporaciones y sociedades bursátiles multinacionales (predominantemente, transporte aéreo, telecomunicaciones). A favor de la liberalización de estos mercados se postula la mayor productividad y competitividad del tejido empresarial en un mundo de relaciones económicas globalizadas e interdependientes.<sup>19</sup>

Pero el desenvolvimiento de la globalización económica implica inconvenientes. De un lado, de carácter técnico, puesto que la pertenencia a un mercado global exige renunciar a la autonomía nacional para integrarse en un único mercado. Ello acrecienta la dependencia recíproca de sus miembros; en la que las perturbaciones de unos influyen en la situación económica del resto y viceversa, el bienestar económico nacional depende de la salud de todo el sistema (Brende, Samuelson). En la fecha presente, la internacionalización de los movimientos de capital ha alcanzado tal dimensión que cualquier crisis financiera regional termina transmitiéndose, a través de los mercados de capitales y de los intercambios exteriores, en las posibilidades de crecimiento y estabilidad de las demás economías (Brende). Pero sobre todo, la realidad de la globalización económica ha puesto en escena dos graves problemas: el desgobierno o

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

descontrol de la actividad económica, así como la asimetría de sus participantes. Y el efecto inmediato de este desequilibrio es que las ventajas para una parte de los participantes supone ahondar más las diferencias económicas entre los países más desarrollados y los menos favorecidos.<sup>20</sup>

La proyección de estos hechos, denuncias y propuestas en el orden socioeconómico y político penetra en la raíz del permanente reto de política económica: luchar contra los abusos de las grandes corporaciones respecto de sus otros competidores y respecto de los consumidores.<sup>21</sup> Sólo cuando se admita la existencia de este problema estaremos en condiciones para comprender las deficiencias y fisuras de un sistema formalmente bien construido, pero en la práctica incapaz de enfrentarse al elevado poder económico y político respecto de los gobiernos actuales; de protección de los consumidores, sobre la base preventiva, de índole informativa y casi total ausencia de garantías eficaces para su cumplimiento.<sup>22</sup>

Ahora bien, el consenso respecto de la necesidad de superar las renuncias, problemas y desafíos con instrumentos globales, se difumina en su articulación jurídica. En el plano superior constitucional, acerca del modelo económico que ha de presidir el mercado mundial, sólo existe coincidencia en que su base ha de reposar en los postulados fundamentales del sistema neoliberal. Fuera de ello todo son conjeturas y diferencias. El debate se centra entre varias alternativas. La utopía de un gobierno global, sin gobierno mundial (*global governance without world government*). Esto significaría la propuesta a favor de un gobierno global surgido de la coordinación de los gobiernos nacionales y las organizaciones internacionales no gubernamentales (Clemens). O la más real, de gobiernos nacionales convergentes, mediante la coordinación de sus políticas económicas, con el fin de asegurar la plena utilización de los recursos y la circulación libre y eficiente de capital entre los países<sup>23</sup> o, además, con un mínimo de control público de la actividad económica, aun cuando sólo lo sea para reprimir el fraude y el engaño, permitiendo la pervivencia del propio mercado.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Patten, Chris, "Sustainable development and governance", *OECD Observer*, num. 221 y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).

<sup>21</sup> Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 6.

<sup>22</sup> Samuelson, Paul A. *et al.*, *op. cit.*, nota 8.

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> García-Cruces González, José Antonio, *Globalización económica y derecho mercantil*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2002.

Un modelo de capitalismo global augura escasas posibilidades, dada la rápida globalización de los productos procedentes de los mercados financieros y del mercado homogéneo de las nuevas tecnologías. Por ello parece más seguro apostar por la consolidación de la necesaria convergencia de un modelo de capitalismo basado en los principios de economía liberal. En este contexto resulta improbable que los modelos capitalistas europeo y anglosajón evolucionen hacia un modelo híbrido; toda vez que cada uno de ellos tiene una serie de ventajas-inconvenientes, a los que no pueden renunciar sin perder su idiosincrasia. Así, la flexibilidad laboral de las leyes del modelo liberal anglosajón fomenta la innovación e inversiones empresariales, salvo las del mercado de control corporativo (*corporate control*), más preocupados de maximizar el valor de los accionistas a corto plazo que alcanzar una cooperación en transferencia tecnológica. De igual modo, las empresas anglosajonas fracasan en la formación profesional, pues la precariedad laboral y la falta de seguridad de sus trabajadores en el futuro explican que estos no inviertan en profesiones muy específicas. Frente a este perfil liberal, el modelo europeo social de mercado es fuertemente criticado por sus detractores. En su contra se dice, que la rigidez laboral impide incorporar medidas dirigidas a debilitar la protección de los empleados, al tiempo que se resiste a las encaminadas a facilitar el mercado de control empresarial (*hostile takeovers*). Esta profunda separación entre los modelos capitalistas nacionales se arraiga en una serie de compromisos históricos y valores sociales esenciales, cuya evolución hacia un modelo híbrido global supondría incongruencias esenciales y disfunciones. En este sentido, la supresión de las diferencias nacionales puede privar al mundo económico futuro de su diversidad y dinamismo. Por ello, un mercado global, estructurado por modelos nacionales o regionales convergentes nos ofrece expectativas más halagüeñas. Este brindaría la posibilidad de explotar las ventajas comparativas de cada uno de los modelos. Para ello sería necesario e inevitable que se procediera a un balance entre la flexibilidad y los compromisos que demandan la moderna economía global y que cada nación marcara su propio camino y ritmo de crecimiento en la economía global del mañana.<sup>25</sup>

La primera de las valoraciones que merece resaltarse es que la realidad descrita sería inviable con un gobierno del mercado global, de carácter

<sup>25</sup> Bronk, Richard, "Which model of capitalism?", *OECD Observer*, nums. 221 y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).

hegemónico o totalmente fragmentado. En cambio podría lograrse mediante un gobierno global sin autoridad gubernamental mundial (*global governance without world government*), en el que se coordinaran los gobiernos nacionales con los agentes no gubernamentales (Clemens). Pero de inmediato surge la duda de su legitimidad y de la utopía conectada a la impaciencia del capital.<sup>26</sup> En este sentido es difícil admitir que los beneficios reales que ya han obtenido las empresas mundiales con la globalización económica puedan ser disminuidos, apelando a la necesidad de atender a las exigencias del comercio justo, el desarrollo sostenible nos conduzca a la senda alternativa de la actual crisis de ideas y valores fuera del mercado. Y desde ella, el comienzo de un proceso de reflexión sobre patrones y valores de justicia, tolerancia y solidaridad desde los cuales construir este mercado global en que estamos inmersos y cuyas consecuencias positivas y adversas redundarán en nuestros hijos, nietos y generaciones venideras. Quizás la crisis actual puede ser el tiempo oportuno. Nos encontramos en un tiempo marcado por la primera crisis de este mercado global. Una crisis que nos muestra un cuadro pesimista: “una Europa con un desempleo tercamente elevado, un Japón hundido en una década de práctico estancamiento, y... un Estados Unidos que carece de las herramientas políticas para enfrentarse a otra inesperada mala noticia económica” (Bradford). Sin olvidar las grandes desigualdades de los países latinoamericanos. A todos nos perjudicaría alargar el clima de incertidumbre e inseguridad económica; pues como puntualizó Galbraith, “la economía estadounidense y, en menor medida, la economía mundial, han entrado en una nueva fase de desarrollo económico; caracterizada por un elevado nivel de desempleo y una tasa de crecimiento mínima”.<sup>27</sup>

### 3. *Las bases y rasgos del derecho del comercio en el siglo XXI y la vigorosa influencia de los textos supranacionales en las legislaciones nacionales*

A esta compleja realidad socioeconómica, de carácter global, tecnológico y con un destinatario, singularizado por sus abismos económicos y culturales ha de responder la ordenación del comercio a nivel planetario

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> Galbraith, John Kenneth, *Un viaje por la economía de nuestro tiempo*, Barcelona, Ariel, 1994.

con el que concurren los derechos comerciales nacionales. Las preguntas más inmediatas que se formula el jurista son: ¿quién o quiénes deben asumir la tarea?, ¿cuáles han de ser los criterios y patrones que han de guiar la reglamentación de los vínculos surgidos del comercio desarrollado en un contexto de rápido desarrollo tecnológico y dispar configuración jurídica? La mayor o menor celeridad en las respuestas, así como la adecuación de las reglas elaboradas a los requerimientos de los comerciantes y empresarios decidirán la aceptación de las normas generadas o, por el contrario, el debilitamiento de su aplicación a favor de las reglas emanadas de las propias corporaciones, por la vía de la libre iniciativa para contratar y regular el contenido de las relaciones jurídicas comerciales. En estas ideas descansa la consolidación de la *lex mercatoria*, su crecimiento por la práctica arbitral y el liderazgo de las organizaciones internacionales UNIDROIT Y UNCITRAL. Estas organizaciones ganan fuerza en la era global contractual, a través de sus Textos de Principios generales de los contratos comerciales (1994, 2004) y de la contratación electrónica (1998, 2001, 2005), respectivamente. Unos y otros han encontrado acomodo en las bases constitucionales flexibles del mercado interior, a través de los Principios de la Contratación Europeos (1998) y de las directivas electrónicas de la firma (1999) y del comercio (2001). Simultáneamente o de forma sucesiva, los textos comunitarios se han incorporado a los derechos comerciales, a través de las respectivas reformas nacionales. El argumento con más peso que puede indicarse a favor de este nuevo sistema es que posiblemente sea la única forma o manera plausible de regular la posterior recepción nacional. La relevancia de este nuevo ciclo del derecho del comercio aconseja descender a los rasgos de su fisonomía transnacional y sus principales líneas de proyección nacionales, con especial referencia al derecho comercial de los Estados Unidos mexicanos.

*A. De los convenios sobre contratos especiales  
a los principios y reglas generales del derecho  
universal de obligaciones y contratos*

La uniformidad y la universalidad del derecho regulador del comercio fueron los rasgos primitivos de este sector de la realidad económica cuya explicación se encontraba en el carácter autónomo de sus fuentes de producción, pues emanaba de los usos y prácticas de los mercaderes;

de aplicación, porque ellos mismos expandían su derecho a los mercados en los que ofrecían sus mercancías. Y de jurisdicción, porque las controversias relacionadas con sus contratos se conocían y resolvían por tribunales de comercio, compuestos por mercaderes. De aquí su denominación de *ius mercatorum*. En una caracterización comparativa desde la perspectiva actual, derecho comercial primitivo estaba compuesto por reglas que hoy se adscriben al derecho privado. Era un derecho subjetivo y profesional, en la medida que su aplicación a los mercaderes respondía a las necesidades surgidas de su tráfico profesional, centrado en el comercio y articulado por la compraventa. Desde esta embrionaria configuración contractual germinará todo el derecho del comercio codificado y de su sucesiva evolución, el derecho del comercio nacional e internacional del siglo XXI.

La conveniencia de un derecho uniforme y universal del derecho del comercio ha sido reivindicación constante a lo largo de los siglos, como instrumento técnico para dotar de seguridad jurídica las relaciones internacionales. En este sentido se está de acuerdo en que la inseguridad perturba notablemente el desenvolvimiento de los intercambios económicos internacionales y su superación es la razón y causa del derecho mercantil internacional; cuya premura se advierte en los contratos, como institución reguladora de las relaciones jurídico privadas, amparadas en la autonomía de la voluntad de los particulares partes en la relación comercial. Pues en este ámbito de la realidad contractual, los convenios y textos internacionales han alternado la técnica seguida para el tratamiento de los problemas planteados, así como la respuesta contenida en los múltiples instrumentos consensuados y aprobados a lo largo del siglo XX.

La existencia de un derecho material uniforme es la solución más efectiva para alcanzar la unidad legislativa supranacional. De un lado es una medida cautelar que evita el conflicto de leyes al cortar la posibilidad de fricción entre normas nacionales. De otro, el derecho uniforme supranacional favorece o permite lograr una regulación adecuada a las exigencias específicas del tráfico mercantil internacional. La regulación uniforme es el mayor logro porque imprime seguridad jurídica en las relaciones jurídicas transfronterizas, al conocerse de antemano su regulación. Esta modalidad de respuesta tuvo una impronta inmediata en el Convenio de la Unión de París de 1883, revisado en sucesivas ocasiones hasta la versión de 1966. También en el Convenio de Ginebra de 1930 sobre títulos cambiarios. Pero la regulación uniforme se ralentiza en progresión al in-

cremento de participantes interesados; puesto que son muchos los Estados nacionales que tendrán que renunciar al ámbito de su soberanía. Por ello, las actitudes reticentes y dilatorias ante textos de régimen uniforme. En unos casos, mediante la ampliación del período de ratificación de los tratados de derecho uniforme. En otros, incorporándose las reservas autorizadas en sus respectivos ordenamientos nacionales. La crisis del texto uniforme internacional se intenta resolver con los tratados de carácter convencional y apoyados en que la falta de unidad legislativa se compensaría con la certeza regulatoria del ámbito material de la disciplina y con el mayor grado de implicación y aceptación por los Estados nacionales. A esta idea responden los convenios internacionales relativos al derecho especial de contratos y el carácter puntual de sus respectivos objetos y contenido. El Convenio de Roma, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, del 19 de junio de 1980; la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías, del 11 de abril de 1980; el Convenio UNIDROIT sobre *Factoring* y *Leasing* financiero, de mayo de 1988.

La idea de la regulación uniforme resurge en el último decenio del siglo XX, a través de la refundición del derecho universal de obligaciones y contratos. La aspiración se traduce en los *Principios* y reglas adscritos sistemáticamente a la parte general de obligaciones y contratos en la cultura jurídica *civil law*. En su favor se priorizan las motivaciones económicas de la diversidad legal; segregándose del marco de discusión los ideales o valores que han de asumirse en las normas. A este respecto se indica, que el dispar contenido normativo eleva los costes de transacción, porque las partes interesadas han de asesorarse respecto de la idoneidad de la operación y del contrato más adecuado para formalizarla. Entre ellas, los requisitos de formalización del contrato, las cláusulas consideradas inaceptables en materia de exoneración o limitación de responsabilidad, reserva de dominio. Igualmente la normativa dispar provoca inseguridad jurídica; deteriorando y frenando las relaciones transfronterizas. Por ello, las bondades de un texto supranacional que recopile todas las reglas comprendidas en el derecho universal de contratos, pero formuladas de un modo flexible de tal forma que puedan ser fácilmente adaptables a los principios consagrados e inspiradores de la cultura y orientaciones a las que se adscriben las legislaciones nacionales. Y a estos propósitos, la conveniencia de que su elaboración se realice por una organización internacional sin expresa adscripción al Estado al que per-

tenezca cada una de las partes para de este modo despejar dudas respecto de la imparcialidad y neutralidad de su reglamentación.

Con estas premisas y retórica, *UNIDROIT* presenta en 1994 su primera versión de los *Principios de los contratos comerciales*, al que le seguirá los *Principios de los contratos europeos* civiles y mercantiles, de 1998 elaborados por una comisión designada en el seno de la Comunidad Europea. Estos dos grandes modelos supranacionales coexisten actualmente, si bien en el año 2004 se completa por el UNIDROIT la segunda versión de los Principios. El texto europeo y el de UNIDROIT coinciden en el alcance de su ámbito material confinado a los principios y reglas generales que conforman la Parte general de las obligaciones y contratos. No obstante, los Principios UNIDROIT se restringen a la contratación comercial, mientras que los Principios Europeos se aplican a los contratos civiles y mercantiles, con una proyección futura de plasmación en un Código europeo.

Los dos modelos supranacionales coinciden en el enunciado de muchos de sus principios y reglas comprendidos en la Parte general de obligaciones y contratos. Por lo que concierne a los Principios UNIDROIT se proclama la autonomía de la voluntad contractual, buena fe de las partes, consentimiento y sus diversas modalidades de manifestación —oral, escrito, electrónico—, contenido, cumplimiento y consecuencias del incumplimiento contractual —ineficacia del contrato o de algunas de sus cláusulas, responsabilidad civil—. La aplicación, interpretación e integración de las lagunas se ordenan conforme las exigencias del tráfico internacional. Esto supone un giro hacia el modelo angloamericano y su correlativo alejamiento de la tradicional significación de los principios básicos del derecho comercial de los contratos codificados en la Europa continental y Latinoamérica. Así se deduce del Texto UNIDROIT, cuando establece la actuación de la persona razonable como módulo de la buena fé y los “usos y prácticas” del tráfico como referentes de la decisión. Al arraigo y consolidación de la idea contribuye la segunda versión de los Principios *UNIDROIT*, de 2004, con la regulación de las conductas inconsistentes -*inconsistent behaviour*, artículo 1.8-; la representación —*Authority of agents*, capítulo 2, sección 2—; la renuncia de derechos —*release by agreement* —artículo 5. 1. 9—; los derechos de terceros —*Third party rights*, capítulo 5, sección 2—; la liberación de obligación —*set-off*, capítulo 8—; la cesión de derechos, de obligaciones y de contratos —*assignment of rights, transfer of obligations, assignment of*

*contracts*, capítulo 9—; la caducidad ejercicio acciones —*limitation periods*, capítulo 10—.

En la orientación de flexibilidad dominante en la regulación del tráfico privado se sitúan también los *Principios de derecho Contractual Europeo*. La clara influencia de los Principios UNIDROIT se constata con la participación de los miembros que elaboraron este último texto en la Comisión Lando, que asumió la tarea de confeccionar el texto europeo (Bonell). No obstante, la necesaria convergencia del instrumento europeo con los ordenamientos nacionales de la comunidad europea y el derecho de contratos armonizado por las directivas y reglamentos explica un mayor acercamiento del texto europeo a las raíces jurídicas del modelo *civil law*, con inclusión expresa de las normas de tutela a favor de los consumidores, cuyo mandato se impone con rango constitucional.

La necesidad de regulación satisfactoria de las relaciones económicas globales se incrementa, según se consolidan los cambios tecnológicos. Estos últimos requieren el desplazamiento de normas nacionales por las de carácter supranacional, que puedan imponerse para solucionar los problemas derivados de la globalización de la realidad económica gobernada por las instituciones del comercio electrónico. En esta realidad virtual se repite la experiencia de los Principios de los contratos internacionales, aunque el proceso lo lidera UNCITRAL, mediante las Leyes Modelo de Firma Electrónica (1998) y del Comercio Electrónico (2001). Junto a ellas, las Directivas de Firma Electrónica (1999) y del Comercio Electrónico (2001). El análisis de estos textos se realiza más adelante, en conexión con la evolución y rasgos del nuestro derecho. Este método de examen comparado de los textos supranacionales y los del derecho mexicano gana en claridad expositiva y en la fundamentación de la múltiple influencia de los textos supranacionales en la reforma de los Códigos Civil y de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que concierne a la contratación por medios electrónicos en México.

Llegados a este punto hay que resaltar que los principios de derecho contractual, y en general, las reglas producto de los mecanismos recientes de armonización dependen no sólo de la autonomía de la voluntad contractual, sino también de la naturaleza arbitral o judicial del órgano que decida la controversia *inter-partes*. En este sentido es destacable la labor de los tribunales de arbitraje en la dimensión alcanzada por los Principios UNIDROIT y europeos de la contratación. Asimismo hay que resaltar que el carácter inacabado del régimen supranacional de los contratos es

común a todos los textos internacionales sobre el derecho de contratos. Esto obliga a acudir a la regulación estatal (o estatales), conforme a los criterios contenidos en las tradicionales normas de conflicto nacional, aunque interpretadas conforme a la vocación de universalidad del comercio internacional invocados en los textos generales de contratos y en los electrónicos. Por ello habría que valorar los textos supranacionales, ponderando su elevado coste económico y esfuerzos en su negociación, con los resultados alcanzados. Y entonces, reconocer sus límites en la regulación del comercio internacional. A su lado, tener presente que la falta de uniformidad tampoco beneficia a las grandes corporaciones; quienes tienen que afrontar los costes de la seguridad jurídica, a través del no menos inferior precio de la autorregulación, porque sin lugar a dudas, a falta de iniciativas legislativas en este sentido se impondrán las reglas elaboradas directamente por los propios agentes económicos, con arreglo a sus intereses y el derecho del comercio internacional será *lex mercatoria*, cuyo origen contractual determinará su creación por los llamados oficiales legales de las grandes multinacionales o de las consultoras de las corporaciones internacionales.<sup>28</sup>

En el derecho comercial del mercado mundial potenciado por las relaciones internacionales y la consolidación de *Internet* se descubre a los protagonistas, con su modo negocial de regular el derecho del comercio global y su estrategia para instaurarla. En efecto, el siglo XX transfiguró el contexto socioeconómico y la cultura de las relaciones entre gobiernos y empresas, vinculándose a una nueva forma de regulación, que se arraiga y precipita con el derecho electrónico. El marco contextual del derecho del comercio en el siglo XXI lo constituyen los derechos nacionales, irresistiblemente influidos por las iniciativas extra estatales de regulación de la parte general de obligaciones y contratos internacionales, pero con una vocación genuinamente global. Esta regulación se impulsa y desarrolla por las organizaciones UNIDROIT y UNCITRAL. La primera con sus Principios de la Contratación (1994-2004) y la segunda con las Leyes Modelos sobre Comercio y Firma Electrónicos (1998-2001). El influjo de estos textos en los elaborados en el seno del mercado interior europeo para las mismas materias es palpable, pese a la diferencia fundamental entre ellos, marcada por la imperatividad de las normas europeas relacio-

<sup>28</sup> Bocchini, Ermanno, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, Casa Editrice Cedam, 2002; y Galgano, Francesco, *Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1980.

nadas con la tutela del consumidor. Y por esta vía la transposición de las orientaciones transnacionales a las leyes de contratos nacionales.

Transcurridos estos años puede afirmarse que el derecho de contratos global bascula sobre dos polos en tensión. De una parte, la supuesta postura estadounidense, respetuosa de la autonomía privada pero con claro imperio de la *lex mercatoria* o *lex merchant*, por la influencia definitiva en ellas de las grandes corporaciones comerciales, tanto en las fuentes de producción (autonomía de la voluntad contractual), como en las de aplicación (condiciones generales, código de usos y prácticas, conforme a los que se realizan los contratos) y solución de controversias (arbitrajes encomendados a organizaciones y asociaciones empresariales). De otro, la postura europea que, al lado de los rasgos anteriores se sitúa en la imperatividad de las normas emanadas del Estado y dirigidas a tutelar a los consumidores o adherente en el derecho de contratos.

Estos dos ejemplos, representados por los Principios de la Contratación Internacional y por las Leyes Modelos Electrónicas, constituyen el botón de muestra del cambio de tendencia en el modo o manera de regular, que previsiblemente determinará el camino a medio plazo por el que discurrirá el derecho comercial en el siglo XXI. En definitiva, el reconocimiento científico y técnico de los trabajos UNCITRAL y UNIDROIT, junto con el convencimiento ideológico de la necesidad de encontrar soluciones próximas en la ordenación jurídica de la globalización económica explican, por sí sólo, la influencia de los mismos en la unidad regional del mercado interior de la CE y su incorporación a los ordenamientos nacionales; entre los que destacan Italia, Francia y España. La proximidad de la historia jurídica mexicana con estos países nos sirve de guía en el examen y valoración del derecho comercial en México y en la globalización.

Con los presupuestos, perspectivas y rasgos examinados se puede hablar de una posible uniformidad o internacionalidad del derecho comercial en la era global del siglo XXI y su *simile* con el *ius mercatorum* de la Edad Media. Y estas particularidades son las que determinan el atributo de nueva extendida en la terminología *lex mercatoria* actual (Goldman, Popescu). Esto es así, porque la nueva *lex mercatoria* aspira a ser un sistema jurídico anacional o transnacional, distinto y diferente de los sistemas de derecho nacional (Popescu). Y, además, porque la nueva *lex mercatoria* se aleja del primitivo *ius mercatorum* en la fisonomía que presenta sus fuentes de producción. En este sentido el carácter autóno-

mo con que surgió el derecho del comercio medieval se transforma en estatal o gubernamental en las directivas europeas y, de forma indirecta, en los principios y leyes modelos supranacionales UNIDROIT y UNCITRAL. Y, sin duda, la expansión de este derecho supranacional se alienta y alimenta del arbitraje comercial, como instituto prácticamente exclusivo que resuelve las controversias y conflictos comerciales con laudos y resoluciones fundamentadas en los mencionados Principios y textos internacionales.

## *B. Referencias a la evolución y rasgos del derecho comercial en México*

### *a. Crisis o revitalización de los códigos*

La realidad codificada y su base ordenadora con la vocación de permanencia y validez universal de la normativa comercial europea y latinoamericana del siglo XIX se superó con lo que en la doctrina europea se denomina proceso descodificador. El término descodificación significa que el derecho comercial del siglo XX se vertebra en múltiples leyes especiales, como técnica para completar las materias no reguladas en los códigos, pero que exigían la atención legislativa (Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Competencia Económica, Ley de Concursos mercantiles). En otros casos la promulgación de una ley especial se ha utilizado para dar entrada a los ideales de tutela social proclamados en la Constitución (Ley Federal de Protección de los Consumidores). A través de esta legislación especial se pretendía restablecer la relación entre la realidad jurídica y la socioeconómica necesitada de regulación.

Pasado el siglo, la erosión de la normativa comercial provocada por la descodificación se reflexiona y se somete a revisión en Europa. De un lado se advierte que las diversas leyes se han elaborado sin la correspondiente coordinación interna de toda la normativa reguladora del comercio. De otro, que la descodificación acelera la fragmentación y erosión del Código. Con esta situación se replantea una recodificación del material normativo comercial, enlazada con los consabidos retos de política y técnica legislativas. En este debate, la reforma del Código de Comercio alemán del año 1998 optó por la conservación de la técnica en el más estricto sentido técnico de la codificación europea del siglo XIX, de refun-

dición sistemática de la materia mercantil, construida y ordenada sobre un núcleo material, de una manera abstracta y con vocación universal. Por el contrario, la reforma francesa del Código de Comercio de 2000 se inclinó por la codificación en su acepción formal, de simple recopilación de todas las leyes en un cuerpo legal. En dicho Código, la figura del comerciante convive con las sociedades mercantiles y el derecho de la competencia.<sup>29</sup> Al otro lado del Atlántico el Código de Comercio Uniforme se orienta en una labor de recopilación y refundición asistemática y fragmentaria del comercio, pues en el *UCC* y tras unas disposiciones generales (artículo 1o., partes I y II) se regulan en el mismo cuerpo, pero de forma segregada, algunas de las instituciones vinculadas al comercio de bienes y servicios: compraventas (artículo 2o.); arrendamientos (artículo 2o.), títulos de crédito (artículo 3o.), ciertos contratos bancarios (artículo 4o.), valores mobiliarios (artículos 8o.).

La diseminación de leyes especiales en el marco comercial mexicano (competencia, consumidor, títulos de crédito, etcétera) se ha contrarrestado en los inicios del siglo XXI con la integración de las disposiciones electrónicas en los códigos civiles y los códigos de comercio y muestra la inclinación del legislador mexicano por la alternativa sistemática seguida por el Código de Comercio alemán, de mayor nivel técnico. Pendiente de una atención mayor en nuestra doctrina está el viejo gran debate europeo de la unificación del derecho de obligaciones y contratos separado actualmente en el Código Civil y en el Código de Comercio. En cuanto a la unificación de códigos al que se conectará la reforma electrónica, de la que me ocupó más adelante y con la perspectiva y experiencia que nos brinda la codificación del siglo XIX y el proceso inverso de la descodificación del siglo XX, podría visionarse que la ordenación sistemática del derecho de obligaciones y contratos en un solo código sería conveniente y superaría el elevado número de problemas que la frontera de los Códigos Civil y de Comercio suscitan a nuestros tribunales de justicia (entre los últimos pronunciamientos, el del tribunal colegiado en materia civil del Primer circuito).<sup>30</sup> De este modo lo defendí en mi monografía de *Contratación por medios electrónicos* (2005) y lo mantengo en mi *concepción comparativa y renovada de los contratos* (2007), atendiendo a la

<sup>29</sup> Ripert, Georges *et al.*, *Traité de droit commercial*, t. 1, París, 2002.

<sup>30</sup> Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federeación*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, tesis I. 3o. C. 347 C., p. 1256.

posición italiana del Código Civil de 1942, al influjo de la misma en la corriente europea. Primero en la doctrina y más tarde en los textos reguladores de las obligaciones y contratos en el mercado interior: *directivas, principios y reglas de la contratación*.

b. La desprivatización del derecho del comercio  
y su inquietud por lo social

Las funciones de dirección y ordenación del Estado en la economía mexicana, junto con el reconocimiento de la iniciativa económica social (artículo 25) y la proclamación de una especial tutela y protección de los consumidores (artículo 28) en el orden constitucional económico se han visto desarrolladas por leyes que se alejan del carácter privado que inicialmente presentaba el derecho comercial en el Código de Comercio. Las manifestaciones de este marco de relaciones Estado, sociedad y economía se encuentran en las normas de contenido económico y su vigencia implica el debilitamiento de la frontera entre el derecho patrimonial público y privado. En este contexto, la autonomía de la voluntad se desvanece y renueva su significación. El concepto decimonónico del contrato, como acuerdo de voluntades derivado de un proceso de negociación y discusión previa entre los interesados adquiere múltiples significados para comprender los supuestos de su pervivencia, debilitamiento e, incluso, su desaparición. En efecto, los cambios de la realidad socioeconómica, junto con la dinámica en las ideas y postulados ideológicos sentidos desde la codificación del XIX determinaron la aparición progresiva de la contratación en masa como nueva forma de contratar por los empresarios y profesionales pertenecientes a los distintos sectores económicos. El rasgo más significativo que evidenció este cambio fue el consentimiento contractual, mediante la simple aceptación de una de las partes a las condiciones predisuestas por las que, generalmente, ostentaba mayor poder económico. Esta modalidad de contratación y manera de aceptación del contrato en el tráfico del comercio invadió en el siglo pasado a las relaciones contractuales civiles.

La doctrina mexicana comparte que hoy es ya una verdad incontestable que el contrato no es ya una regla de conducta, obra común de ambas partes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar —o en su caso tiene que rechazar— el único contrato posible, con la consiguiente incidencia y/o alteración en los principios de la contratación tradicional

sobre la que se asienta el derecho de contratos en el Código Civil. Las voces más autorizadas proclaman la decadencia de la voluntad de las partes, a raíz del dirigismo contractual y la publicitación del contrato (Sánchez Medal). De igual modo se señala que el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra atemperado por las nuevas corrientes *iusfilosóficas* de la socialización del derecho, del que no puede ser ajeno el derecho de las obligaciones. Así, encontramos la protección que el legislador brinda a los débiles, desposeídos e ignorantes; a los que no se encuentran en plan de igualdad al celebrar contratos, en razón de la función social que debe cumplir la propiedad; o bien, por la protección que el legislador confiere al consumidor (Treviño).

El código civil vigente mantuvo una posición de compromiso en las reformas introducidas en 1928 en materia de contratos. Estas disposiciones estuvieron inspiradas en la idea capital de socializar, cuanto fuere posible, el derecho civil, preparando el camino para que se convirtiera en un derecho privado social, pero teniendo, sin embargo, como meta fundamental armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884.<sup>31</sup> De este modo, aunque la expresión “autonomía de la voluntad” evoca hoy todavía los excesos a que se le dejó llegar durante el auge del liberalismo y del individualismo, no por ello puede afirmarse que las frecuentes limitaciones sociales a la libertad de contratar y a la libertad contractual hayan hecho desaparecer ese poder de autodeterminación de la persona, al cual suele llamarse en nuestros días la autonomía privada. Hoy se define a la autonomía privada, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conductas para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social. Una libertad de contratar con su doble perfil: de iniciativa y contenido, que se manifiesta en el derecho general y particular de los contratos. En el primero, con la permanencia del *acuerdo* como fundamento de obligar (artículos 1792 y 1793), así como con la vinculación de las partes al contenido del acuerdo al indicar, que el contrato obliga a las partes a lo que expresamente hubieran pactado (artículo 1796). O el protagonismo de la voluntad en

<sup>31</sup> Así en el Informe del 1o. septiembre de 1928 por el presidente Plutarco Elías Calles, García Téllez, Ignacio, *op. cit.*, nota 15.

materia de interpretación del contrato, dirigida esta última a descubrir la intención de los contratantes (artículo 1851). Idea que se proyecta igualmente en la parte especial de contratos, en donde la voluntad de las partes se erige fundamental. Así, en materia de transmisión de la propiedad, por mero efecto del contrato, como lo expresa nuestro legislador, se lleva a cabo la transmisión de la propiedad, sin necesidad de tradición (artículo 2014). Y al lado de estas normas de impronta individualista el derecho de contratos impone unas normas de tutela a los consumidores en la Ley Federal de Protección del Consumidor. Entre las más importantes, la transparencia en la fase contractual. De una parte, mediante el incremento de los deberes de información precontractual (artículos 7o., 7o. bis y 16) y la vinculación del contratante por la información y publicidad proporcionada (artículo 7o.). De este modo, el código mexicano, de base contractual se ha enriquecido con normas imperativas, como medio para restablecer el equilibrio contractual, ausente o debilitado en contratos celebrados con consumidores, quienes mayoritariamente tendrán que aceptar las condiciones predispuestas por el comerciante.

En este proceso de desprivatización del derecho privado, la norma del consumidor torna su función para atender los propósitos perseguidos por el ordenamiento público de la economía. Y, viceversa, cuando el Estado regula imperativamente las normas de tutela de los consumidores o de la parte más débil del contrato, está eligiendo un instrumento del derecho privado para conseguir los objetivos del Estado social, cuya competencia se le reconoce en la Constitución; en nuestro caso, en el artículo 28. De este modo se cambia la fisonomía del derecho comercial codificado inicialmente. Así y frente a la exclusiva tutela del interés del primitivo comerciante en la codificación del siglo XIX y de su sucesor empresario en el siglo XX, la normativa emanada a lo largo del siglo XX enfatiza la protección de los consumidores o usuarios, como sujetos principales en la contratación comercial. Es preciso traer a este proceso socializante del derecho privado comercial el *principio de solidaridad* como corolario de la reforma del Código Civil de 1928 y cuya incorporación se necesitaba para regir las nuevas necesidades sentidas en las relaciones que, aunque de carácter privado, se hayan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad (Exposición de motivos). Por esta vía la acertada idea según la cual, el derecho del comercio tradicionalmente de signo privado

convive con normas de derecho público, cuya absorción sucesiva trae su referente y fundamento último en las bases de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

c. Influencia de los modelos supranacionales electrónicos en la reforma de los códigos y la unificación del derecho de obligaciones y contratos

La tercera línea de influencias en nuestro derecho comercial se relaciona con el derecho supranacional electrónico recibido en las reformas del Código Civil y del Código de Comercio de principios del siglo y para cuya síntesis me valgo de lo ya manifestado en mi libro *Contratación por medios electrónicos*.

Como en ellos y en la práctica generalidad de las reformas nacionales, el legislador mexicano ha complementado el derecho general de contratos con las particularidades surgidas por el desenvolvimiento de las actividades económicas en Internet. Asimismo con la regulación de las cuestiones sustanciales obligacionales (entre ellas, el reconocimiento de su validez; el refuerzo de la tutela informativa del consumidor, la consideración y valor jurídico de la prueba electrónica) se ofrece a quienes desean ofertar-adquirir sus productos y servicios en *Internet* unos márgenes de libertad y seguridad jurídica, equivalentes a los de la contratación tradicional; por cuanto que el derecho vigente hasta ahora sigue jugando en el ámbito de la contratación electrónica, de acuerdo con las ideas manifestadas en el transitorio segundo de la reforma de 2000.

Nuestro derecho se ha modernizado materialmente. Se completa el sector de obligaciones y contratos con la solución técnica adecuada a la reclamada por la incorporación de las nuevas tecnologías en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas privadas negociales, tanto en el plano del comercio electrónico como en el privado entre particulares. La adopción de esta postura lleva implícita la asunción del enfoque plural y renovado del derecho de contratos en la realidad normativa, con el consiguiente avance y acercamiento de nuestra legislación al resto, tal y como ya lo hiciera en la reforma de 1928; en cuya exposición de motivos supo resumir magistralmente señalando, que el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al

colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan (EM, párrafo quinto).

La lectura conjunta de la posición mexicana electrónica con los grandes modelos supranacionales y nacionales europeos sitúa a nuestro legislador en la posición adecuada. En primer lugar, porque ha sabido nutrir la disciplina con los avances realizados por los modelos comparados, pues los grandes modelos coinciden en las reglas fundamentales de la contratación, a través del reconocimiento de la validez de los contratos electrónicos, la admisibilidad de la prueba electrónica, la regulación de la formación del contrato y desde esta perspectiva general el seguimiento de una u otra opción hubiese sido irrelevante. En segundo lugar, porque en el plano regulador más concreto, la normativa electrónica ha sabido combinar la recepción de la nueva realidad económica con la opción normativa coherente con los principios y postulados que están en la base de nuestra ordenación jurídica privada. En efecto y aun reconociendo el deslumbramiento del *american way of life*, la incorporación del modelo autorregulador UNCITRAL de base angloamericana, es irreconciliable con nuestro ordenamiento, fundamentalmente, porque lo impide la primacía de la ley en el sistema de prelación de fuentes dispuesto en el artículo 6o. del Código Civil Federal. Según el cual, la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.

En cambio, la regulación legal que fundamenta la disciplina electrónica sí guarda coherencia con el derecho privado de obligaciones y contratos, con la influencia del modelo mixto europeo. En este sentido, la recepción de este último está implícito en nuestra reforma, a través de la adaptación realizada en el derecho tradicional de contratos a los negocios celebrados por medios electrónicos (entre ellas, mediante la consideración del consentimiento electrónico como expreso, la equiparación funcional de la forma electrónica a la escrita, la admisibilidad de la prueba electrónica y el reconocimiento de sus efectos jurídicos). Asimismo, el modelo europeo es coherente con el derecho mexicano. Así se advierte con su fundamento en el tronco común decimonónico que los une y recordado en la exposición de motivos del código civil al declarar, que no tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria, y en tomar en cuenta las teorías de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas. También lo confirma la primacía de la ley en la totalidad de los códigos europeos del siglo XIX, hoy vigentes.

En el plano de técnica legislativa, el modelo mixto introducido por nuestro legislador y el europeo supera el de autorregulación; pues dentro del marco normativo, la contratación en general y la electrónica en particular, queda a la autonomía de la voluntad contractual, de acuerdo con el artículo 1839, que dice: “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley”. Y es por esta vía por la que tienen entrada las iniciativas privadas autorreguladoras, representadas por los llamados códigos de buenas prácticas y por los medios alternativos de solución extrajudicial de controversias, cuya profusión en el tráfico es casuística y conduce a particularismos alejados de la seguridad jurídica, a la que supuestamente favorece el modelo contractualista. Y algo similar se advierte en la práctica de las alternativas extrajudiciales de solución de conflictos, por el carácter inseguro, asistemático y cambiante de los usos del comercio, que presiden la interpretación de los árbitros y mediadores a la hora de fundamentar sus laudos y transacciones.

De esta manera se patentiza la reanudación de la continuidad histórica entre la legislación de los Estados Unidos Mexicanos y Europa, iniciada con la codificación del siglo XIX, a través de la recepción de los códigos francés y español, según se reconoció en la reforma del Código Civil de 1928 y hoy se reafirma con la recepción implícita del modelo armonizado en la Unión Europea. Se modula así la influencia de las leyes UNCTRAL o, si se prefiere, se adaptan de este modo las soluciones sugeridas en el texto extraestatal a las particularidades de nuestro derecho de obligaciones y contratos.

El desdoblamiento formal de la normativa electrónica en dos textos separados (el de firma y el de comercio electrónico) es la solución derivada de las recomendaciones reflejadas en los textos internacionales del UNCITRAL y Directivas del Consejo de la UE y, por ello, podría explicarse el predominio de los sistemas nacionales (Estados Unidos, Alemania, Italia y España), de regular el derecho privado de obligaciones y contratos en un cuerpo separado y al margen de los códigos (en el caso de la Europa continental). Sin embargo, desde el punto de vista técnico y claridad normativa es preferible la integración de las disposiciones electrónicas en el marco jurídico general en el que va a operar, por lo que debe entenderse más acertada la solución del modelo unitario, recibida por el

legislador mexicano y que tiene su tradicional antecedente francés (en su reforma del mismo 2000) y, en menor medida, por la reforma alemana del BGB, de 2002. De esta manera se advierte que los preceptos electrónicos sólo deben implicar singularidades al medio y, en ningún caso, pretenden modificar el derecho general tradicional. Por ello el acierto de nuestra reforma electrónica.

El estudio contrastado de la LFPC con el referente europeo advierte, que los supuestos derechos precontractuales reconocidos a los consumidores respecto de los proveedores, en lo concerniente a la claridad informativa y lealtad negocial (deber de abstenerse de enviar avisos comerciales a los consumidores que así lo hayan decidido; deber de guardar secreto respecto de las informaciones confidenciales del consumidor), sólo se activan previa petición expresa o tácita del consumidor; con lo que es más que dudosa la efectiva protección del consumidor, manifestada por el propio legislador a la hora de incorporar la reforma (nueva fracción VIII incorporada al artículo 1o. de la LFPC). Esta postura reduce las garantías dispensadas en los ordenamientos europeos a los consumidores y es incoherente con el espíritu socializador que subyace a la disciplina. Por ello, la conveniencia de reflexionar en algunas propuestas de *lege ferenda* para su mejora, a través de un examen comparatista de nuestra normativa con la europea, en la línea sugerida.

Mayor cautela merece la reflexión respecto a la unificación del derecho Privado de obligaciones y contratos, en su doble enfoque, material y espacial: estatal y federal. La importancia del temario propuesto es esencial, aunque desborda los límites de extensión impuestos a este trabajo. Las cuestiones planteadas implican opciones de política y técnica legislativas, con clara incidencia en las bases constitucionales de la ordenación territorial y jurídica de los Estados Unidos Mexicanos. Por ello la prudencia científica de apuntarlas, señalando su relevancia y una somera indicación a los extremos en que se encuentra el debate y estado de la cuestión en el marco comparado y mexicano.

Sin duda, la unificación jurídica material y territorial es la solución más segura y eficiente en la ordenación jurídica del tráfico privado. Primordialmente, porque sería una posición coherente con la interacción de las diversas esferas, que se manifiesta en la paulatina reiteración de preceptos en los ámbitos materiales (código civil y código de comercio) y territoriales (código civil federal y estatales), pero cuya dispar compe-

tencia legislativa y jurisdiccional son focos permanentes de disputas y decisiones desencontradas. Asimismo, las tesis uniformadoras también tienen su eco en nuestra patria. En este sentido, la superación de la codificación civil-mercantil en el marco general de las obligaciones se señaló abiertamente en la exposición de motivos al libro cuarto “De las obligaciones”, con ocasión de la reforma de 1928 al declararse que: “Los medios de comunicación, cada vez más frecuentes y rápidos, acortan las distancias y borran las fronteras, generalizando las relaciones económicas y uniformando la legislación patrimonial, y por ello la materia de las obligaciones tiene en casi todos los códigos muchos puntos de analogía”. De esta suerte el derecho civil se va convirtiendo en derecho privado social que debe comprender también el derecho mercantil, unificándose esos ramos de la legislación, como ya se ha hecho en Suiza (párrafo IV). También es una corriente consolidada en la dogmática europea y desde hace tiempo recibida en el código de obligaciones suizo de 1937 o en el código civil italiano de 1942. De modo parecido, la conveniencia y viabilidad de la unificación de los códigos civiles estatales y federal se defendió hace tiempo en nuestra doctrina patria por Gutiérrez y González.

Los aciertos de la reforma electrónica señalados no empecen las sombras que presenta nuestra disciplina y que son reconducibles en su mayoría al derecho general, aun cuando las disposiciones electrónicas las han acrecentado. En la línea de modernización del derecho electrónico, se sitúan los apuntes y propuestas, atendiendo no sólo a la letra de la ley o su interpretación jurídica, como ordena el artículo 19 del código civil, sino también conforme a los principios generales del derecho, de manera similar a como ha de hacerse en las controversias judiciales a falta de ley (artículo 19, *in fin* del código civil). Y en este marco de propuestas, resulta crucial la observación del derecho mexicano a la luz del tenor y sentido las reformas comparadas. Conforme a este planteamiento, algunas de las soluciones comparadas son trasladables a nuestro derecho y autorizadas por la aplicación armoniosa requerida en los artículos 14 y 15 para el derecho extranjero. En otras, constituyen propuestas de *lege ferenda* que ya anticipé en mi monografía *Contratación por medios electrónicos*, apoyándome sobre todo en la experiencia y consolidación de la dogmática judicial y científica en la construcción europea del derecho de obligaciones y contratos; en cuyo marco histórico emergieron nuestros códigos civil y de comercio.

### III. CONCLUSIONES

La proximidad de la historia jurídica mexicana con los países latinoamericanos, interrelacionada con nuestra vinculación comercial con los Estados Unidos nos ha servido de guía en el recorrido económico, sociológico, político y jurídico que constituye el marco en el que germina y desarrolla el nuevo ciclo del derecho comercial de la economía global. El estudio contrastado del mismo con la evolución y rasgos del derecho del comercio en México nos ha permitido imprimir estas páginas en las que reflejamos las grandes líneas y resultados de nuestra investigación.

Común al tráfico nacional e internacional es el impulso de su regulación por los propios comerciantes y sus asociaciones, mediante los contratos que articulan sus relaciones comerciales con otros empresarios nacionales o de otros países. Pero serán las grandes corporaciones quienes contribuirán a la expansión de sus contratos, a través de la creación de códigos de usos y prácticas que acabarán por recibirse en las convenciones y textos extra estatales contractuales. La aplicación e interpretación por los tribunales arbitrales consolidarán el derecho comercial internacional.

El siglo XX transfiguró el contexto socioeconómico y la cultura de las relaciones entre gobiernos y empresas. En él se creó el clima de ideas determinante de la nueva forma de regulación que se arraiga y precipita con el derecho electrónico. En el derecho comercial del mercado mundial potenciado por las relaciones internacionales y el arraigo de la red *Internet*, se descubre a los protagonistas, con su modo negocial de regular el derecho del comercio global y su estrategia para instaurarla.

El marco contextual del derecho del comercio en el siglo XXI lo constituyen los derechos nacionales, irresistiblemente influidos por las iniciativas extra estatales de regulación de la parte general de obligaciones y contratos internacionales, pero con una vocación genuinamente global. Esta regulación se impulsa y desarrolla por las organizaciones UNIDROIT y UNCITRAL. La primera con sus *Principios de la Contratación* (1994-2004), la segunda con las Leyes Modelos sobre Comercio y Firma Electrónicos (1998-2001) y su avance en el Convenio de Comunicaciones Electrónicas (2005).

El derecho de contratos global báscula sobre dos polos. De un lado, la orientación angloamericana, de respeto a la autonomía privada pero con claro imperio de la *lex mercatoria* o *lex merchant*, por la influencia defi-

nitiva en ella de las grandes corporaciones comerciales, tanto en las fuentes de producción (autonomía de la voluntad contractual), como en las de aplicación (condiciones generales, código de usos y prácticas, conforme a los que se realizan los contratos) y solución de controversias (arbitrajes encomendados a organizaciones y asociaciones empresariales). De otro, la postura europea que es presidida por la autonomía de la voluntad contractual, somete sus límites a las normas emanadas del Estado para tutelar a los consumidores o adherentes en el derecho de contrato impuesto por una de las partes.

Los dos ejemplos examinados, el de los *Principios de la Contratación Internacional* y el de las Leyes Modelos Electrónicas constituyen el botón de muestra del cambio en la tendencia y en el modo o manera de regular por los que discurrirá el derecho comercial a corto y medio plazo. El reconocimiento científico y técnico de los trabajos UNCITRAL y UNIDROIT, junto con el convencimiento ideológico de la necesidad de encontrar soluciones próximas en la ordenación jurídica de la globalización económica explican, por sí mismo, la influencia de los textos extra legales en la unidad regional del Mercado interior de la CE y su incorporación a los ordenamientos nacionales; entre los que pueden señalarse Italia, Francia y España.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSI, Ricardo *et al.*, *Diritto commerciale*, Bologna, 1995.
- ALVARADO HERRERA, Lucía *et al.*, *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, 1998.
- BOCCHINI, Ermanno, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, Casa Editrice Cedam, 2002.
- BRONK, Richard, "Which model of capitalism?", *OECD Observer*, núms. 221y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- CALVO CARAVACA, A. L. *et al.*, *Contratos internacionales*, Madrid, 1997.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis *et al.*, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.
- ELIAS AZAR, Edgar, *Contratación por medios electrónicos*, México, Porrúa, 2005.
- , *Hacia un enfoque comparativo y renovado de los contratos*, México, 2007 (publicación en curso).
- FLORES DOÑA, María de la Sierra, *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, Madrid, Edersa, 2002.
- GALBRAITH, John Kenneth, *Un viaje por la economía de nuestro tiempo*, Barcelona, Ariel, 1994.
- GALGANO, Francesco, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1980.
- GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, *Globalización económica y derecho mercantil*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2002.
- GARCIA Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 1985.
- GARRIGUES, Joaquín, “¿Qué es y qué debe ser el derecho mercantil?”, *RDM*, núm. 79, 1959.
- HAMMOND, Brian, “Seven goals for world development”, *OECD Observer*, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- JOHNSTON, Donald J., “The new economy: technology is not enough”, *OECD*, núms. 221 y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- LEDERMAN, Daniel *et al.*, “Mexican investment after the Tequila crisis”, *Annual Bank Conference on Development Economics*, Washington, Banco Mundial, 2001.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio (coord.), *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*, México, 1997.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, Madrid, La Ley, 1991.
- OECD, *Government of the Future*, 2001, [www.oecdbookshop.org](http://www.oecdbookshop.org).
- OECD, *Governance for sustainable development, Five OECD case studies*, 2002.
- OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado del bienestar*, Madrid, Alianza, 1990.

- PATTEN, Chris, “Sustainable development and governance”, *OECD Observer*, núms. 221 y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- POSNER, Richard A., “The law and economic movement”, *The American Economic Review Papers and Proceedings*, núm. 77, mayo de 1987.
- REYNOLDS, Lloyd G., *Los tres mundos de la economía: capitalismo, socialismo y países menos desarrollados*, Madrid, Alianza, 1975.
- RIPERT, Georges *et al.*, *Traité de droit commercial*, t. 1, París, 2002.
- ROBINSON, Mary, «Making the new economy work for human rights», *OECD Observer*, núms. 221 y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- RUIZ MASSIEU, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México y España)*, México, UNAM, 1993.
- SAMUELSON, Paul A. *et al.*, *Microeconomía con aplicaciones a Latinoamérica*, México, McGraw-Hill Interamericana, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando *et al.*, *Perspectivas actuales del derecho Mercantil*, Pamplona, 1995.
- STIGLITZ, Joseph E., *Globalization and its discontents*, Nueva York, W. W. Norton and Company, 2002.
- STIGSON. Björn, “Sustainable development and business”, *OECD Observer*, núms. 221 y 222, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- VERGNES, Bernard, “Society and technology: managing change”, *OECD Observer*, 2000, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org).
- VICENS VIVES, Jaime, *Manual de historia económica de España*, Barcelona, 1967.
- WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México)*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.