

PERSPECTIVAS DEL DERECHO MERCANTIL LATINOAMERICANO

Julio Hernán Figueroa Bustamante
*Docente de Derecho Monetario y Bancario,
y Derecho Financiero de la UNMSM.*

SUMARIO: *Introducción. 1.- Grandes orientaciones Generales.
2.- Preocupaciones Finales sobre el Derecho Mercantil en América Latina.*

Introducción:

El Derecho Mercantil es una categoría histórica, lo que significa como señala Garrigues que «la formación de las normas jurídico mercantiles no surgió debido al capricho del legislador ni a preocupaciones puramente dogmáticas o formalistas, sino que respondió a exigencias ineludibles de la realidad».

Las grandes codificaciones mercantiles que fueron promulgadas en el siglo XIX y al principio del siglo XX están demostrando en la actualidad ser deficientes, frente a los nuevos problemas económicos, sociales y avances de la tecnología. Ello en razón de la

intima conexión entre el Derecho Mercantil y los factores económicos, políticos de cada momento histórico que explica la elasticidad del contenido del Derecho Mercantil con la transformación y evolución de dichos fenómenos que renuevan su contenido.

Los Códigos de Comercio clásicos del Derecho Europeo, ya sea que se fundamenten en el acto de comercio objetivo (Código Francés de 1807) o subjetivo (Código Alemán de 1897) o en la actividad de empresa (Código de Comercio Hondureño de 1950), se proyectaron para regular aquellos actos o negocios jurídicos correspondientes al «comercio» basados fundamentalmente sobre los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, en su doble aspecto de libertad de configuración interna del contrato, libertad de conclusión del contrato, limitando la responsabilidad extracontractual de los comerciantes a los casos de culpa o negligencia subjetiva, con sus corolarios de demostración de los daños y relación directa entre el acto causante y aquél, descartándose como principio general la culpa objetiva.

Estos principios y aspicaciones han sido hoy día, severamente limitados por factores importantes como la intervención del Estado, en uso de sus facultades reglamentarias inspiradas en un hondo sentido social, en su actuación directa en el mercado como prestador de bienes o servicios, el surgimiento de una nueva clase, la del consumidor, que exige la protección de sus intereses contra las prácticas abusivas de los comerciantes y -el florecimiento de los principios de la libre concurrencia en el mercado tanto nacional como internacional.

Ello significa que las instituciones mercantiles deben ser adecuadas a los nuevos parámetros constitucionales, configuradores de un modelo económico en que los elementos públicos sociales adquieren un claro protagonismo, en contraste con los postulados del liberalismo económico que aún subsisten en gran parte de la disciplina mercantil.

Igualmente se evidencia una mayor intrenacionalización del derecho mercantil tal como acontece en el caso de los créditos documentados que, si bien quedan regulados por algunas de las legislaciones nacionales, se rigen en la mayoría de los casos, aún en dichas legislaciones, por los usos y costumbres fijados por la Cámara de Comercio Internacional, la continua creación de nuevas figuras contractuales para atender las necesidades creadas a los comerciantes por el cada vez más complejo panorama del comercio tanto nacional como internacional y la incidencia de los nuevos conocimientos tecnológicos y de la informática sobre las antiguas instituciones reguladas por los Códigos de Comercio. En esa orientación se podría concluir que esos cuerpos legales están pasando a la historia y el derecho mercantil sobre todo en el tráfico internacional, se están volviendo a reconstruir sobre la base medieval de los usos y costumbres del mercado, muchas veces plasmados en Convenios y Tratados, resolviéndose gran parte

de los conflictos mercantiles internacionales no por los tribunales de una nación sino por el arbitraje.

1.- GRANDES ORIENTACIONES GENERALES:

Conviene analizar algunas proyecciones del Derecho Mercantil en los próximos años.

¿Cuál será pues, el futuro de los Códigos de Comercio clásico y el Derecho Mercantil en general?

En primer lugar es necesario analizar cuál sería el ámbito del Derecho comercial y el del Derecho Empresarial según las actuales circunstancias en que vive el mundo.

En nuestro criterio el Derecho Comercial se limitaría exclusivamente a regular el estatuto del comerciante, o sea, un cuerpo legal de muy modestas dimensiones, donde se norman los derechos a obligaciones especiales que correspondan a un sujeto, sea persona natural o jurídica que reúna determinadas condiciones, en nuestro caso, el empresario, sea individual, social y los contratos que típicamente afecten a su empresa.

Como dice Broseta Pont, es necesaria la regulación por tres causas Fundamentales:

1. La actividad económica del empresario se realiza estableciendo múltiples y continuas relaciones con terceros;
2. Su ejercicio se nutre especialmente, del crédito y de la confianza ajena;
3. Los terceros y sus créditos son afectados por el resultado próspero o adverso de la actividad mercantil.

Más en nuestro criterio, el Código de Comercio o en una versión moderna la Ley Marco del Empresariado se limitaría a ese campo del derecho privado por las siguientes consideraciones:

- a. **Por la unificación del Derecho Privado:** Es innegable que avanza cada día más a nivel internacional, la tesis de la unificación de las obligaciones y contratos en un cuerpo único, esfuerzo que tuvo como primer ejemplo el Código Suizo de las Obligaciones Suizo, redactado en 1881. Más aún es significativa la tendencia de la denominada comercialización del derecho civil o generalización del derecho privado patrimonial, que conlleva a la promulgación de un Código único que contenga materias que eran propias del antiguo Código Civil y Mercantil, como es el caso del Código Civil italiano de 1942 y el Proyecto Argentino de Unificación Legislativa. El Derecho Mercantil se proyecta actualmente sobre muchos actos regulados por el

Código Civil y viene a convertirse en un Derecho Común, ya no especial. Las Instituciones Mercantiles reúnen normas comunes dentro del Código Civil, que se orienta a ser un Código de Derecho Privado.

- b. **Por la independización de ciertas instituciones:** Es, a su vez, tendencia evidente en el Derecho Mercantil el desmembramiento del Código de Comercio, de una serie de materias que tradicionalmente le pertenecían; así, el Derecho Societario es regulado por una ley especial en legislaciones como la alemana, la francesa y diversos países latinoamericanos; el Derecho Bancario está a su vez sometido a una legislación especial, tal como sucede con la legislación de seguros; siendo irreal sostener en la actualidad que el Código de Comercio deba contener las reglas sobre aeronáutica civil, derecho marítimo y concursos.
- Este desmembramiento se hace aún más notorio por la tendencia de internacionalización de ciertas instituciones que eran netamente objeto de regulaciones nacionales, para sólo citar algunos ejemplos: La Convención sobre los contratos para la venta internacional de mercaderías de la Uncitral; los múltiples convenios a nivel regional y mundial sobre marcas patentes y derechos de autor, los créditos documentarios y la fecunda y efectiva labor de la Unión Europea que conlleva la modificación obligatoria de las legislaciones de los Estados miembros. La fluidez de la relación entre el Derecho Mercantil y el Derecho de la Economía y en particular en la Unión Europea, parece creadora de mercado competitivo originando una legislación más privatista, no con un acento publicista propio del derecho económico, lo que se ve desmentido por la realidad.
- c. **El carácter complejo de las normas que rigen la empresa que lleva a cabo en forma masiva una actividad en el mercado:** Si se acepta como forzoso aceptar que la nota típica del comercio es la existencia de una empresa mercantil, si se quiere, la existencia de una organización apta para operar en el mercado, sea ésta personificada, objeto de derecho, patrimonio de afectación, o como quiera designarse, resulta, a su vez, imposible tratar de agrupar en un solo cuerpo legal, las múltiples ramas de derecho que inciden sobre dicha institución que conlleva organización de personas y de bienes así como una actividad continua en el mercado con una marcadísima incidencia de derecho económico.

Para sólo citar unos ejemplos: las relaciones obrero - empresariales son básicas para poder estudiar una empresa, y éstas corresponden al Derecho Laboral; las relaciones del empresario con su clientela, que es para el derecho mercantil clásico un elemento de la empresa, corresponden al Derecho del Consumidor las relaciones, comerciales inter - empresarios corresponden al Derecho de la Competencia, tres ramas del derecho que, siguiendo lo que aceptamos es un concepto conflictivo, corresponderían al

tradicional derecho público y por tanto, no debieran incorporarse a una legislación de derecho privado, como es un Código de Comercio o una Ley Marco del Empresariado.

De ahí que el clásico tratamiento dado a la institución por los Códigos de Comercio consiste en que la empresa es un bien mueble y por tanto, objeto de derechos y obligaciones, cuyo titular es el empresario en cuyo interés y para cuyo beneficio opera en el mercado resulta hoy en día, criterio demasiado simplista, ya que sobre ella convergen una serie de intereses ajenos al empresario en muchos casos conflictivos, como los trabajadores consumidores, y acreedores, cuyos derechos forzosamente tienen que ser protegidos, siendo a su vez imposible de encuadrarse dentro de dicho marco las normas que rigen el derecho a la competencia, reglas incluso en muchos casos constitucionales, que aseguran el libre funcionamiento en el mercado, o las normas que protegen el medio ambiente y la ecología; o sea, la cada día mayor responsabilidad social de las grandes empresas que operan en el mercado, que tienen la obligación de acatar las normas que garantizan la protección de los derechos del hombre y el bien común. Las sociedades no tienen como fin exclusivo el máximo beneficio de los socios sino que al operar en el mercado tienen que hacerlo dentro de ciertos parámetros éticos que parecen dirigirse a una responsabilidad social creciente, en lo que Joaquín Garrigues denominó: «la sociabilización de la Sociedad Anónima»

En segundo lugar, las regulaciones clásicas de varias de las instituciones típicas del derecho mercantil sucumben al embate de los avances tecnológicos, no pudiendo por ser producto de dichos avances al estar sometidas a leyes de duración más o menos estables.

Basta pensar en los títulos - valores cuya evolución data desde mediados del siglo pasado en Alemania, que han sido objeto de tratados y convenios tan importantes como los convenios ginebrinos sobre letras de cambio y de cheques, y de la abundantísima literatura a nivel mundial que confirmaba una doctrina de larga elaboración y de amplia aceptación para confirmar lo antes dicho.

Dicha institución se basaba en el hecho de que el derecho se incorpora a un documento, o si se prefiere, se materializa el derecho de crédito convirtiéndose por ende, en ambulatorio y accesorio de papel.

Sin documento no hay título -valor, y para poder ejercer los derechos que corresponden al título - valor es necesario ser titular del documento.

En la actualidad, dicho concepto está en crisis debido a la desmaterialización de muchos de los títulos -valores clásicos como son los casos de la «leerte de change rélèvee

en Francia y la desaparición a veces obligatoria, de los certificados de acciones y de los títulos de los bonos en muchas de las legislaciones hoy día vigentes o el reconocimiento de dicha tendencia en la legislación peruana.

El uso cada día más frecuente de las transferencias bancarias y de la tarjeta de crédito permiten vislumbrar la probable desaparición del cheque como instrumento de pago, siendo notorio el fracaso de tratar de legislar sobre las modalidades alcanzadas mediante la informática, ya que al promulgarse la Ley, ésta pudiera ser arcaica.

Más no es sólo en instituciones como la de los títulos - valores o de crédito donde se ve el impacto de esta nueva tecnología ya que, como bien afirma Farjat «la biotecnología hace tambalear la noción de sujeto de derecho».

«El hombre es cada vez más sujeto y objeto de derechos, lo que se demuestra con la comercialización de las relaciones humanas: todos los derechos de la personalidad pueden ser objeto de relaciones patrimoniales».

Frente a esas realidades será interesante meditar sobre la posibilidad de afrontar el problema, no por medio de soluciones legislativas, sino de los que enseñan los usos y costumbres de quienes directamente están afectados por los perpetuos cambios introducidos por las nuevas técnicas.

En tercer lugar el continuo crecimiento de las nuevas formas contractuales, tanto en el campo internacional como en el nacional, que surgen de las necesidades del tráfico moderno y que por su fluidez y continua adaptación a las nuevas necesidades de los comerciantes no permiten en nuestro criterio ser encerrados en los estrechos límites de un Código por avanzado que sea. Ello en razón que las normas cambiantes no resisten la codificación.

En tal sentido compartimos plenamente las tesis expuestas recientemente por Simonetto, de que la ley nueva conlleva siempre daños inmensos. Los políticos, muchas veces ignorantes de la especialidad jurídica, creen tal vez de buena fe, resolver los problemas con una ley nueva, pero en realidad no siempre saben lo que hacen.

¿Cuál sería pues, la solución para estas nuevas figuras?

Volver a la fuente primordial del derecho mercantil, dejando que sean los propios interesados y sus organizaciones profesionales, por medio de sus usos y costumbres, los que regulen el alcance de los negocios que idearon, ya que son ellos quienes conocen sus necesidades, la forma de resolver los conflictos que pudieran surgir con motivo de sus negociaciones.

O sea, volver al sistema de la Lex Mercatoria para regular las nuevas figuras, utilizando el arbitraje para dirimir sus conflictos ya que, como bien expuso Paillusseau. «Si las empresas crean e innovan en todos los dominios: Arreglos estructurales, nuevas maneras de hacer las cosas, nuevas relaciones de negocios, y si la intelectualización del management de la empresa y de sus operaciones no cesa de acentuarse, es fatal que estas tendencias conduzcan a una creación permanente de nuevos contratos de negocios. «En estas condiciones se comprende perfectamente que los hombres de negocios no tengan ningún deseo de ver al legislador sustituirse a ellos para organizar la ley y de manera imperativa sus relaciones».

Por Lex Mercatoria se entiende hoy un derecho creado por la clase empresarial sin mediar el poder legítimo del Estado y formado por reglas destinadas a disciplinar de manera uniforme las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica del mercado.

En cuarto lugar la protección del consumidor. En los códigos de comercio de corte clásico el papel fundamental del consumidor era el de constituir la «clientela» del empresario; de ahí las reglas impuestas para proteger el derecho del empresario a su clientela contra la competencia desleal de otros. En pocas palabras, el consumidor era objetivizado, transformándose en un «elemento» más de la empresa».

En la actualidad ha sucedido un cambio radical en dicha filosofía, el consumidor se ha convertido en un sujeto protegido del derecho; en un grupo al cual el legislador cada día presta mayor atención, entre otras razones porque, como afirma Font Galán, «el homo consumens está dotado de una considerable fuerza política, siquiera sea desde el punto de vista político electoral» imponiéndole al comerciante obligaciones y deberes inconcebibles cuando se promulgaron los códigos clásicos, toda vez que, como bien afirmó Creimer, el consumidor para ser defendido cabalmente, necesitará de normas jurídicas especiales. Su autonomía de voluntad no existe.

Es a su vez, en este campo, donde más se nota la evolución de la posición de la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad y del valor del consentimiento («pacta sunt servanda») como centro de gravedad de toda la doctrina contractual, surgiendo la tesis de la limitación intrínseca de la autonomía de los particulares enarbolada, entre otros, por De Castro en España cuando afirmó: «En dirección radicalmente contraria a los planteamientos liberal - individualista, se piensa y se sostiene que la autonomía de la voluntad tiene límites intrínsecos conforme a su misma naturaleza jurídica, para permitir que la autonomía de la voluntad no sea amparada por el Estado esencialmente por sus tribunales - fuera de sus justos límites».

Mas, como bien señala Sánchez Andrés: «El fundamento último de la referida evolución y la necesidad correlativa de establecer límites precisos al principio de la libertad del contrato, debe buscarse en el deseo de equilibrar el respectivo poder de negociación de ambos contratantes, con fines de tutela y protección de la parte más débil», siendo este fenómeno hijo del típico contrato surgido del tráfico masivo de las empresas mercantiles con sus consumidores: el contrato por adhesión o sujeto a condiciones preestablecidas por una de las partes.

Frente a dicha realidad el derecho mercantil ha dejado de ser el derecho de una clase, el comerciante para convertirse en el derecho del tráfico masivo de bienes y servicios con todos sus componentes, empresario, productor intermediario, financieros, inversionistas y consumidores, todos cuyos derechos deben ser protegidos.

Para atender dichas necesidades creemos que debe existir un código único de obligaciones y contratos, si se prefiere, de derecho patrimonial privado, donde se regulen los principios generales que han de regir en dicha materia, incluyendo las responsabilidades derivadas del dolo y la culpa, no sólo como culpa subjetiva sino, en su versión objetiva, pero aceptando el pleno calor jurídico de las nuevas figuras contractuales creadas por los usos, tanto nacionales como internacionales, o sea, volver a darle plena vigencia a la antigua doctrina de la «Lex Mercatoria» con su corolario del arbitraje como medio de dirimir conflictos comerciales, ya que claramente se dan, hoy en día, sobre todo en el comercio internacional, las características de transnacionalidad, utilización del uso como fuente del derecho, solución de los conflictos creados por arbitraje y por ende, no por jueces de la jurisdicción ordinaria sino ante expertos (amigables compondores), en un proceso más expedito que el de los clásicos litigios judiciales, aplicando en la solución de los conflictos un hondo sentido de equidad.

Asimismo se debe promulgar un estatuto del comerciante en el cual se regulen los derechos y obligaciones de la persona natural o jurídica que sea titular de la organización económica que se proyecta sobre el mercado, realizando en forma masiva transacciones económicas.

Dentro de dicho estatuto habría que incluir reglas sobre los contratos típicos que afectan a la empresa, su arrendamiento, venta, usufructo, su liquidación y materias análogas.

Someter leyes especiales a las sociedades, derechos intelectuales, derecho marítimo, derecho aeronáutico y títulos -valores, ya que todas esas ramas del derecho si bien siguen siendo, en nuestro criterio, mercantiles están siendo regidas cada vez más por convenios internacionales, es un proceso evidente.

Somos partidarios de la tesis de la evolución permanente y paralela de dichas instituciones en el sentido de que «esa evolución de la forma jurídica, precisamente por estar en función de las condiciones económicas y sociales, no está limitada por las estrechas fronteras de un ordenamiento jurídico determinado, sino que a igualdad de tales condiciones se produce fatal e inevitablemente una misma evolución», someter a un régimen especial los derechos del consumidor, los derechos a la competencia, las relaciones de las personas que colaboran en la empresa y el derecho concursal como medio de superar la crisis de las empresas, ya que como bien expuso Paillusseau, es cierto que la crisis (de las empresas) ha puesto cruelmente a la luz insuficiencias del derecho de la quiebra, las cuales se basan: en la inadecuación de una parte, de sus finalidades originales o de sus fundamentos y de su construcción y, de la otra, las realidades económicas y sociales de hoy día, derechos éstos que tienen un hondo sentido social una marcadisima intervención estatal.

Con lo dicho no estamos abogando por la desaparición o reducción a un mínimo ámbito del derecho mercantil; al contrario, creemos que extendería su campo.

Si se analiza dicho ordenamiento con vista a la realidad económica, política y social en que vivimos, creemos que se debe concluir que el derecho mercantil de hoy debe ser el ordenamiento que rige el tráfico económico masificado sobre el eje de rotación del mercado como ámbito social, económico y jurídico de contactos (sociales), intercambios (económicos) y negociaciones (jurídicas) de todos los sujetos y organizaciones económicas de la sociedad civil (empresarios, trabajadores y consumidores)-, cuyos polos (económicamente opuestos y recíprocamente atractivos), son de un lado, los actos de empresa y, de otro los actos de consumo», debiéndose por ende, concluir con Bercovitz, en que «se incurriría en un error de perspectiva al centrar la regulación jurídica (del tráfico económico) en torno de una de las partes, no la única, que intervienen en el tráfico.

Tan importante o más que las empresas son los consumidores, así como las exigencias del propio tráfico económico».

Por ende, tendra que ser un ordenamiento multidisciplinario, ya que entraña entre otros aspectos, regular al empresario, su organización interna, sus derechos y obligaciones, la publicidad requerida y los contratos típicos que se ejecuten sobre su organización; en otras palabras, lo que hemos denominado el «estatuto del comerciante»; contemplar a su vez, entre otras: La actividad externa de la empresa, ya sea en sus relaciones con quienes adquieren sus productos o servicios fundamentalmente los consumidores, sea en las relaciones de los empresarios entre si, o sea, la competencia, la regulación de los negocios jurídicos que los unen, su financiamiento, seguros, transporte, la superación

de una crisis económica (concursos o quiebra), y toda la compleja red de actividades que directa o indirectamente actúan sobre el mercado.

Más en nuestro criterio, es obvio que ese complejo interdisciplinario de matices de derecho público y privado de un hondo sabor de derecho económico no pueden ser abarcados, hoy día, en un solo código al estilo clásico, sino al contrario, en leyes específicas que tengan en cuenta las especiales circunstancias de las materias e intereses, en muchos casos conflictivos que les toca regular.

He aquí para nosotros, el «quid» del problema. A toda esa multitud de diferentes regulaciones a que hemos hecho referencia, no se las puede ni legislar ni interpretar, ni aplicar aisladamente ya que todas tienen por objeto un fin único: regular el tráfico masivo de bienes y servicios en el mercado, por lo cual requieren de un ordenamiento especial si se quiere marco, que pueda coordinar sus diferentes objetivos y alcances para lograr ese fin común: una conducta correcta que respetando los derechos de todos, permita una ordenada y justa solución de los problemas que surgen entre los diferentes factores que intervienen en el comercio. Esa es la labor que le toca al derecho mercantil de nuestros días: no ser un derecho de clases o un simple derecho de la empresa, sino ser el ordenamiento legal mediante el cual se pueden unificar, interpretar encaminar hacia ese fin común los intereses de quienes participan en el comercio nacional e internacional de bienes y servicios de forma que no prevalezcan los derechos de uno de los factores sobre los demás, encuadrado en un régimen de economía del mercado postulado sobre los infranqueables límites constitucionales de la realización del hombre como persona y del bien común, lo que excede en mucho el marco clásico de un Código de Comercio.

Para concluir, quisiera plantear la interrogante que seguramente está en la mente de algunos de los lectores: la tesis expuesta ¿no está frisando los límites del derecho económico?

Para Garrigues, «El Derecho Mercantil dependerá del ordenamiento jurídico de la economía como ordenamiento constitucional previo, a la manera como el derecho de la propiedad privada está condicionado por el ordenamiento constitucional de la propiedad».

El derecho de la economía formulará los postulados básicos dentro de cuyo marco habrán de desenvolverse las instituciones específicamente mercantiles. La aparición del nuevo derecho no introduce, por consiguiente, ningún género de confusión en el contenido propio del derecho mercantil, porque ambas disciplinas tienen dominio jurídico distinto: el derecho económico consistirá en aquella parte del ordenamiento jurí-

dico toral que va destinada a ordenar el campo de las relaciones económicas concebidas en su conjunto y precisamente por cuanto dichas relaciones tienen naturaleza económica, el derecho mercantil, en cambio, será aquella otra parte del ordenamiento jurídico en la que se contengan las normas jurídicas privadas destinadas a establecer y regular las instituciones a través de las cuales hayan de canalizarse las actividades de las empresas privadas mercantiles.

Planteadas en estos términos la cuestión de límite, se advierte que las normas del derecho mercantil habrán de atemperarse a los postulados previos de carácter básico que forman el derecho económico, la cual se concibe como una atmósfera jurídica de rango superior, (fundamentalmente de carácter público), que habrá de infiltrarse para condicionarlo en el mecanismo de las relaciones jurídicas privadas, dejando, sin embargo, a cargo del Derecho Mercantil el ordenamiento concreto de las actividades propias de la empresa.

No obstante: para ciertos autores, es todo el derecho comercial que, poco a poco, se convierte en un derecho económico. No es un simple cambio de etiqueta. Compartimos ese criterio, ya que aceptamos la tesis de Rojo de que «el derecho económico no es un derecho aglutinador de las nuevas normas en las que se manifiesta el intervencionismo estatal, sino aquel derecho (estatal o no, legal o no) en el que se integran aquellas normas nuevas y viejas -que determinan los principios ordenadores de la economía en un concreto espacio -incluidas las medidas de política económica de carácter coyuntural-, el régimen jurídico del mercado o mercados comprendidos en ese espacio, la organización y funcionamiento de los sujetos económicos que operan en él o en ellos, las relaciones entre ellos, el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como los bienes y servicios en relación con esas actividades».

2.- PREOCUPACIONES -FINALES- SOBRE EL DERECHO MERCANTIL EN AMÉRICA LATINA

Deseamos formular algunos comentarios o bases principales sobre las que se debería considerar el desarrollo del Derecho Mercantil en América Latina.

Recogiendo fundamentalmente los principios expuestos en esta monografía, creemos que en vez de tratar de unificar todas las legislaciones de los países que integran la Comunidad Andina, el Mercosur y el Mercado Común Centroamericano, se debería aprobar un tratado o un convenio marco que rija el tráfico masivo de bienes y servicios en dicho importante mercado a nivel multinacional, no obstante las diferencias que pudieran existir en las distintas legislaciones nacionales. Ello guardará relación con la orientación económica renovadora que promueven acuerdos de integración comercial como los tratados de Libre Comercio.

Creemos que el Derecho Mercantil Latinoamericano es aquel que rige el tráfico masivo de bienes y servicios en dicho mercado, sirviendo de marco para interpretar y aplicar a nivel del área, las distintas normas que regulan a los que intervienen en el comercio regional, así como las relaciones que entre ellos se establezcan como son, entre otros: el derecho societario, títulos - valores, propiedad industrial, obligaciones y contratos, estatuto del comerciante, transporte, banca, seguros régimen de quiebra o sistema concursal, dumping y subsidios, así como derechos del consumidor.

Estimamos que las bases y fundamentos en que debe descansar el Derecho Mercantil Latinoamericano, tributario de esta orientación comercial activa, son las siguientes:

Primero.- Es de tener en cuenta que el sistema económico que rige en América Latina, debe propender y defender la denominada «economía social de mercado», siendo esencial, a dichos efectos, que se respeten las reglas sobre la libre competencia, de forma de que ninguna de las personas o entidades que intervengan en dicho tráfico puedan distorsionar el normal funcionamiento del mercado: proscribiendo, a su vez, la publicidad ilícita y la competencia desleal.

Segundo.- Es de considerar que dos de los factores que inciden notablemente sobre el derecho mercantil actual son:

- * La constante creación de nuevas figuras contractuales para resolver los nuevos problemas que se van creando a aquellos que intervienen en ese tráfico masivo;
- * El impacto de la nueva tecnología sobre las reglas clásicas del derecho legislado.

Es innegable, que resultaría una labor muy esforzada tratar de encerrar, dentro del estrecho marco de leyes especiales, las nuevas formas de contratación que constantemente están surgiendo en el tráfico, o tratar de legislar sobre el fenómeno producido por los avances de la nueva tecnología, ya que la nueva ley, por avanzada que sea, probablemente resultaría anacrónica en el momento de su promulgación.

De ahí la necesidad de retornar a la fuente básica del derecho mercantil, los usos y costumbres de los comerciantes, para poder regular e interpretar estas nuevas situaciones creadas por los avances tecnológicos y sistema de contratación, sí como buscar las soluciones que más satisfagan a aquellos que operan en el mercado, aplicando los principios de la nueva «Lex Mercatoria» entendiendo por tal el derecho creado por la clase empresarial, sin mediar el poder legislativo del Estado, formado por reglas destinadas a disciplinar, de manera uniforme, las relaciones comerciales que se instauren dentro de la unidad económica del mercado.

Tercero.- Como su nombre indica, el Derecho Mercantil Latinoamericano es por su propia naturaleza, un derecho que no puede conocer de barreras nacionales sino regir en su vasto territorio.

De ahí la necesidad de dirimir las discordias que surjan entre los distintos actores que intervienen en el mercado, no por medio de los tribunales de cada nación, sino al contrario, mediante arbitraje por amigables componedores expertos en la materia que van a juzgar, facilitando, en todo lo posible, la ejecución de sus laudos, que deben contener un hondo sentido de equidad.

Cuarto.- Como derecho regulador del tráfico surge la necesidad de garantizar la buena fe como principio esencial de toda contratación mercantil así como garantizar la seguridad en las transacciones con su corolario de aplicación de la teoría de las apariencias, sin perjuicio de que puedan existir regulaciones mínimas en cuanto a la definición de los contratos, las partes intervinientes y sus esenciales derechos y obligaciones.

Quinto.- Debido a la celeridad que es característica de todas las transacciones internacionales, suprimir, en lo posible, la exigencia de formalidades, dándoles plena validez a los convenios celebrados entre las partes, utilizando como medio de prueba el que más convenga a sus respectivos intereses, incluyendo los avances de la informática.

Sexto.- Aceptar que, en la situación actual de la ciencia jurídica mercantil, la doctrina clásica de la autonomía de la voluntad y del valor del consentimiento (*pacta sunt servanda*) han evolucionado, reconociendo la tesis de la limitación intrínseca de la autonomía de los particulares en materia contractual, principio fundamental para poder lograr el equilibrio de poder de negociación de ambos contratantes, con fines de protección y tutela de la parte más débil.

Séptimo.- Reconocer y aceptar expresamente que el comercio no puede existir sin el consumidor, que ha dejado de ser en la actualidad la mera clientela de un empresario considerada por la mayoría de los Códigos de Comercio y legislación especial complementaria, como un elemento de su empresa para convertirse en un sujeto indispensable en las transacciones comerciales, con derechos reconocidos constitucionalmente, cuya protección se ha transformado en una nueva manifestación de la evolución social del Derecho, no siendo ya el consumidor un mero comprador o usuario de bienes o servicios para uso personal, familiar o colectivo, sino la persona a la cual conciernen los diferentes aspectos de la vida social que puedan afectarla.

Octavo.- Fundamentar su normativa teniendo en cuenta que la situación socio-política, en que vive el área, está postulada sobre el principio de asegurar la plena realización del hombre, como persona humana, por lo que el bienestar de la comunidad regional debe ser una de las metas de cualquier ordenamiento jurídico latinoamericano.

En esa forma el Derecho Mercantil Regional permitirá le exigirá que exista una conducta justa y honesta en el mercado que respetando el derecho de todos, facilite una solución ordenada e equitativa a los problemas que surjan entre los diferentes factores que intervienen en el comercio: los empresarios, inversionistas, financistas, transportistas, aseguradores, trabajadores y consumidores.

En esa labor del Derecho Mercantil Latinoamericano de nuestros días: no ser un derecho de clase o una simple ley de la empresa, sino un marco legal que regulando los principios básicos que deben regir el tráfico masivo en el mercado unifique, interprete y garantice el interés de todos aquellos que participan en el mercado intraregional de bienes o servicios, en forma tal que los derechos de uno de los factores no prevalezcan sobre los demás, ni afecten el interés público, la realización del hombre como persona humana, ni el bien común de la región.

BIBLIOGRAFÍA

- GARRIGUES, JOAQUÍN: *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971 p. 213.
- BROSETA PONT, MANUEL: *La Empresa, la Unificación del Derecho de las Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985, Pág. 272
- FARJAT, Gerard: «Nuevas Tecnológicas 5º Derecho Económico. VI Derecho Nº las Nuevas Tecnologías», Ediciones de Palma, Buenos Aires 1990, Pág. 5-9 y sgtes.
- PAILLUSSEAU, Jean: «Los contratos de negocios», *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires 1988, Pág. 731 y sgtes.
- FONT GALAN, Juan Antonio: «Hacia un Sistema - Mercantil Nuevo», *Revista de Derecho Mercantil*, - Madrid, Julio - Setiembre 1985, Pág. 382 y sgtes.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «El control de las condiciones generales de contratación con el Derecho comparado», *Revista Derecho - Mercantil*, Madrid, Julio - Diciembre 1980, Pág. 385 y sgtes.
- GARRIGUES, Joaquín: «Curso de Derecho Mercantil» 8va. Edición, Imprenta Aguirre, Madrid, Tomo I Pág. 347.
- ROJO, Angel: «El Derecho Económico como categoría sistemática», *Revista de Derecho Comercial*.