

Universalidad del Derecho Mercantil y los Procesos de Integración Económica en las Américas

-Unidad de Mercado y Uniformidad de Derecho-*

Giovana Esther Yaro Peceros

Egresada de la Facultad de Derecho en la UNMSM

SUMARIO:

1.- Nota introductoria	477
2.- Universalidad y uniformidad del Derecho Mercantil	479
3.- Tendencia publicista del Derecho mercantil y su relación con los procesos de integración económica	484
4.- Procesos de integración en las Américas	486
5.- Problemática de los procesos de integración en las Américas	490
6.- Nota conclusiva	493

1.- Nota Introductoria

En el comienzo del tercer milenio son muchas las actividades humanas y conceptos que han entrado en cambio, situación de crisis o porque no decirlo de evolución. Cada vez más los problemas, necesidades y soluciones superan las fronteras políticas de los Estados agregándole al fenómeno de la globalización otro fenómeno como es la transnacionalización, lo cual obliga a los estados a no actuar aisladamente para sobrevivir o prosperar, sucediendo lo propio con los actores de comercio en su búsqueda de nuevos mercados. De esta manera el comercio, como actividad de cambio ha encontrado nuevas formas de materializarse gracias al incesante desarrollo tecnológico, la globalización de los mercados y las nuevas políticas de estado. Pero, que tanto dista el comercio de la

* El presente artículo fue presentado por la autora a los certámenes académicos de la XXXIX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados (FIA) llevada a cabo en la Ciudad de New Orleans (EEUU), del 17 al 21 de junio de 2003 obteniendo el III puesto en el Premio Estudiante de Derecho de las Américas. Artículo dedicado a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y a la Universidad Carlos III de Madrid, sus docentes y sus investigadores.

actualidad con el de la baja edad media¹, será posible hallar similitudes con la nueva forma de hacer negocios en la New Economy o Nex Economy², en las que se lleva intrínseca la nota de internacionalidad de las operaciones comerciales, qué cambios se han dado en el Derecho mercantil como derecho regulador de esta materia en un contexto mundial en el que, como se ha señalado, conceptos y actividades se internacionalizan. Será posible hablar de la universalidad del Derecho mercantil de la misma manera como afirmamos la universalidad del comercio, qué implicancias tendría este postulado en los procesos de integración económica, que problemática jurídica se plantea en estos procesos de integración. Estas son algunas de las interrogantes que nos formulamos en torno a la nueva oleada regional que se esta dando en las Américas de hoy, y en las que se tiene un ambicioso proyecto de constitución de un Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA)³, a fin de favorecer el desarrollo del co-

¹ Se tiene como referencia la baja edad media, pues es en esta etapa surge el Derecho mercantil como rama especial del Derecho privado. Antes de ese momento, existía el comercio como actividad económica, en todos los países y entre diferentes países, por encima de los límites territoriales de las organizaciones políticas; y sin embargo, no puede hablarse de un verdadero Derecho mercantil como parte del ordenamiento jurídico. Me refiero, concretamente, al que constituye la base de nuestro sistema, al Derecho romano. Vid. OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*, Sevilla, pág. 16.

² Si bien el término New Economy no deja de tener actualidad, para muchos ya es preferible hablar de Nex Economy, atendiendo a la necesidad de integración. En la New Economy los modelos de negocios se construyeron junto con las posibilidades técnicas del internet, el fundamento para las nuevas relaciones económicas; sin embargo con el advenimiento de la "Nex Economy", la técnica ya no será el factor más importante para la creación del valor, sino los aportes concretos y mensurables. En la "Nex Economy", asimismo, los niveles de competitividad de una empresa global no dependen de su oferta de bienes, servicios o técnicas de comunicación e información, sino en su capacidad para integrar, entre sí, las nuevas tecnologías derivadas del cambio estructural con el propósito de dominar sus procesos, penetrar con mayor profundidad sus mercados y servir de forma más específicamente orientada a sus clientes. Vid. FAHRHOLZ, Bernd, *Die Next Economy verän dert die welt*. Internationale Politik, Berlín, nv. 7, 2001; LEON COLLANTES, Jorge, *Globalización, Estado-Nación y Política Exterior*. En Revista Peruana de Derecho Internacional, tomo LI, julio-diciembre 2001, N° 18, pág. 243. Este mismo fenómeno podemos verlo en los estados, señala VIVIANA SARRA citando a OHMAE, que la mayoría de los pueblos de todo el mundo tiene claro el objetivo de formar parte de la economía mundial, y que, por su parte, los gobiernos deben comprender el hecho irreductible del pluralismo para otorgar condiciones de vida satisfactorias a sus pueblos, y así concluye que en ello radica la economía entrelazada. Vid. VIVIANA SARRA, *Comercio Electrónico y Derecho*, Buenos Aires, 2000, pág. 278.

³ Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA) tiene como punto de partida la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas realizado en diciembre de 1994 en la ciudad de Miami, en la que los presidentes de los 34 países del hemisferio deciden empezar el establecimiento del ALCA, acordando que las negociaciones deberán concluir en el año 2005 y que se

mercio hemisférico y en donde inevitablemente se darán encuentro el common law y civil law, como sistemas jurídicos que convergerán en un mismo bloque económico. Así expuesto, el presente trabajo sólo intentará responder las interrogantes planteadas desde la óptica del Derecho mercantil, dejando para mayores estudios el complejo de interrogantes que se pueden formular desde los diversos enfoques en que se puede analizar el proceso de integración americano.

2. Universalidad y Uniformidad del Derecho Mercantil

El comercio como fenómeno económico no es sólo “universal” porque se da en todos los pueblos del mundo conocidos, sino porque traspasa las fronteras; y siendo que esa universalidad del comercio se proyecta sobre el derecho que la regula⁴, el Derecho mercantil teniéndolo por primer objeto de estudio⁵, tiene implícito en sí, su naturaleza universal, lo cual apreciamos desde antes del comercio medieval.

deberían alcanzar avances concretos para fines del siglo, así como ampliar y profundizar la integración económica hemisférica sobre la base de los acuerdos subregionales y bilaterales existentes.

⁴ Vid. OLIVENCIARUIZ, Manuel, *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*, cit., pág. 19.

⁵ Es justamente por este primer objeto de estudio, el comercio o commercium que el Derecho Mercantil era señalada por todos los Tratados clásicos, como Derecho privado especialmente destinado al comercio. Vid. Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, México, 1984, pág. 7. (THÖL: “El Derecho mercantil comprende las instituciones jurídicas pertenecientes al comercio”. GOLDSCHMIDT: “Se llama Derecho mercantil al Derecho especial de la materia mercantil”). Y en esa dirección se encuentran muchos autores, quienes parten del concepto de comercio como antecedente lógico del Derecho mercantil, prejuzgando la naturaleza de éste al enfocarlo y limitarlo desde el punto de vista del comercio en sentido económico. (LYON-CAEN y RENAUD: “El Derecho mercantil tiene por objeto la regulación de las relaciones entre particulares a que da lugar el ejercicio del comercio”), cit., pág. 8; El Derecho mercantil ha tenido al comercio y las actividades a él asimiladas su objeto principal Vid. Alfredo ROCCO, *Principios de Derecho Mercantil*, México, 1932, pág. 5; Sin embargo actualmente el comercio es un concepto insuficiente para el contenido del Derecho Mercantil, lo que es de consenso general en la doctrina mercantilista contemporánea. Nos señala el mismo Garrigues que roto el puente entre comercio y Derecho mercantil, los esfuerzos para reconstruirlo han fracasado, porque ni el acto de comercio en sentido objetivo, ni el recurso a un concepto del comercio, han servido para aproximar de nuevo al Derecho mercantil y al comercio (*Curso*, cit., pág. 20). Por ello aún los mantenedores de esta orientación –conscientes del carácter histórico del Derecho mercantil– señalan que la precisión de lo que se entiende por comercio y de lo que se asimila a él va variando constantemente en el curso de la historia, por lo que dicha precisión ha de hacerse teniendo en cuenta el ordenamiento positivo vigente en cada momento. NORMAND SPARKS nos describe en mucho la orientación de la doctrina:

Esta *universalidad* del Derecho mercantil entendida como fuerza expansiva de un derecho uniforme más allá de las fronteras nacionales, no ha sido la misma en todas las etapas históricas en que se desarrolló el Derecho mercantil, ocurriendo lo mismo con la característica de la *especialidad*⁶. Lo cual bien justifica una revisión histórica del surgimiento de esta disciplina que nació con la impronta de la internacionalidad, ya que muchos de los problemas que ahora abordaremos tuvieron solución en el pasado. Y si bien reza la sentencia de que “Toda historia es prólogo”, en el caso del Derecho mercantil el prólogo se extiende, debido a que la nota de historicidad aparece en nuestra disciplina de forma más acusada que en otras⁷ por lo que es necesario remontarnos al contexto que le dio origen para entender su continuidad histórica. Así enten-

Los ejercicios de constante estiramiento a que se sometió la disciplina la llevaron a divorciarse del comercio. Los esfuerzos de dar cabida en el concepto de comercio a actividades que le son ajenas en lo jurídico y en lo económico se agotan infructuosamente con el mismo cansancio que debió sentir Procusto cuando estiraba a sus víctimas. Comprender a la industria como parte del comercio, aun al amparo del artificio de considerar que la transformación de los bienes es un elemento indiferente a la intermediación que realiza el artesano o el industrial; acoger en el Derecho mercantil a la agricultura y a las actividades extractivas, pretextando que adoptan formas societarias y operan en escala, y otros muchos casos, crean desde antaño un disloque, imposible de conciliar, que hace que el Derecho Mercantil deje de ser el Derecho del comercio. Vid. NORMAND SPARKS, Enrique, *Una Nueva Concepción del Derecho Mercantil*. En Gaceta Jurídica, Lima, 1999, t. 63-B, pág. 12.

- ⁶ Suele atribuirse al Derecho mercantil la característica de la «especialidad» y al mismo tiempo la de la «universalidad». La primera característica se le atribuye en el ámbito estatal con respecto a la restante normativa del Estado, y en el más específico ámbito del derecho privado con respecto al derecho civil. La segunda característica le viene conferida a nivel supraestatal, a acusa de su reconocida fuerza expansiva, como derecho uniforme más allá de las fronteras nacionales. Por este carácter el derecho mercantil aparece como la partición más clara del derecho. Separado de la realidad política nacional, el derecho mercantil se vincula al mercado como entidad puramente económica. Se trata de una separación más acentuada que la propia del derecho del derecho privado en general. No es sólo la visión de la sociedad civil separada de la sociedad política, que inspira la concepción tradicional del derecho privado, sino la idea de una «sociedad económica» autónoma de la propia sociedad civil. GALGANO, F. *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1980, pág. 23; La especialidad se asociaba a la «aplicabilidad universal» del derecho mercantil (mientras que el «derecho civil no permitía en general superar un cierto límite territorial»). Así se favorecía el proyecto de un mercado mundial sostenido por las normas, ciertas y uniformes, de un derecho mercantil cosmopolita. Su Universalgeschichte des Handelsrechts- historia que se interrumpe a principios de la edad moderna- confirma la opinión de que «a la naturaleza cosmopolita del comercio, que tiende a una economía mundial con una división internacional del trabajo, le corresponde la rápida formación, internacionalmente uniforme, del derecho mercantil y la continuidad subsiguiente del desarrollo histórico». GALGANO, F. *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 25.

- ⁷ Vid. SANCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, v.1, 2000, pág. 14.

dido, la historiografía jurídica nos informa que el Derecho Mercantil quedó consolidado en un momento histórico en que en Europa prevalecía la disgregación social y política; y en la que la costumbre adquirió una grandísima importancia, junto y por encima del Estado. Debiendo agregarse, más específicamente que en razón de las constantes y activas relaciones en el ámbito de intercambio comercial entre las distintas ciudades medievales; los usos y prácticas que constituían el Derecho Comercial trascendían incluso el ámbito territorial en que dichas ciudades ejercían su jurisdicción. Esta transcendencia de los usos y costumbres conocida como “lex mercatoria” tuvo como base un proceso de armonización para poder ser aceptado por la clase comerciante⁸. Así, un claro ejemplo de ello lo tenemos en El Libro del Consulado del Mar⁹, que en el capítulo CCXCVI principia como sigue: “Cada uno de los mercaderes y otras personas que así opinan, mantiene y proclama de buena fe su parecer, y en ese sentido se le debe admitir. Y por ello nuestros antiguos antecesores que primero recorrieron el mundo, viendo y oyendo tales opiniones en *diferentes lugares y países*, deliberaron, previo consejo y acuerdo entre ellos, de qué manera podrían *suprimir y vencer su diversidad*. Todo ello con intención de *evitar ocasiones de disputa y dificultades* entre los patrones y los mercaderes, y con otras personas que tuvieran que tratar con ellos por alguna razón. Por lo cual, sin perdonar fatiga y sin negligencia alguna, para ganar mérito ante Dios y estimación y gracia de las gentes y para *evitar litigios y diferencias*, declararon y dejaron establecido lo que en este capítulo se contiene y ordena”.

Estas líneas nos reflejan en buena medida, el sentir de los comerciantes de la época en su toma de conciencia de la necesidad de uniformizar su derecho. Sin embargo, al ingresar a la edad moderna se quiebra la tendencia a la uniformidad del Derecho mercantil por la aparición de los Estados nacionales. Se produce así una escisión del Derecho uniforme, que va a cristalizar en ordenamientos nacionales diferentes. La unidad se encierra en las fronteras de cada Estado y se acentúa la nacionalidad sobre la internacionalidad. En el fenómeno

⁸ La Unidad de las normas consuetudinarias que el Libro consolida no es algo espontáneo, sino que responde a un proceso de unificación, para vencer la diversidad inicial y evitar las dificultades que de éstas derivan. El Derecho no nace igual en su origen, en diferentes lugares, sino que va superando diferencias iniciales, en virtud de esa tendencia a la universalidad, más notoria aún en el que regula el tráfico marítimo. Vid. OLIVENCIA, *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*, cit., pág. 21.

⁹ El famoso Libro del Consulado del Mar (obra de magistrados de Barcelona) fue la más completa colección medieval de usos marítimos y alcanzó vigencia durante varios siglos en todos los puertos del Mediterráneo, por lo que bien se señala que fue la forma en que España contribuyó al nacimiento y desarrollo del Derecho Mercantil.

meno de expansión territorial de los Estados, se observa más una "universalización de lo nacional"; el Derecho Real, de emanación soberana, va desplazando al Derecho romano y al canónico, los potentes elementos de cohesión entre los diferentes ordenamientos nacionales¹⁰. De esta manera la nota de universalidad que caracterizó al Derecho mercantil durante el medioevo, se vio gravemente menguada con la aparición del Estado Moderno y las codificaciones nacionales¹¹, pues con la formación de los grandes Estados nacionales y con la constitución de cada uno de ellos de un fuerte poder central, el Derecho Mercantil comenzó a ser disciplinado por el Estado moderno, a través de las "ordenanzas." Desapareciendo entonces la unidad del Derecho Mercantil Europeo, anteriormente sometido a una disciplina substancialmente uniforme en todos los países civilizados. El Código de comercio, sería reflejo de unidad, uniformidad y universalidad "ad intra", mientras que "ad extra" se consagraba la diversidad entre los ordenamientos mercantiles.

Pero, como se había señalado el carácter histórico del Derecho mercantil, la condiciona a una adaptación necesaria a las circunstancias económicas de un momento histórico determinado, y al cambiar el contexto histórico se quiebra el modelo codificado y con ello, se da la pérdida progresiva del carácter nacional de este último. Ajenas por voluntad de sus redactores a las necesidades del tráfico internacional, las previsiones normativas que en él se contienen son incapaces de aprehender y regular los nuevos hechos, y que como consecuencia del paulatino incremento de los intercambios comerciales entre los diferentes países impulsan una tendencia cada vez más acentuada hacia la internacionalidad. Fruto de éste desarrollo ha sido el creciente y sostenido desenvolvimiento de un Derecho Mercantil Internacional, que pone fin a esta orientación puramente "nacionalista" del Código.

Surge entonces la preocupación por superar la diversidad legislativa de las naciones y al logro de la tan deseada unificación del Derecho mercantil internacional dedican sus mejores esfuerzos organismos internacionales gubernamentales como privados. Así tenemos a la Comisión de las Naciones Unidas

¹⁰ Vid. OLIVENCIA, *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*, cit., pág. 23.

¹¹ Las corrientes nacionalistas, que dominan toda la Edad Moderna, van a desembocar en el movimiento codificador. El Código, como cuerpo único y sistemático de normas, responde a unas concepciones "racionalistas" y "nacionalistas" del Derecho, a la idea de que la unidad orgánica de un solo texto debe superar la irracional dispersión normativa y de que la nacional tiene reflejo jurídico en la unidad legislativa que ese "corpus" unitario representa. Ibid.

para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL)¹² quien tiene la misión de reducir o eliminar los obstáculos legislativos en el comercio internacional. Cumpliendo dicha misión mediante la dación de Convenciones para ser integradas en el derecho interno y Leyes Modelo, que sirven de referencia a los legisladores del mundo, en el momento de dictar sus normas nacionales. De esta manera se tiende a una armonización mundial del comercio internacional por dos vías con los países que conforman las Naciones Unidas. Pero CNUDMI-UNCITRAL no es el único organismo en esta labor, también tenemos al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)¹³ y en el ámbito privado a la Cámara de Comercio Internacional, International Law Association, Comité Marítimo Internacional, entre otros organismos de carácter regional o comunitario, siendo labor de CNUDMI-UNCITRAL coordinar las tareas de los diversos organismos. Este trabajo de uniformización es calificada por la doctrina como un enlace a los orígenes del Derecho mercantil en la que se está dando el resurgimiento de la "lex mercatoria"¹⁴, a fin de impulsar el comercio internacional, tal como lo era en el comercio medieval. Queda entonces la interrogante de cuál es la labor de los Estados de hoy en este proceso de uniformización a propósito de los procesos

¹² La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) fue establecida por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966). La Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las legislaciones nacionales que regían el comercio Internacional creaban obstáculos al flujo del comercio. Consideró que la Comisión constituiría un instrumento mediante el cual las Naciones Unidas podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos. Por consiguiente, encomendó a la Comisión el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresiva del Derecho mercantil internacional. Desde ese momento la CNUDMI-UNCITRAL se ha convertido en el principal órgano jurídico del Sistema de las Naciones Unidas en el área del Derecho mercantil internacional.

¹³ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) fue creado en 1926 bajo el auspicio de la Liga de Naciones; actualmente es una institución intergubernamental independiente compuesta por 56 Estados miembros con sede en Roma.

¹⁴ Es interesante apuntar el uso de la expresión *Lex Mercatoria* para referirse al Derecho Mercantil Internacional, pues esta expresión — que se usaba en la Edad Media para referirse al régimen jurídico de los comerciantes — parece reivindicar no sólo el carácter internacional del Derecho Mercantil, sino su naturaleza como derecho especial para la actividad económica del comercio. Señala OLIVENCIA que la denominación del fenómeno pretende enlazar con los orígenes del Derecho mercantil, nacido de la práctica de los mercaderes en el ámbito de la contratación; un Derecho convencional del que trajo causa la costumbre, como fuente primaria del ordenamiento especial. Vid. *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*, cit., pág. 51.; GONDRA ROMERO, J.M., *La Moderna Lex Mercatoria y la Unificación del Derecho del Comercio Internacional*. R.D.M, 127, 1973, pág. 738; SANCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones del Derecho Mercantil*. Madrid, cit., pág. 27.

de integración económica¹⁵ que se gestan para crear condiciones favorables al comercio de determinadas áreas, esto es, además de recepcionar la labor de los organismos internacionales mencionados vía convenciones o adoptando leyes uniformes. Es aquí donde se hace necesario dar apuntes sobre otra tendencia contemporánea del Derecho mercantil.

3. Tendencia Publicista del Derecho Mercantil y su relación con los Procesos de Integración Económica

Pensar en una tendencia publicista del Derecho mercantil suena en primer lugar a desatino, pues el Derecho mercantil desde sus orígenes fue considerado un derecho especial o de excepción dentro del Derecho privado, pero en vista, que ni lo especial, ni lo privado ha permanecido incólume o al menos libre de cuestionamientos conviene hacerle espacio a este apartado y explicarlo como parte de los cambios suscitados a lo largo del siglo XX, en la que la fisonomía individualista y liberal que se tenía del Derecho mercantil, se vio sustituido por una tendencia socializadora, en donde el Estado comenzó a ejercer la supervisión de las actividades económicas¹⁶.

Las graves consecuencias económicas y sociales -crisis económicas encadenadas, empobrecimiento progresivo de las clases menos favorecidas- anudadas a este proceso general terminaron provocando, como no podía ser de otra forma, un cambio de actitud del Estado liberal frente a la economía¹⁷. Del inhibicionismo inicial se pasa a posiciones cada vez más beligerantes en aras de la corrección de las disfuncionalidades del sistema y de una más equitativa y justa distribución de la riqueza. Bien es verdad que el Estado liberal nunca se limitó del todo a una estricta labor de policía y fomento, y su teórica neutralidad

¹⁵ La integración económica es un medio y no un fin, ya que permite alcanzar un mayor desarrollo económico sostenible y éste, a su vez, satisface mayores necesidades de consumo de nuestros pueblos y, por esta vía, contribuye a un mayor bienestar general. Vid. CONESA, Eduardo, *Conceptos Fundamentales de la Integración Económica*. En Integración Latinoamericana, INTAL Buenos Aires, N° 71, 1982, pág. 4.

¹⁶ A través del establecimiento de normas imperativas aplicables a aspectos centrales de la relación negocial, la política legislativa se ha propuesto resueltamente reforzar la posición de los consumidores en la economía del mercado mediante una batería de disposiciones normativas -en la que el desarrollo de la libre competencia, la sanción de la publicidad engañosa y la protección industrial ocupan una posición destacada- en la inteligencia de que la supuesta soberanía del consumidor y su libertad de elección se encuentran gravemente disminuidos.

¹⁷ Se dio una lenta penetración de las ideas sociales y la progresiva intervención del estado en el ámbito de actuación que tradicionalmente estaba reservado a la autonomía privada. Vid. MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Derecho Comercial*, Lima, t. 1, 1973, pág. 387.

en el campo económico se vio históricamente desmentida con diversas fórmulas de intervención, en un principio puramente ocasional y asistemática y más tarde continuada y reflexiva hasta configurarse una tendencia distinta y nueva, en la que el Estado asume la función de control y orientación de la economía. Como manifestación de la actividad intervencionista de los poderes públicos en la actividad económica, el derecho de la economía se proyecta en principio sobre un arsenal normativo de naturaleza jurídico-público, de rango heterogéneo, en el que se enuncian y desarrollan los principios y libertades económicas fundamentales en las que se integra en diverso grado la disciplina jurídico-privada mercantil de la empresa, como actividad y como organización¹⁸. Esta orientación del Derecho mercantil pronto tendría el repaso histórico, ya que en las últimas décadas se ha dado un movimiento de signo opuesto que conlleva a una significativa restricción de la participación del Estado en la vida económica con la subconsecuente reducción del sector público. Así se potencia el libre acceso al mercado y la libre competencia poniéndose en práctica un ambicioso programa de liberalización de determinadas actividades económicas, supresión de controles administrativos en consonancia con la apertura de los mercados nacionales y la libertad de circulación de personas, capitales, mercancías y servicios, y sobre todo, un intenso proceso de privatización de empresas públicas, que se ha dado sin perjuicio de seguir confiando al Estado la función de vigilante y garante del ordenamiento jurídico, con el fin de evitar los excesos inherentes a todo sistema autonormativo.

Todo este cambio de paradigmas ha llevado a una tendencia de "publicación" de este sector mercantil, lo cual ha devenido en el reconocimiento de otra disciplina como lo es el Derecho económico, así como de su vertiente internacional¹⁹, con quien el Derecho mercantil comparte un límite no muy claro por hechos heterogéneos. Y siendo que los procesos de integración económica son parte de la temática del Derecho económico internacional es bueno dejar por aclarado que si bien las empresas privadas se convierten en

¹⁸ Este cambio de actitud del Estado en materia económica tiene una muy destacada proyección jurídica hasta el punto de que, tanto el sistema como los modelos sociales, son objeto de sanción constitucional. Así con plena justificación ha llamado la atención de los juristas ese conjunto de normas de Derecho Público que viene insertándose gradual e inexorablemente dentro del Derecho Privado a la vez que se produce de esta suerte el nacimiento del Derecho económico y del llamado Derecho constitucional económico, y con ello la mejor doctrina nos habla de la Teoría de Concurrencia, magistralmente desarrollada por Tullio Ascarelli. Vid. VALLE TEJADA, José, *La Autonomía del Derecho Mercantil y su Crisis*, Lima, 1987, pág. 210.

¹⁹ Vid. HERDEGEN, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Medellín, 1998, pág. 21 y ss.; ULISES MONTOYA, Alberti, *Derecho Económico*, Lima, 1966, pág. 92 y ss.

objetivo de los intereses estatales a fin de favorecer el comercio en un determinado bloque económico, son las relaciones entre los actores de comercio empresa-empresa, lo que permanece en el campo del Derecho privado patrimonial, y más específicamente al campo del Derecho mercantil.

La integración económica internacional ha pasado a ser paulatinamente objeto de investigación económica y jurídica, siendo el punto de partida las fórmulas elementales de carácter bilateral. En ellas juega básicamente el principio de reciprocidad entre los Estados. Implicando, entre otras cosas, el compromiso político de negociar una reducción de sus respectivos niveles de dirigismo e intervención en el sector del comercio exterior, creando comisiones ad hoc que garanticen la flexibilidad y continuidad de tales relaciones económicas. A partir de ahí se ha ido avanzando hacia sistemas más complejos de carácter multilateral, caracterizados por el deseo de eliminar toda clase de discriminaciones por razón del origen de las mercancías a través de preferencias aduaneras generalizadas y mediante el reconocimiento del principio de nación más favorecida. Se introduce de esta suerte un nuevo parámetro de racionalidad económica destinado a ordenar el sector de las relaciones internacionales.

4. Procesos de integración en las Américas

La región de las Américas no es ajena a los procesos de integración. La creación de la Comunidad Económica Europea por el Tratado de Roma²⁰ preocupó a los países de América Latina como una eventual posibilidad de cierre de los importantes mercados de Europa Occidental a los productos latinoamericanos y las reacciones no se dejaron esperar. Desde los años cincuenta se presentaron los primeros planteamientos integracionales, los cuales se materializaron en los años sesenta con la creación del Mercado Común Centroamericano²¹ (MCC), la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio²² (ALALC) y el Grupo Andino²³.

²⁰ El Tratado de Roma suscrito el 25 de marzo de 1957 significó al interior de la Comunidad la supresión de toda frontera económica. Este tendría como antecedente primigenio la unión aduanera formada en 1948 por Bélgica, Holanda y Luxemburgo a lo cual se le conoce con la sigla de "Benelux". Conformándose ese mismo año la Organización para la Cooperación Económica Europea con diecisiete miembros de la Europa Occidental.

²¹ El Mercado Común Centroamericano (MCC) tiene como precedente el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana firmado el 10 de junio de 1958. Concretándose formalmente el MCC el 13 de diciembre de 1960 entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

²² La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) del 18 de febrero de 1960 (Tratado de Montevideo) surgió de una labor previa de los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile

Pero mientras el Tratado de Roma, significó en el hecho material de su suscripción el cierre de un ciclo histórico que prácticamente ya se había cumplido, en América Latina, en cambio, tanto el Tratado General de Integración Económica Centroamericana (MCC) como el Tratado de Montevideo de 1960 significaron por el contrario la apertura de un nuevo ciclo²⁴. En los años setenta se formaría la Comunidad del Caribe (CARICOM) con la misma perspectiva de esa primera oleada regional, aunque en un marco de mayor institucionalidad a la integración, en la que se crean centros de estudios y consulta como el Sistema Económico Latinoamericano (SELA)²⁵, el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL)²⁶, además que ante la falta de concreción de los objetivos de la ALALC se la reemplaza por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)²⁷. Todo este esfuerzo por tratar de madurar los procesos de integración, no impidió que en la siguiente década de los ochenta, con motivo de la aplicación de los planes de ajuste y de la transferencia neta de recursos fuera de la región, América Latina y el Caribe vivieran un período de estancamiento de los procesos de integracionistas.

y Uruguay, y de los estudios efectuados al efecto por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL). Siendo el propósito del Tratado ALALC el establecimiento de una zona de libre comercio que deviniera en un mercado común latinoamericano, con lo cual se solucionara también el problema de renegociación de los acuerdos preferenciales entre los estados sudamericanos que estaba en colisión con la cláusula de nación más favorecida, esencia del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en vigor desde 1948.

- ²³ Comunidad Andina de Naciones (CAN) o Grupo Andino (GRAN) se pudo materializar con la firma del Acuerdo de Cartagena en mayo de 1969 entre Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y Colombia.
- ²⁴ QUINTANA FERREIRA, Francisco, *El Derecho cambiario y las zonas de libre comercio latinoamericanas*. Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, INTAL, Buenos Aires, 1967, pág. 439.
- ²⁵ El Sistema Económico Latinoamericano (SELA) se crea en 1975 como organismo latinoamericano y caribeño de consulta, cooperación, coordinación y promoción económica y social constituido en la actualidad por 28 estados miembros.
- ²⁶ El Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe (INTAL) fue creado en 1965 por acuerdo suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Gobierno de la República Argentina. Desde el punto de vista institucional el INTAL forma parte del Departamento de Integración y Programas Regionales del BID. A lo largo de más de 30 años ha desarrollado tareas de investigación, cooperación técnica a gobiernos e instituciones en los ámbitos académico y empresarial y capacitación en apoyo a los procesos de integración y cooperación regionales.
- ²⁷ La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) se crea con el nuevo Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980, suscrito por los mismos once países que formaban parte de la ALALC: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La nueva oleada regional²⁸ que se vive en los noventa, en cambio, difiere en mucho al anterior proceso integrador dado en las Américas pues forma parte de una transformación estructural mundial como es la globalización, dándose un fenómeno subregional con particularidad única y en el que aparecen nuevas formas integracionales disímiles entre sí desde su dinámica regional, lo cual se aprecia en el NAFTA²⁹ y el MERCOSUR³⁰, bloques liderados por países que pudieron desarrollar sus economías con respecto a los demás países del hemisferio. En ese sentido surge en 1994 la propuesta desde la Cumbre de las Américas para la conformación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que pudiera reunir a los países y bloques regionales del hemisferio en aras de un mayor desarrollo económico, eliminando progresivamente las barreras al comercio y la inversión. Al respecto se han pronunciado sobre su viabilidad tanto a favor como en contra diversos autores y si bien la suscripción de su conformación la tenemos para el 2005, son ya muchas las reacciones que se han tenido en los diversos países a fin de llegar a su firma como parte de un bloque con capacidad de negociación. Si bien dicha disyuntiva excede de lo propuesto en este trabajo, es necesario dar apunte pues de lograrse concretar esta zona de libre comercio hemisférico, el siguiente paso es madurar como proceso de integración a una unión aduanera³¹ y luego a un

²⁸ Vid. BJØ RN HETTNE, *El nuevo regionalismo y el retorno a lo político*. En Revista de Comercio Exterior, México, vol. 52, N° 11, noviembre 2002, ps. 954-965.

²⁹ "ALCAN" o Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, también conocido como "NAFTA" (North American free Trade Agreement), simplificado ahora como TLC, fue suscrito el 17 de diciembre de 1992 entre Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México.

³⁰ El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) considerado, en líneas generales, como un acuerdo multilateral internacional de naturaleza político-económica en el que los Estados firmantes del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) expresaron su voluntad de integrar sus economías nacionales en un único espacio aduanero y en cuyo proceso también se encuentran involucrados actualmente, como Estados asociados, Bolivia y Chile, tras la firma en 1996 del Acuerdo de Complementación Económica constituyendo una Unión aduanera imperfecta que camina a un mercado común.

³¹ Hasta hace pocos años, las etapas de integración comercial se consideraban como procesos lineales. Es decir, primero se forma una zona de libre comercio (grupo de países geográficamente cercanos que eliminan los aranceles de importación a su comercio intrarregional) y luego, los países miembros adoptan un arancel externo común (tasas arancelarias iguales para importaciones provenientes de otros orígenes). La experiencia ha demostrado que, especialmente en países en desarrollo, estas dos etapas no siempre deben ser independientes, sino simultáneas. Esto se debe a que, cuando existe una zona de libre comercio y no aranceles externos comunes, la inversión se orienta hacia países con menores aranceles, dándose una distorsión de las relaciones comerciales y de forma indirecta a un rearme de signo intervencionista en los restantes países mediante la adopción de medidas restrictivas en relación con los productos procedentes de la zona de librecambio.

mercado común³², en donde se puedan coordinar leyes en materia de derecho mercantil que puedan regir para todo el bloque hemisférico, lo cual facilitaría el comercio entre los actores de mercado en las Américas. Lo que no puede ser de otro modo pues los procesos de integración económica crean las condiciones para desarrollar un comercio, quedando en segundo punto que los empresarios puedan hacer uso de estos canales y ello no se logrará si no se marcha con una legislación mercantil tendiente a ser uniforme, lo cual se convierte en una necesidad lejos de ser una pura ilusión doctrinaria. Ya que si bien la uniformización o universalidad total del Derecho mercantil en las Américas como en el resto del mundo no deja de ser por el momento "un debe ser", a medida que se avance en los procesos de integración estaremos más cerca de su consecución, como es el caso de la Unión Europea que se orienta a una integración económica completa.

En las Américas de hoy, se esta dando un primer paso para integrarse hemisféricamente y esta integración exige armonización, atendiendo a que toda integración económica demanda una integración jurídica, sobre todo del Derecho aplicable directa o indirectamente al comercio, desde el campo del derecho público como del Derecho privado³³. Lo que resulta empero evidente, ya que sin una previa infraestructura jurídico-organizativa no existe posibilidad alguna de integración económica internacional. En ello nos sirve de referencia la experiencia europea en la que a lo largo de un cuarto de siglo sus juristas se centraron casi de forma exclusiva a los problemas de creación del ordenamiento europeo, sin hacer apenas referencia alguna a los problemas de su aplicación.

Así en la integración de las Américas no debemos olvidar que tan solo en el campo del Derecho mercantil hay una basta agenda pendiente tanto en ma

³² Esto es la creación de un espacio económico ampliado, en el que los operadores económicos actúan en condiciones análogas a las de un mercado nacional, merced no sólo a la elaboración de políticas comunes en los sectores agrícolas y de transporte sino, de forma especial, a través de mecanismos destinados a asegurar la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. La instauración de un Mercado Común plantea como primera y elemental cuestión el problema de si cabe confiar a las propias fuerzas del mercado la ejecución de este proceso de integración o si se hacen precisas por el contrario medidas estatales de política económica que coadyuven a la prosecución de los objetivos propios de esta última.

³³ Aún cuando existe una íntima relación entre la actividad económica del comercio y el contenido conceptual del Derecho Mercantil, debe quedar claro que no toda la actividad comercial se encuentra necesariamente regulada por el Derecho Mercantil y que por otra parte, la normatividad del Derecho Mercantil comprende muchos aspectos y situaciones que en sentido estricto no tiene un contenido propio de la actividad económica del comercio.

señala Olivencia que lo "mercantil" no se refiere, desde luego, a la delimitación de una rama especial del Derecho, distinta al civil o común. Es lógico que así sea. En primer lugar, porque esa distinción del Derecho Patrimonial privado en común (civil) y especial (mercantil) no existe en todos los ordenamientos y, cuando existe, no responde a los mismos criterios de clasificación. Por ello UNCITRAL no ha querido, deliberadamente, entrar en esa delicada cuestión, más aún, la ha considerado indiferente a los efectos de calificar las relaciones que somete al ámbito de aplicación de las normas por ellas formuladas. Así el Derecho procedente de la elaboración de UNCITRAL es, por su materia, un Derecho del tráfico patrimonial, mobiliario, más que un "Derecho mercantil" especial en el sentido que entre nosotros tiene esta expresión³⁷.

Encontramos entonces congruencia al postular la tendencia a la universalidad o uniformidad del Derecho mercantil no solo a nivel hemisférico sino mundial, pues el sistema del common law también se encuentra incluida en ella, quizás como una nueva forma de particularismo que nos trae la vieja idea de un derecho mercantil "apolítico". Lo que también encontramos en el Tratado de Roma cuando se relanzó en Europa el proyecto de un derecho mercantil uniforme (lo que fue percibido por Tullio Ascarelli)³⁸. Proyecto que fue tomando piso con las diversas directivas comunitarias en distintos sectores del Derecho mercantil, siendo la interrogante actual de sus juristas de si, ya existe, con todo ello, un Derecho mercantil europeo, lo cual no deja de tener una respuesta afirmativa³⁹. Eso si, entendiéndose al Derecho mercantil como parte del Dere-

³⁷ Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., *Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil*, cit., pág. 40.

³⁸ GALGANO, F. *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pág. 16.

³⁹ El interrogante de si en estos momentos existe ya un Derecho Mercantil Europeo formula en términos un tanto sumarios, pero no inexactos, un viejo problema que desde hace años viene planteándose a los cultivadores del Derecho Mercantil interesados en los procesos de integración económica europea, a saber: si a estas alturas, cuando han pasado más de cuarenta años de la aprobación del Tratado fundacional de la CE, en 1957, cabe establecer algún tipo de conexión funcional entre la normativa comunitaria y el proceso institucional de la integración económica europea. Se trata por tanto de verificar si en la actualidad existe un proceso de unificación jurídica -semejante al que tuvo lugar en el continente europeo desde la baja Edad Media hasta el siglo XVIII, con el nombre de *lex mercatoria*- destinado a crear un *ius commune* en torno al fenómeno de la empresa. Bien es cierto que las particularidades nacionales y la existencia de ordenamientos dispares no han favorecido este acercamiento. Pero no es menos cierto que esta «exploración de la diversidad» se ha llevado a cabo desde una formación jurídica común, con un lenguaje científico común y merced al apoyo otorgado por una literatura especializada que pertenece a una tradición jurídica común.

cho privado más que como derecho separado o contrapuesto al Derecho civil, pues la creación de un mercado único (como es el caso europeo) necesita de la unificación del derecho privado, al menos en lo que se refiere al Derecho Mercantil y demás materias relevantes para el tráfico económico, lo que no es otra cosa que un Derecho patrimonial privado.

En el plano práctico, vemos con mayor claridad que la universalidad del comercio viene aparejada con la tendencia a la universalidad del Derecho mercantil, no siendo los sistemas jurídicos un obstáculo real, ya que los actores del mercado (empresarios) hacen uso desde el civil law de muchos los tipos contractuales que han tenido su origen en el common law⁴⁰, dándose una suerte de adecuación, aun cuando no exista normativa de referencia, quedando gran parte como figuras atípicas en el que presta su auxilio el Arbitraje Internacional para la solución de conflictos, lo que deja todo en el campo del Derecho Mercantil.

6. Nota conclusiva.

La globalización de los mercados trae consigo “la urgencia por unirse”, esto es algo a lo cual no podemos sustraernos, lo que no quiere decir que se circunscriba permanentemente en un área regional o continental sino que a largo plazo la tendencia es mundial, como lo es el comercio y como apunta a serlo el derecho que lo regula desde el campo privado. Lo cual no es un postulado nuevo, pues ya Vivante subrayaba la creación de un solo mercado mundial, pero hace falta que los bloques maduren en mercados comunes. Así la tendencia universal del Derecho mercantil, que es uniformidad esencialmente cosmopolita, podrá apreciarse cuanto más se avancen en los procesos de integración económica, que en el caso de las Américas ha vuelto con dinamismo renovado y al que hay que dar tiempo a que madure en su unidad, uniformidad y universalidad que solo se logra en un mercado común real, en el que los actores del mercado puedan realmente utilizar los canales creados para desarrollar ese comercio y puedan utilizar un instrumental jurídico uniforme, sólo así se podrá hablar en voz alta de la universalidad del Derecho mercantil en las Américas.

⁴⁰ Al estudiar la naturaleza jurídica de los nuevos tipos contractuales se debe tener siempre muy presente que muchos de ellos tienen su origen en el *common law*, por ende, identificarlos con los tipos negociales pertenecientes al sistema del *civil law* poco o nada ayuda para conocer la esencia de cada uno. Vid. LEYVA SAAVEDRA, José, *Factoring*, Lima, 2001, pág. 63.