



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

“REGLAS GENERALES DE APLICACIÓN COMÚN  
A LOS CONTRATOS MERCANTILES  
INTERNACIONALES: UNA TEORÍA PARA LA  
UNIFICACIÓN”

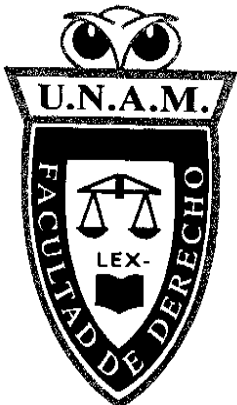
T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A:

OSCAR VÁSQUEZ DEL MERCADO  
CORDERO

TUTOR PRINCIPAL: DR. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN



CIUDAD UNIVERSITARIA, agosto de 2008.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A

Rosi

Ana María y Oscar

María Guadalupe y Oscar

Rodrigo y José Luis

A

Fernando Serrano Migallón

Ruperto Patiño Manffer

Fabián Mondragón Pedrero

Jesús de la Fuente Rodríguez

Raúl Contreras Bustamante

Julián Güitrón Fuentevilla

Genaro David Góngora Pimentel

**“REGLAS GENERALES DE APLICACIÓN COMÚN A LOS  
CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES: UNA  
TEORÍA  
PARA LA UNIFICACIÓN”**

**INDICE**

	<b>Pág</b>
INTRODUCCION.....	1
..	

**CAPÍTULO PRIMERO  
ORIGEN Y EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL**

I.-	Origen	del	7
Comercio.....			
A.		<b>Pueblos</b>	15
Antiguos.....			
1.-			16
Egipto.....			
2.-			18
India.....			
3.-			19
China.....			
4.-			20
Babilonia.....			
5.-			20
Fenicia.....			
6.-			21
Cartago.....			
7.-			22
Grecia.....			
8.-			24
Roma.....			
B.		<b>Edad</b>	26
Media.....			

1.-	<b>Desarrollo</b>	del	27
<b>Comercio</b> .....			
a)		La	28
<b>Iglesia</b> .....			
b)		Las	28
<b>Cruzadas</b> .....			
c)		Las	29
<b>Ferías</b> .....			
c)		Las	31
<b>Bolsas</b> .....			
d)	<b>Gremios</b>	<b>y</b>	<b>corporaciones</b>
		de	31
<b>comerciantes</b> .....			
2.-		Lex	33
<b>Mercatoria</b> .....			
C.		<b>Pueblos</b>	35
<b>Modernos</b> .....			
1.-			37
<b>Portugal</b> .....			
2.-			38
<b>España</b> .....			
3.-			39
<b>Holanda</b> .....			
4.-			42
<b>Inglaterra</b> .....			
5.-			46
<b>Francia</b> .....			
II.	<b>Codificación</b>	<b>del</b>	<b>Derecho</b>
<b>Mercantil</b> .....			
A.	<b>Código</b>	<b>de</b>	<b>Comercio</b>
			<b>Francés</b>
			<b>de</b>
			<b>1807</b> .....
B.	<b>Código</b>	<b>de</b>	<b>Comercio</b>
			<b>Español</b>
			<b>de</b>
			<b>1829</b> .....
.....			
C.		<b>Common</b>	53
<b>Law</b> .....			
D.		<b>Otras</b>	55
<b>Codificaciones</b> .....			
III.	<b>Legislación</b>	<b>Mercantil</b>	56
<b>Mexicana</b> .....			
A.		<b>Época</b>	56
<b>Prehispánica</b> .....			
B.		<b>Época</b>	60
<b>Colonial</b> .....			
C.		<b>Época</b>	65

Independiente.....		
<b>D.</b>	<b>Antecedentes</b>	<b>67</b>
<b>Constitucionales.....</b>		
1.- Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.....		68
2.- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.....		70
3.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.....		72
4.- Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836.....		75
5.- Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.....		78
6.- Constitución Federal de los estados Unidos Mexicanos de 1857.....		78
7.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....		81
<b>E.</b>	<b>Fuentes del Derecho Mercantil</b>	<b>87</b>
<b>Mexicano.....</b>		
1.- Legislación.....		90
2.- Costumbres y usos.....		94
4.- El caso de la jurisprudencia y la doctrina.....		98

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES**

<b>I.- Origen y evolución de las fuentes generadoras de obligaciones mercantiles.....</b>	<b>101</b>
<b>A.- Pueblos antiguos.....</b>	<b>101</b>
1.- Babilonia.....	102
2.- Egipto.....	103
3.- Grecia.....	107
4.- Roma.....	109
5.- Rodas.....	113
6.- Fenicia.....	113
7.- Cartago.....	113
8.- Otros.....	116
<b>B.- Reglamentación de Prácticas Comerciales.....</b>	<b>118</b>
1.- Leyes de Olerón.....	118

2.- Leyes de Rodas .....	120
3.- Ordenanzas de Colbert .....	122
4.- Lex Mercatoria.....	124
5.- Carta Mercatoria.....	126
6.- Estatuto de Saple.....	128
7.- Nueva Lex Mercatoria.....	129
<b>II.- Fuentes Generadoras de Obligaciones Mercantiles.....</b>	<b>132</b>
A.- Ley.....	135
B.- Usos y costumbres.....	139
C.- Nueva Lex Mercatoria.....	145
D.- Convenios, Acuerdos y Tratados Internacionales.....	146
E.- Contratos Mercantiles.....	154
F.- Doctrina.....	156
G.- Jurisprudencia.....	158
H.- Otras Fuentes.....	160
<b>III.- Obligaciones Mercantiles.....</b>	<b>160</b>
A.- Concepto.....	161
B.- Naturaleza Jurídica.....	163
C.- Clasificación.....	164

**CAPÍTULO TERCERO**  
**MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**  
**MERCANTILES INTERNACIONALES (MASCMI)**

I.-	La	impartición	de	167
justicia.....				
II.-Formas	de	solución	de	172
controversias.....				
III.-	Los	MASCMI	en	la
mexicana.....				legislación
A.-				Referencia
histórica.....				177
B.-		Derecho		positivo
vigente.....				179
C.-	Operadores	de	MASCMI	en
México.....				184
1.- Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.....				184
..				

2.-	Procuraduría	Federal	del	Consumidor	187				
	(PROFECO).....								
3.-	Centro	de	Arbitraje	de	México				
	(CAM).....				191				
4.-	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios				192				
	Financieros (CONDUSEF).....								
5.-	Otros	operadores	de		196				
	MASC.....								
IV.-	Los	MASCM	en	otros	196				
	países.....								
V.-	Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales				198				
	(MASCMI).....								
A.-					199				
	Concepto.....								
B.-				Naturaleza	199				
	jurídica.....								
C.-					200				
	Clasificación.....								
1.-	Conforme	a	la	f fuente	que	les	da	200	
	origen.....								
2.-				Por				su	200
	obligatoriedad.....								
3.-	Con	relación	a	las	partes	que		201	
	intervienen.....								
4.-	Con	relación	a	su	ámbito	de		202	
	aplicación.....								
5.-	Con	relación	a				su	203	
	costo.....								
D.-				Tipos				de	204
	MASCMI.....								
1.-							La	204	
	negociación.....								
2.-							La	205	
	avenencia.....								
3.-							La	206	
	mediación.....								
4.-							La	207	
	conciliación.....								
5.-							El	208	
	arbitraje.....								
E.-	Vías	de	acceso	a				los	209
	MASCMI.....								
1.-							Vía	210	



	Legal.....		
	2.-	Vía	210
	Consensual.....		
F.-	Causas por las que se usan los		213
	MASCMI.....		
G.-	Ventajas y desventajas de los		216
	MASCMI.....		
	1.-		216
	Ventajas.....		
	2.-		218
	Desventajas.....		
VI.-	El arbitraje Comercial		218
	Internacional.....		
A.-			220
	Generalidades.....		
B.-			222
	Concepto.....		
C.-		Naturaleza	223
	Jurídica.....		
D.-	Tipos	de	225
	Arbitraje.....		
	1.-	En	226
	equidad.....		
	2.-	En	226
	derecho.....		
	3.-	De	Derecho 227
	Público.....		
	4.-	De	Derecho 228
	Privado.....		
	5.-		228
	Nacional.....		
	6.-		228
	Internacional.....		
	7.-		229
	Comercial.....		
	8.-		231
	Civil.....		
	9.-		231
	Mixto.....		
	10.-	Consensual	231
	.....		
	11.-	Legal	232
	.....		
	12.-		232

Institucional.....		
13.-	Ad-	233
hoc.....		
14.-		235
Bilateral.....		
15.-		235
Multilateral.....		
E.-	Cláusula	237
Compromisoria.....		
F.-	Laudo	240
arbitral.....		
G.- Legislación internacional sobre arbitraje comercial .....		241
1.-Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales de 1958.....		242
2.- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.....		244
3.-Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros de 1979.....		246
4.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.....		248
H.- Operadores de arbitraje comercial internacional.....		250
1.- Corte Internacional de Arbitraje.....		250

## CAPÍTULO CUARTO

### REGLAS GENERALES DE APLICACIÓN COMÚN A LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

I.	Comercio	254
internacional.....		
A.- Regulación del comercio interior en México.....		255
1.- Artículo 28		256
Constitucional.....		
a).- Prohibiciones.....		257
b).- Excepciones.....		258
c).- Ventajas.....		261
d).- Sanciones penales.....		261
2.- Acto de comercio y		261

	comerciante.....		
B.-	Regulación del Comercio Exterior en México.....		265
1.-	Nueva Ley de Comercio exterior.....		270
2.-	Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional.....		272
3.-	Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TELCAN).....		273
II.	Contratos mercantiles internacionales.....		277
A.-	Contratos típicos y atípicos.....		278
III.	Principales contratos mercantiles internacionales.....		283
A.-	Contrato Joint venture.....		284
1.-	Antecedentes.....		285
2.-	Concepto.....		286
3.-	Naturaleza.....		288
4.-	Clasificación.....		290
5.-	Elementos.....		291
6.-	Flexibilidad y versatilidad.....		294
7.-	Figuras afines.....		296
B.-	Contrato Know how.....		298
1.-	Antecedentes.....		299
2.-	Concepto.....		301
3.-	Regulación en México.....		303
3.-	Relación con otros contratos mercantiles.....		305
C.-	Contrato de licencia de patente o contrato de patente.....		306

1.-						306
	<b>Antecedentes</b> .....					
3.-		<b>Regulación</b>			<b>en</b>	306
	<b>México</b> .....					
a).-						307
	<b>Patentes</b> .....					
b).-		<b>Modelos</b>			<b>de</b>	309
	<b>utilidad</b> .....					
c).-				<b>Diseños</b>		310
	<b>industriales</b> .....					
D.-		<b>Contrato</b>			<b>de</b>	310
	<b>franquicia</b> .....					
1.-						311
	<b>Antecedentes</b> .....					
2.-						312
	<b>Concepto</b> .....					
3.-						313
	<b>Clasificación</b> .....					
4.-		<b>Regulación</b>			<b>en</b>	314
	<b>México</b> .....					
E.-	<b>Contrato</b>	<b>de</b>	<b>comercio</b>	<b>electrónico</b>		316
	<b>internacional</b> .....					
1.-		<b>Comercio</b>		<b>electrónico</b>		317
	<b>internacional</b> .....					
a).-						322
	<b>Antecedentes</b> .....					
b).-						323
	<b>Concepto</b> .....					
2.-	<b>Regulación</b>	<b>en</b>	<b>México</b>	<b>del</b>	<b>contrato</b>	<b>de</b>
	<b>electrónico</b> .....				<b>de</b>	<b>comercio</b>
						326
a).-				<b>Código</b>	<b>de</b>	327
	<b>Comercio</b> .....					
b).-		<b>Ley</b>	<b>Federal</b>	<b>de</b>	<b>Protección</b>	<b>al</b>
	<b>Consumidor</b> .....					332
c).-					<b>Otros</b>	336
	<b>Ordenamientos</b> .....					
3.-	<b>Regulación del contrato de comercio electrónico internacional (CCEI)</b> .....					336
a).-	<b>Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (Convención de Viena de 1980)</b> .....					338
b).-	<b>Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico de 1999</b> .....					339
c).-	<b>Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales de 2005</b> .....					342

**CAPÍTULO QUINTO**  
**TEORIA PARA LA UNIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES**  
**INTERNACIONALES**

<b>I.- Falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales.....</b>	<b>348</b>
...	
<b>A.-</b>	<b>353</b>
<b>Factores.....</b>	<b>353</b>
1.-	<b>353</b>
Globalización.....	
2.-	<b>356</b>
Regionalización.....	
a).- Unión Europea (UE).....	<b>358</b>
b).- Mercado Común del Sur (MERCOSUR).....	<b>362</b>
c).- Tratado de Libre Comercio (TELCAN).....	<b>367</b>
d).- Comunidad Andina (CAN).....	<b>372</b>
e).- Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).....	<b>374</b>
f).- Comunidad del Caribe (CARICOM).....	<b>375</b>
3.- Multiplicidad de reglas.....	<b>376</b>
4.- Codificación del Derecho Mercantil.....	<b>378</b>
<b>B.- Proceso de unificación.....</b>	<b>382</b>
1.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980).....	<b>384</b>
2.- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994).....	<b>387</b>
3.- Principios de UNIDROIT de contratos comerciales Internacionales (2004).....	<b>389</b>
4.- Incoterms (2000).....	<b>393</b>
<b>II.-Teoría para la unificación de los contratos mercantiles internacionales.....</b>	<b>396</b>
..	
<b>A.- El contrato mercantil internacional.....</b>	<b>396</b>
1.- Autonomía de la voluntad y sus límites.....	<b>397</b>
2.- Ámbito de aplicación.....	<b>403</b>
a).- Personal.....	<b>403</b>
b).- Legal.....	<b>405</b>
c).- Territorial.....	<b>408</b>
d).- Material.....	<b>408</b>
3.- Elementos.....	<b>410</b>

a).- De existencia.....	413
b).- De validez.....	418
4.- Buena fe.....	424
5.- Interpretación.....	425
6.- Solución de controversias.....	428
B.- El contrato de comercio electrónico internacional.....	428
<b>III.- Propuesta de reforma legislativa para la unificación de las reglas de los contratos mercantiles internacionales.....</b>	<b>434</b>
A.- Problemática.....	435
B.- Propuestas de reformas.....	438
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>442</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>451</b>

## INTRODUCCIÓN

Es innegable que desde tiempos muy antiguos, el ser humano se ha caracterizado por su capacidad de asombro ante los fenómenos naturales y su lucha por sobrevivir en un mundo hostil, al grado de enfrentarse contra sí mismo, sin embargo, ha tenido la virtud de organizarse en grupo para crear grandes instituciones como la familia, la sociedad y aún la complejidad del Estado.

De las grandes instituciones que el hombre ha creado a lo largo de su historia, destaca el comercio, ya que a partir de la autosatisfacción de sus necesidades y excedentes de los bienes que producía, así como la aparición de nuevas necesidades, se realiza el intercambio primitivo y nace el trueque, el cambio por el cambio, pero después, con el invento de la moneda, nace la especulación, el ánimo de lucro, ahora es la obtención de ganancias a través del cambio para el cambio de bienes y servicios.

Es así, que la actividad comercial cobró auge en pueblos antiguos que usaron la moneda y se rigieron por usos y costumbres y si bien el comercio decayó con la caída del Imperio Romano de Occidente, en la Edad Media se desarrolla y cobra fuerza al grado de que los comerciantes se organizan en gremios y corporaciones y crean consulados para resolver sus controversias, al amparo de la Lex Mercatoria (usos y costumbres).

En tiempo modernos se codificó el Derecho Mercantil, el Estado retomó la función legislativa y la solución de controversias mediante el proceso; posteriormente, ya en la actualidad, como producto del fenómeno de la globalización y otros factores, surgieron nuevas e inesperadas formas de contratación mercantil internacional, como son el comercio electrónico, contratos atípicos y medios alternativos de solución de controversias, que por falta o inadecuada regulación dan lugar a conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio.

A pesar de que se han realizado grandes esfuerzos en las legislaciones nacionales, así como por parte de organismos internacionales, para unificar las reglas que rigen los contratos y las convenciones mercantiles internacionales, aún existen muchas tareas pendientes para alcanzar este fin.

Por lo anterior, sin pretender agotar con esta investigación, los múltiples temas en la materia, mi propósito es plantear la situación problemática de la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, al tiempo de proponer una teoría para su unificación y reformas legislativas, que estimo como viables a ese fin. A continuación, expongo el contenido de los cinco capítulos que conforman este trabajo:

El Capítulo Primero lo dedico a la necesaria evocación del origen y evolución del Derecho Mercantil en los pueblos antiguos de Egipto, India, China, Babilonia, Fenicia, Cartago, Grecia y Roma, en donde con la caída del Imperio Romano de Occidente el comercio vino a menos; de la Edad Media estudio el resurgimiento y desarrollo del comercio, a partir de la influencia de la iglesia y de las cruzadas, las ferias y las bolsas, la creación de gremios y corporaciones de comerciantes, así como los consulados que éstos crearon y que funcionaban como verdaderos tribunales y la Lex Mercatoria (usos y costumbres de los comerciantes) y también me refiero al desarrollo del comercio en los pueblos modernos de Portugal, España, Holanda, Inglaterra y Francia.

En este mismo Capítulo, expongo además la codificación del Derecho Mercantil, con particular referencia al Código de Comercio Francés de 1807, al Código de Comercio español de 1829 y al Common law, en éste ultimo caso para tener un marco de referencia de otra familia jurídica; asimismo analizo los antecedentes de la legislación mexicana, relacionados con el Derecho Mercantil en las Épocas Prehispánica, Colonial e Independiente y preciso los antecedentes constitucionales de México en la regulación del comercio, por lo que con este fin expongo lo concerniente a los siguientes ordenamientos constitucionales: Constitución de la Monarquía Española de 1812, Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, Constitución



Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 y Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en su versión original y actual y, finalmente, también me refiero a la legislación, las costumbres y los usos como fuentes del Derecho Mercantil mexicano, así como la situación de la jurisprudencia y la doctrina en la materia.

El Capítulo Segundo lo dedico al estudio del origen y evolución de las fuentes generadoras de obligaciones mercantiles en los pueblos de Babilonia, Egipto, Grecia, Roma, Rodas, Fenicia, Cartago y otros. Expongo de estos pueblos la reglamentación de las prácticas comerciales en los ordenamientos: Leyes de Olerón, Leyes de Rodas, Ordenanzas de Colbert, Lex Mercatoria, Carta Mercatoria, Estatuto de Saple y la Nueva Lex Mercatoria. Asimismo, me refiero a la ley, usos y costumbres, nueva Lex Mercatoria, convenios y tratados internacionales, contratos mercantiles, doctrina, jurisprudencia y otros, como fuentes generadoras de obligaciones mercantiles y en su actualidad me refiero al concepto, naturaleza jurídica y clasificación de las obligaciones mercantiles.

Por otro lado, con un acercamiento a los temas centrales de esta investigación, en el Capítulo Tercero expongo la problemática de la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, en lo relativo a la solución de controversias, con una referencia a la impartición de justicia y a las formas de solución de controversias en general, y ya en forma particular, me refiero en primer lugar a los medios alternativos de solución de controversias mercantiles en México, su referencia histórica, nuestro derecho positivo vigente y las instituciones nacionales que los operan, entre otros el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Procuraduría Federal del Consumidor, el Centro de Arbitraje de México, La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros y otros.

Posteriormente, con relación al ámbito internacional, en este mismo Capítulo, analizo los medios alternativos de solución de controversias

mercantiles internacionales, a partir de su concepto, su naturaleza jurídica, su clasificación, tipos, vías de acceso, causas por las que se usan y sus ventajas y desventajas; en forma particular, por su uso generalizado, abordo el arbitraje comercial internacional a partir de sus generalidades, concepto, naturaleza jurídica, tipos, cláusula compromisoria, laudo arbitral y desde luego la legislación internacional sobre arbitraje comercial, en donde expongo un análisis de la regulación que tiene en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros de 1979 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y además expongo la forma en que la Corte Internacional de Justicia opera el arbitraje comercial internacional.

Ya entrando en los temas medulares de esta investigación, en el Capítulo Cuarto, expongo el análisis que realicé de las reglas generales de aplicación común a los contratos mercantiles internacionales, en donde estudio primero el comercio internacional a la luz de la regulación constitucional de México tanto del comercio interior, el acto de comercio y el comerciante, como del comercio exterior con aplicación de la nueva Ley de Comercio Exterior, la Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional y el Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TELCAN).

En seguida realizo un análisis de los contratos mercantiles internacionales típicos y atípicos, con especial referencia a los contratos joint venture, know how, de patente y de franquicia, pues su uso ha cobrado auge y realizo un análisis más a fondo del contrato de comercio electrónico internacional, sus antecedentes y concepto, su regulación en México a la luz del Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor y otros ordenamientos, mientras que en el plano internacional analizo su regulación por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico de 1999 y la Convención

de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales de 2005.

Finalmente, en el Capítulo Quinto expongo la teoría que propongo para la unificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales y una propuesta de reforma legislativa, que al igual que la problemática expuesta sobre dichas reglas en el Capítulo Cuarto, constituyen la parte medular de esta investigación.

No quiero dejar de mencionar que como consecuencia del desarrollo natural de esta investigación, en este caso la teoría que expuse sobre la unificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, también comprende lo relativo a las convenciones mercantiles internacionales, por lo que en este orden de ideas, a ambos casos me refiero cuando expongo el análisis de la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos y convenciones mercantiles internacionales, si bien a partir de los factores que la propician, como son la globalización, la regionalización la multiplicidad de reglas y la codificación del Derecho Mercantil, atiendo también al proceso de unificación en el ámbito internacional, a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales de 2004 y los Incoterms de 2000.

Con base en lo anterior, expongo una teoría para lograr su unificación, partiendo del análisis del contrato mercantil internacional, desde los puntos de vista de la autonomía de la voluntad de las partes, su ámbito de aplicación y sus elementos, la buena fe, la interpretación y la solución de controversias y hago especial énfasis en el contrato de comercio electrónico internacional, porque actualmente es una de las nuevas formas de contratación y sus implicaciones, por lo cual expongo la problemática correspondiente.

Para concluir este último Capítulo y a partir de la exposición de la problemática expuesta, expreso mis propuestas de reformas al artículo 89,

fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la adición del artículo 8o. BIS de la Ley sobre la Celebración de Tratados.

Para finalizar esta parte introductoria y asumiendo desde ahora el compromiso que a mi corresponde, estimo que es necesario ahondar en el estudio de estos temas del Derecho Mercantil, en el ámbito del comercio internacional, esperando motive la investigación y estudios más profundos,

## CAPITULO PRIMERO

### ORIGEN Y EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL.

**I. Origen del Comercio.-** No es posible ubicar en el tiempo preciso, el origen del comercio, es bien sabido, sin embargo, que el mismo es un fenómeno económico y social casi tan antiguo como la humanidad, en cuya historia existen momentos trascendentes y decisivos que la han fortalecido para subsistir; por ello, con el devenir del tiempo y debido a su capacidad de asombro, es natural que el hombre se preocupe, no solamente por entender y saber el origen racional y filosófico de sus instituciones, con igual importancia ha deseado saber su origen histórico y una de las actividades más antiguas del hombre sobre la que ha pretendido y ha aprendido a indagar, sin duda es la de comerciar. Ciencias como la paleontología, la arqueología, la historia y otras, dan cuenta de las diferentes etapas o edades de desarrollo del hombre primitivo; de los periodos en la vida del hombre: el neolítico, el mesolítico y el paleolítico, se destacan algunos de sus rasgos, que más bien significan sus grandes adelantos como ser racional, ya que el hombre pesca y caza animales, primero con armas rudimentarias de piedra que después perfecciona, recolecta frutos, domina el fuego y la agricultura, domestica animales, fabrica armas, herramientas y utensilios de metal, fabrica cerámica y evoluciona en las primeras formas de organización familiar y de la división del trabajo, principalmente.

Pero no se piense que los mencionados logros fue tarea fácil y rápida, por lo contrario, como lo asevera el autor Jaime A. Acevedo Balcorta, desde los tiempos más remotos, la historia del hombre se ha caracterizado por una permanente lucha por la supervivencia y por la obtención de un mejor modo de vida. Así, el hombre primitivo orientaba su actividad a la búsqueda de aquellos elementos indispensables para la vida y cazaba o recolectaba los frutos que la naturaleza le ofrecía,<sup>1</sup> pero tan pronto como la economía cerrada o natural, en la cual cada grupo satisface íntegramente sus necesidades por sí mismo, resulta ya inadecuada a la compleja organización de una sociedad que

---

<sup>1</sup> Cfr. Acevedo Balcorta, Jaime A. Derecho Mercantil. 4a. Ed., Edit. Textos Universitarios, México 2000. p. 22.

naturalmente se torna compleja, surge un fenómeno, el trueque, que tal vez en sí mismo no puede ser calificado de mercantil, ya que en sus orígenes no se especulaba y el uso de la moneda fue posterior, pero que tiene como necesaria consecuencia el comercio;<sup>2</sup> esto es así, debido a que el trueque se realizaba en la medida en que existiera una necesidad y en que a su vez se contara con bienes excedentes susceptibles de intercambiar, es lo que el autor Raúl Cervantes Ahumada denominó como cambio directo, el que se agotaba en el trueque. El hombre que producía flechas las cambiaba por pieles, por semillas o por objetos de barro que él necesitaba para su propio consumo.<sup>3</sup>

Jacinto Pallares en su obra “Derecho Mercantil Mexicano”, destaca: *Nada más natural y sencillo para los que vivimos en épocas y en naciones cultas, que esa infinidad de actos de libre trueque y cambio que diariamente pasan a nuestra vista y que se designan con el nombre de comercio; y sin embargo, ese libre tráfico que hoy aparece tan necesario y natural en el mecanismo de las sociedades modernas, fue en épocas muy remotas no solo desconocido en la práctica, sino extraño a las ideas de los primitivos pueblos. Más tarde, y cuando la barbarie desapareció, al constituirse las primeras sociedades, ese mismo comercio ha venido luchando con todo linaje de trabas y restricciones que no han desaparecido completamente en los actuales tiempos.*<sup>4</sup>

Diversas formas asumieron los pueblos primitivos para realizar el trueque, que evoluciona de manera importante cuando el comercio se realiza con pueblos lejanos, con los cuales no mantenían relaciones, mismas que si se daban con los grupos vecinos. Tal comercio ocurría cuando un grupo carecía de alguna cosa y se armaba para arrebatarla ahí donde la podía encontrar, si no podía lograrla por medios pacíficos.<sup>5</sup> Como lo refiere Jacinto Pallares, la desconfianza y el temor de que la presencia de las tribus armadas pudiese hacer degenerar un cambio pacífico en un sangriento conflicto, debió hacer que

---

<sup>2</sup> Cfr. Mantilla Molina, Roberto L. Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos fundamentales Sociedades. 28a. Ed. Edit. Porrúa, México 1992. p. 3.

<sup>3</sup> Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, Primer Curso, primera reimpresión. Edit. Herrero, México 1984. p. 2.

<sup>4</sup> Pallares, Jacinto. Derecho Mercantil Mexicano, 2a. Ed. Edit. UNAM, México 1987. p. 7.

<sup>5</sup> Cfr. Quintana Adriano, Elvia Arcelia. Ciencia del Derecho Mercantil. Teoría, Doctrina e Instituciones, Edit. Porrúa, México 2002. p. 46.

se recurriese a otro medio, y este consistió en depositar la mercancía en un lugar dado, con una señal que indicase que se deseaba el cambio; la otra parte practicaba lo mismo, y si había fraude se ocurría a las armas.<sup>6</sup>

Al evolucionar el hombre como ser sociable por naturaleza, se convierte también en un ser comercial, sin embargo, como se ha dicho, el inicio de este libre tráfico de trueques e intercambios no fue fácil y normal como podría parecer hoy en día, porque además debió enfrentar la distancia geográfica de los pueblos, la variedad de climas, la desigual aptitud de los individuos, la diferente condición social y otras causas que determinaron obstáculos a vencer de lugar, tiempo, espacio, de riesgo, de falta de medios personales y materiales, que se oponían a que los productos y bienes pasaran del que los tenía a quien los necesitaba; la imperiosa necesidad de vencer estos obstáculos únicamente se satisface por medio del comercio. Por ello, la actividad comercial se desarrolló con un sentimiento de tolerancia y a su vez de conveniencia, pero se empezó a convertir en un arma muy poderosa para las civilizaciones, quienes controlaban el comercio, tenían el poder sobre las demás civilizaciones, así que estas civilizaciones hicieron del comercio una de sus más importantes y principales actividades.

Pero en la medida en que se vuelven más complejas estas relaciones y se acrecientan las necesidades de estas sociedades primitivas, los trueques ya no obedecen a la relación necesidad-excedente, es decir, al cambio por el cambio, o trueque directo, como se ha dicho, sino que ahora obedecen al cambio para el cambio, surge entonces como consecuencia necesaria la figura típica del comerciante, que va de un lugar a otro, recorriendo cortas y grandes distancias en su papel de intermediario, entre quienes intercambiaban sus productos, cuya función profesional exige una remuneración proporcional a la utilidad social de la función. Por ello es característica de la actividad mercantil, el ánimo de lucro, el elemento especulativo,<sup>7</sup> la obtención de beneficios económicos y luego monetarios, ya con necesario uso del dinero.

---

<sup>6</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 12.

<sup>7</sup> Cfr. Acevedo Balcorta, Jaime A. Ob. Cit. p. 23.

Es de esta manera, que el hombre creó el trueque y con ello el comercio, aunque en sus orígenes incipientemente regulado por reglas consuetudinarias y ciertamente, en muchos casos restringido aún por la ley, de tal forma que como dice Jacinto Pallares, la libertad mercantil ha seguido la misma suerte que todas las libertades individuales; ha recorrido el mismo camino que todas las instituciones sociales en el proceso o desenvolvimiento histórico de su vitalidad.<sup>8</sup> Por lo que respecta al significado de la palabra comercio, de acuerdo con Raúl Cervantes Ahumada, sabido es que la palabra comercio deriva del latín *commercium*, que se compone con las voces *cum* y *merx* (con-mercancía). Por lo que en la expresión se encuentran presentes las ideas del cambio y del tráfico.<sup>9</sup> Situaciones que naturalmente se asocian a la especulación comercial, con miras a obtener ganancias y por ello el uso de la moneda primitiva; una gran cantidad de objetos fungieron como moneda desde tiempos primitivos, por ejemplo: conchas, piedras preciosas, especias, cacao, pieles, plumas preciosas, metales, principalmente el oro; y también se uso moneda viviente; vacas, corderos y ganado en general, así como esclavos, hombres y mujeres. Posteriormente la moneda se acuñó a partir del uso de metales como el oro y la plata.<sup>10</sup>

Pero no se piense que el trueque, dando origen al comercio se extinguió; de ninguna manera, el milenario *cambio por el cambio* no ha pasado a la historia, subsiste aún muchos países, entre los que puedo citar Argentina, Brasil, España, Estados Unidos, México y Canadá, aunque ahora de muy diversas y caprichosas maneras, que van desde trueques de bienes tangibles como cerámica, frutas, textiles, herramientas, utensilios, etc., hasta trueques de bienes no tangibles, como música, literatura, compromisos, etc. y no solamente lo practican personas físicamente consideradas y las empresas >en éste ultimo caso se denomina trueque empresarial<, sino que también los estados empiezan a hacer uso de él, a manera de trueque institucional, según los siguientes ejemplos:

---

<sup>8</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 7.

<sup>9</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 2.

<sup>10</sup> Para ahondar más en el tema, consulté el Capítulo Primero, dedicado a la Historia del Comercio en General, de la obra citada de Jacinto Pallares "Derecho Mercantil Mexicano".



En el mercado domestico, el trueque entre particulares se practica sin ningún problema y restricciones, pero al mismo tiempo sin ninguna regulación comercial, sino que esta actividad es tolerada como muchas otras en México >taxis piratas, por decir algo<: cito como ejemplo la Ciudad de Morelia, Michoacán, en que según Filemón Zintzun, originario de la comunidad de Cuanajo: *desde hace más de una década se viene celebrando el Mojtakuntani o Tianguis Purépecha, que reúne a comerciantes de la región y del Distrito Federal. Indígenas purépechas provenientes de la rivera del lago de Pátzcuaro, Jarácuaro, Santa Fe, San Andrés Ziróndaro, Urandén, San Pedro, Ojo de Agua, San Jerónimo e Ihuatzio, tendieron sus mantas y sobre el suelo colocaron fruta, alfarería, tejidos, plantas, especias, atole, pozole, granos, mazorcas, petates y diversos objetos tallados en madera. De la ciudad de México llegó un grupo de la escuela preparatoria Churchill para ofrecer libretas, lápices, jabón, detergente, atún en lata, aceites, pastas y abarrotes. Jabones y detergentes a cambio de rebozos y cestos de paja tejido; banquitas de madera por cuadernos de dibujo; semillas y morrales por pastas y aceite, mientras que jóvenes de la comunidad obsequiaban platos de pozole a los participantes.*

*Frente a los embates del capitalismo que hemos padecido durante más de 500 años, los indígenas purépechas volteamos a nuestros antepasados para rescatar la cultura de la ayuda mutua, en la cual se pone a la persona antes que a la mercancía”, aseveró “Estos son los valores del tianguis, donde volvemos a encontrarnos como hermanos, donde volvemos a emplear nuestro lenguaje purépecha, donde podemos, incluso, platicar de nuestras necesidades, economía, política, lo social. De esta manera se comparten también las festividades, invitándose unas comunidades a otras. “Es el rencuentro, es la fiesta, es la convivencia y, a la vez, es el intercambio, el trueque de productos. Estos son los grandes valores del tianguis”, manifestó Zintzun, conmovido por el vaivén de productos con ausencia de dinero.<sup>11</sup>*

---

<sup>11</sup> Morales, Daniela. Tianguis del Trueque, reacción a los embates del capitalismo, Periódico La Jornada Michoacán, 6 de junio de 2005. p. 13.

Otro es el “Trueque 480”, que se organiza en Ciudad Netzahualcoyotl, Estado de México, es un “Festival Cultural Multidisciplinario”, que reúne músicos, poetas, escultores, pintores, fotógrafos y público en general y que tiene como objeto acercar el Arte y la Cultura a la población en general, así como el intercambio directo de bienes y servicios entre los asistentes, sin mediar la intervención de dinero.

Lo que es más, el trueque no solamente se sigue realizando en mercados o tianguis como antiguamente se hacía, sino que aprovechando los grandes avances electrónicos como Internet, que en materia de comercio al día de hoy ha cobrado un auge impresionante y cuyo tema también es objeto de estudio en otro capítulo de esta tesis, existen páginas Web como: e-trueke.com, para el intercambio gratuito de bienes y servicios entre particulares; Acambiode.com, que es una plataforma gratuita de trueque entre empresas; Truequeenlared.com, en donde se puede cambiar lo incambiable; Telecambiofacil.com, que sirve para intercambios entre usuarios; laferiadeltrueque.com, también para cambios; el Trueque mp3 para el intercambio de mp3 y ogg, todo tipo de música, que se prefiere el intercambio en persona en CDs, para el DF y zona metropolitana, etc.

Como lo mencioné, también existe el trueque institucional, prueba de ello es el trueque México-China: La Presidencia de la República informó que en uno de los acuerdos firmados el 25 de enero de 2005, se establecen las medidas sanitarias y fitosanitarias para que México envíe a China aguacates y a cambio importe manzanas. Durante la visita del vicepresidente chino, Zeng Qinghong, fue firmado un memorándum de entendimiento entre la Secretaría de Agricultura y la Administración General de Supervisión de Calidad, Inspección y Cuarentena de China en el campo de medidas sanitarias y fitosanitarias para la exportación de aguacate de México a China y de manzanas chinas a nuestro País. Según la oficina de prensa de la Embajada de China en México, esto es el principio de un intercambio comercial que será ampliado conforme los productores vayan perfeccionando sus capacidades productivas y la calidad de los productos.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Página Web de la Presidencia de la República.

Puedo afirmar entonces, que la actual expansión del trueque, en nuestro país está rebasando los límites de la regulación comercial estatal y del uso del dinero para entrar de lleno a la sociedad globalizada, adoptando diversas modalidades, como el trueque empresarial y el trueque institucional y un ejemplo muy revelador en el ámbito internacional, lo tenemos en el Grupo Barter Business Exchange, la más grande organización de comercio por trueque en Canadá, que funciona como centro distribuidor para todos aquellos que lo requieran. En lugar del trueque tradicional, que implica que cada negocio necesite lo que otro tiene, los miembros utilizan el intercambio como en un banco: reciben pago en “dólares de trueque” que depositan en la organización, y emiten cheques por lo que desean a cargo de sus propias cuentas. En argentina, el primer club del trueque se fundó en 1995.<sup>13</sup>

Realmente es difícil pensar que el trueque primigenio, es decir, el cambio por el cambio, sin especulación comercial, actualmente pueda cobrar auge sin el uso del dinero, pues debe quedar claro que, actualmente los bienes y servicios tienen un costo determinado o determinable, que va en relación a la regulación del comercio por la ley y la intervención del Estado en la economía; no puede negarse que la practica del trueque a más de producir abusos o conflictos entre los cambiantes o truequistas, impacta negativamente en las finanzas del Estado, porque, preguntémosnos: ¿Qué ocurre con los impuestos que generan las transacciones comerciales? en general, ¿Qué pasa con la intervención del Estado en la economía nacional? ¿Para qué sirven las leyes que regulan el comercio, y ¿Quién interviene para la solución de los conflictos entre comerciantes y entre éstos y consumidores?; también surge la interrogante de si, en principio, esta práctica del trueque se quiere mantener solo como una tradición o ¿Se pretende sustituir al dinero y como consecuencia al comercio, a la regulación comercial y a los tribunales en la materia?

Para darnos una idea de la problemática, en materia de impuestos es claro que al efectuarse una compraventa, es necesario emitir la factura

---

<sup>13</sup> En tiempos recientes, se reportan hasta 800 Clubes y hay 80.000 familias cuyo sustento depende total o parcialmente del trueque. Los clubes se extendieron a Uruguay, Paraguay, Brasil y España.

correspondiente y retener el impuesto ordenado por la ley, para después enterarlo a la autoridad fiscal, mientras que en el trueque, al no utilizarse el dinero, ni facturarse con los requisitos fiscales, es decir, sin retenerse y enterarse el impuesto como lo ordena la ley, se produce la evasión fiscal, el Estado deja de percibir estos ingresos y el evasor incurre en un ilícito penal. En cuanto al cambio en sí, al efectuarse el trueque se pueden producir diversas problemáticas; prácticas monopólicas por el acaparamiento de mercancías y el incremento en el precio de bienes y servicios, entre otros prohibidos por el artículo 28 de nuestra Constitución Federal.

Asimismo, este tipo de trueques se prestan para cometer abusos en la calidad, cantidad y demás características de los bienes y servicios, que pueden redundar en perjuicio de cualquiera de los cambiantes o truequistas y más concretamente atenta contra los derechos de los consumidores.

Para ejemplificar de alguna manera mis anteriores aseveraciones, me permito transcribir la parábola del periodista y escritor Juan José Arreola:

Al grito de «¡Cambio esposas viejas por nuevas!» el mercader recorrió las calles del pueblo arrastrando su convoy de pintados carromatos.

Las transacciones fueron muy rápidas, a base de unos precios inexorablemente fijos. Los interesados recibieron pruebas de calidad y certificados de garantía, pero nadie pudo escoger. Las mujeres, según el comerciante, eran de veinticuatro quilates. Todas rubias y todas circasianas. Y más que rubias, doradas como candeleros.

Al ver la adquisición de su vecino, los hombres corrían desahogados en pos del traficante. Muchos quedaron arruinados. Sólo un recién casado pudo hacer cambio a la par. Su esposa estaba flamante y no desmerecía ante ninguna de las extranjeras. Pero no era tan rubia como ellas.

Yo me quedé temblando detrás de la ventana, al paso de un carro suntuoso. Recostada entre almohadones y cortinas, una mujer que parecía un leopardo me miró deslumbrante, como desde un bloque de topacio. Presa de aquel contagioso frenesí, estuve a punto de estrellarme contra los vidrios. Avergonzado, me aparté de la ventana y volví el rostro para mirar a Sofía.

Ella estaba tranquila, bordando sobre un nuevo mantel las iniciales de costumbre. Ajena al tumulto, ensartó la aguja con sus dedos seguros. Sólo yo que la conozco podía advertir su tenue, imperceptible palidez. Al final de la calle, el mercader lanzó por último la turbadora proclama: «¡Cambio esposas viejas por nuevas!». Pero yo me quedé con los pies clavados en el suelo, cerrando los oídos a la oportunidad definitiva. Afuera, el pueblo respiraba una atmósfera de escándalo.

Sofía y yo cenamos sin decir una palabra, incapaces de cualquier comentario.

¿Por qué no me cambiaste por otra? -me dijo al fin, llevándose los platos.

No pude contestarle, y los dos caímos más hondo en el vacío. Nos acostamos temprano, pero no podíamos dormir. Separados y silenciosos, esa noche hicimos un papel de convidados de piedra.

Desde entonces vivimos en una pequeña isla desierta, rodeados por la felicidad tempestuosa. El pueblo parecía un gallinero infestado de pavos reales. Indolentes y voluptuosas, las mujeres pasaban todo el día echadas en la cama. Surgían al atardecer, resplandecientes a los rayos del sol, como sedosas banderas amarillas.

Ni un momento se separaban de ellas los maridos complacientes y sumisos. Obstinados en la miel, descuidaban su trabajo sin pensar en el día de mañana.

Yo pasé por tonto a los ojos del vecindario, y perdí los pocos amigos que tenía. Todos pensaron que quise darles una lección, poniendo el ejemplo absurdo de la fidelidad. Me señalaban con el dedo,

riéndose, lanzándome pullas desde sus opulentas trincheras. Me pusieron sobrenombres obscenos, y yo acabé por sentirme como una especie de eunuco en aquel edén placentero.

Por su parte, Sofía se volvió cada vez más silenciosa y retraída. Se negaba a salir a la calle conmigo, para evitarme contrastes y comparaciones. Y lo que es peor, cumplía de mala gana con sus más estrictos deberes de casada. A decir verdad, los dos nos sentíamos apenados de unos amores tan modestamente conyugales.

Su aire de culpabilidad era lo que más me ofendía. Se sintió responsable de que yo no tuviera una mujer como las de otros. Se puso a pensar desde el primer momento que su humilde semblante de todos los días era incapaz de apartar la imagen de la tentación que yo llevaba en la cabeza. Ante la hermosura invasora, se batió en retirada hasta los últimos rincones del mudo resentimiento. Yo agoté en vano nuestras pequeñas economías, comprándole adornos, perfumes, alhajas y vestidos.

¡No me tengas lástima!

Y volvía la espalda a todos los regalos. Si me esforzaba en mimarla, venía su respuesta entre lágrimas:

¡Nunca te perdonaré que no me hayas cambiado!

Y me echaba la culpa de todo. Yo perdía la paciencia. Y recordando a la que parecía un leopardo, deseaba de todo corazón que volviera a pasar el mercader.

Pero un día las rubias comenzaron a oxidarse. La pequeña isla en que vivíamos recobró su calidad de oasis, rodeada por el desierto. Un desierto hostil, lleno de salvajes alaridos de descontento. Deslumbrados a primera vista, los hombres no pusieron realmente atención en las mujeres. Ni les echaron una buena mirada, ni se les ocurrió ensayar su metal. Lejos de ser nuevas, eran de segunda, de tercera, de sabe Dios cuántas manos... El mercader les hizo sencillamente algunas reparaciones indispensables, y les dio un baño de oro tan bajo y tan delgado, que no resistió la prueba de las primeras lluvias.

El primer hombre que notó algo extraño se hizo el desentendido, y el segundo también. Pero el tercero, que era farmacéutico, advirtió un día entre el aroma de su mujer, la característica emanación del sulfato de cobre. Procediendo con alarma a un examen minucioso, halló manchas oscuras en la superficie de la señora y puso el grito en el cielo.

Muy pronto aquellos lunares salieron a la cara de todas, como si entre las mujeres brotara una epidemia de herrumbre. Los maridos se ocultaron unos a otros las fallas de sus esposas, atormentándose en secreto con terribles sospechas acerca de su procedencia. Poco a poco salió a relucir la verdad, y cada quien supo que había recibido una mujer falsificada.

El recién casado que se dejó llevar por la corriente del entusiasmo que despertaron los cambios, cayó en un profundo abatimiento. Obsesionado por el recuerdo de un cuerpo de blancura inequívoca, pronto dio muestras de extravío. Un día se puso a remover con ácidos corrosivos los restos de oro que había en el cuerpo de su esposa, y la dejó hecha una lástima, una verdadera momia.

Sofía y yo nos encontramos a merced de la envidia y del odio. Ante esa actitud general, creí conveniente tomar algunas precauciones. Pero a Sofía le costaba trabajo disimular su júbilo, y dio en salir a la calle con sus mejores atavíos, haciendo gala entre tanta desolación. Lejos de atribuir algún mérito a mi conducta, Sofía pensaba naturalmente que yo me había quedado con ella por cobarde, pero que no me faltaron las ganas de cambiarla.

Hoy salió del pueblo la expedición de los maridos engañados, que van en busca del mercader. Ha sido verdaderamente un triste espectáculo. Los hombres levantaban al cielo los puños, jurando venganza. Las mujeres iban de luto, lacias y desgredadas, como plañideras leprosas. El único que se quedó es el famoso recién casado, por cuya razón se teme. Dando pruebas de un apego maniático, dice que ahora será fiel hasta que la muerte lo separe de la mujer ennegrecida, ésa que él mismo acabó de estropear a base de ácido sulfúrico.

Yo no sé la vida que me aguarda al lado de una Sofía quién sabe si necia o si prudente. Por lo pronto, le van a faltar admiradores. Ahora estamos en una isla verdadera, rodeada de soledad por todas partes. Antes de irse, los maridos declararon que buscarán hasta el infierno los rastros del estafador. Y realmente, todos ponían al decirlo una cara de condenados.

Sofía no es tan morena como parece. A la luz de la lámpara, su rostro dormido se va llenando de reflejos. Como si del sueño le salieran leves, dorados pensamientos de orgullo.<sup>14</sup>

**A. Pueblos antiguos.-** Corresponde ahora, el estudio del origen del comercio, particularmente respecto de los pueblos antiguos como Egipto, India, China, Fenicia, Cartago, Babilonia, Grecia, Roma, ya que la historia registra una gran actividad comercial, que como veremos en seguida, se rigió por usos y

---

<sup>14</sup> Publicada en una página Web.

costumbres, bajo la circunstancia de que, en los sistemas jurídicos de estos pueblos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil como hoy lo entendemos, sino tan solo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.<sup>15</sup> De cualquier manera, son de gran importancia las aportaciones de los comerciantes de estos pueblos, al Derecho Mercantil, como el uso del dinero y de los títulos de crédito, el Código de Hamurabi que estableció normas mercantiles, así como la aportación de la Lex Rhodia de Jactu >o como dice De Pina Vara, De Lege Rhodia de Jactu<<sup>16</sup> por parte de los fenicios. Sobre estos pueblos antiguos, en esta investigación recurrí a la obra de autores como Jacinto Pallares, Toribio Esquivel y Obregón, Oscar Vásquez del Mercado, Faustino Álvarez del Manzano y Álvarez Ribera, entre otros

**1.- Egipto.-** No existe uniformidad en los autores respecto del grado de desarrollo del comercio entre los egipcios; hay quienes afirman que el comercio fue poco y doméstico y otros sostienen que tuvo un gran auge nacional e internacional, lo cual en ambos casos es cierto, pues en efecto, en el Egipto de los primeros tiempos el comercio fue incipiente y local y posteriormente tuvo un gran desarrollo. Como señala el autor Oscar Vásquez del Mercado: aún cuando algunos consideran que la civilización egipcia no da ninguna aportación al Derecho Mercantil; en virtud de que los egipcios se preocuparon sobre todo de la agricultura y abandonaron el comercio a los extranjeros, ello como es sabido, debido a la gran fertilidad de las tierras en torno al Río Nilo. En este pueblo encontramos ciertos antecedentes que nos hacen pensar que si tuvieron alguna influencia en el desarrollo del Derecho Mercantil. Era fácil viajar por los valles, ora por agua, ora por tierra. Los comerciantes ocupaban un sitio en las castas inferiores de la sociedad, al lado de los labradores, industriales, pescadores, pastores, marineros e interpretes, aunque por encima de los esclavos. En el estrato superior, se encontraban los sacerdotes y luego los militares. El mercader favorecía al artesano llevándose su exceso de

---

<sup>15</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, 26a. Ed. Edit. Porrúa, México 1998. p. 7.

<sup>16</sup> Idem. Pág. 8.

producción a la próxima ciudad o aldea y entregándole, al volver, los productos de los vecinos. Desarrollábanse mercados a donde afluían las caravanas.<sup>17</sup>

Siguiendo al autor español Faustino Álvarez del Manzano y Álvarez Ribera, en su obra milenaria "Curso de Derecho Mercantil" estos son los periodos de evolución del comercio en Egipto: Primero (hasta el reinado de Psammético). La división de castas, el despotismo de los faraones, la intransigencia de los sacerdotes y las supersticiones del pueblo eran las causas principales por las que el comercio se encerrara y fuera exclusivamente interior; Segundo (hasta la dominación persa).- Con el faraón Necor se adoptó una política de tolerancia y favoreciendo la relación con los extranjeros, destruyen uno de los obstáculos más importantes que se oponían al comercio, este principia a ser exterior, y a partir de ahí se extendió hasta las costas del Mediterráneo; Tercero (hasta la conquista de Alejandro).- El desenvolvimiento mercantil, en el periodo anterior inicia en este se sostiene, y hasta puede decirse que el comercio retrocede por la dominación persa; Cuarto (hasta la dominación romana).- Alejandro pretende hacer de Egipto su centro de dominación universal; y si la muerte le sorprendió, los planes de Alejandro era reunir todas las partes del antiguo mundo por medio del comercio y la navegación, establecer las relaciones directas entre la india y occidente, y consolidar su vasto Imperio por una fusión y armonía tan completas, que hiciera posible la unión de los intereses materiales. No puede decirse que sus planes se frustraron del todo; con la dinastía de los Ptolomeos, elevó la civilización egipcia a su mayor esplendor; y por lo que hace al comercio, adquirió una importancia marítima colosal; Quinto (hasta la terminación de aquella edad).- El comercio de Egipto no decae, sigue manteniéndose como primera plaza mercantil del mundo.<sup>18</sup>

Con relación a estos periodos, por lo que hace al comercio internacional, Jacinto Pallares refiere que la envidia o celo de que otros poseyeran los frutos de la cultura egipcia, implantó en los primeros tiempos un verdadero aislamiento comercial. Diódoro Sículo cuenta que bajo Psamétrico, todo navegante extranjero que abordaba a puertos egipcios era condenado a

---

<sup>17</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, 14a. Edición. Edit. Porrúa, México 2006, p. 2.

<sup>18</sup> Cfr. Álvarez del Manzano y Álvarez Rivera, Faustino. 2a.Ed. Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1903. p. 154.

muerte o a esclavitud. Solo posteriormente y poco a poco fueron permitidas algunas vías de comunicación para la importación, pues las exportaciones continuaron prohibidas. El rey Sammetico ( 636 años antes de J. C.), fue el primero que abrió las puertas egipcias al comercio extranjero y una nueva era de prosperidad y movimiento mercantil llegó para el Egipto, cuando éste fue conquistado por Alejandro el Grande que incorporó esa nación al imperio macedónico.<sup>19</sup>

**2.- India.-** La civilización de la India generalmente se considera como la más antigua del mundo. La India estaba dividida en castas y sub-castas, dentro de las castas existía la de los mercaderes, las subcastas no podían ejercer el comercio; los mercaderes tenían el derecho de limitar o prohibir la exportación y gravarla, y que ejercía en el interior el comercio por las vías fluviales y por grandes caminos abiertos al tráfico, teniendo plazas de depósito en las ciudades donde existían los más notables templos como Benares, Elora, Ozene, Oudfein, Tágara y Plutana.<sup>20</sup> La India era una zona riquísima: abundaban allí el oro, las piedras preciosas, las perlas, el acero, las maderas, el algodón, las especias, el azúcar, el marfil y otros productos que en el Occidente escaseaban. Además de que la India gozaba de una gran red de caminos, y constituían vías de comunicación de gran importancia sus diversos ríos.

La coexistencia de tantos y tan interesantes elementos tenía que dar como resultado un comercio extensísimo en la India, lo anterior, permitió que se dieran según los historiadores del comercio, grandes depósitos mercantiles en la parte septentrional y meridional del país. Esto dio como consecuencia, que las necesidades de los habitantes de esa época se satisfacían dentro del mismo país, es decir, casi no había necesidad de buscar productos en el exterior, más bien los comerciantes en la India esperaban que llegarán los extranjeros para vender los productos que la tierra de éstos últimos, escaseaban.

---

<sup>19</sup> Cfr. Pallares Jacinto, Ob. Cit. p. p. 23 a 25.

<sup>20</sup> Idem. P. 27.



Esta próspera cultura, tenía contacto con la mayoría de las grandes civilizaciones, por virtud del comercio. El comercio exterior de la India por mar, lo hacían principalmente con los árabes; y éstos a su vez, establecían en los puertos depósitos para surtir a demás países los productos provenientes de la India, las relaciones de la India con los egipcios subsistió hasta la denominación de Roma.

Cabe mencionar, que en el comercio exterior de la India, cuando se hacía por la tierra con los chinos, habiendo sido la seda el artículo que motivó las relaciones mercantiles y siendo muy importantes los caminos, por medio de los cuales se comunicaban ambos pueblos. Y tanto por mar como por tierra tenían una gran relación con los asirios: Babilonia la capital del Imperio Asirio o Babilónico, que fue una de las ciudades más ricas de la antigüedad; era el depósito comercial de Asia Occidental. Las caravanas llegaban por un lado hasta la India y por el otro hasta España. Otro dato de gran importancia para el desarrollo del comercio en la India, fue el conocimiento geográfico que se tenía de sus costas y rutas, lo que facilitó que muchas y ricas naciones tuvieran acceso a ella.

**3.- China.-** La cultura china permite establecer que es un pueblo, cuya civilización se pierde en la noche de los tiempos, pero ocupando siempre un lugar distinguido en la historia de la industria. Por otro lado, las noticias del comercio de China no son del todo claras, ya que muchas de esas noticias se limitan al comercio de las telas en especial la seda.<sup>21</sup>

Eran dos los puntos con los que se tenía contacto en el tráfico comercial de China, como fueron Thinay y Linai, no obstante ello, fue tardía aún ya que en el siglo XVI los portugueses fueron los que trajeron datos de los productos que se comercializaban en China, sin embargo, también sufrió de la lucha con los persas así que esto dejó muy limitado el comercio de las telas provenientes de China, dejándole el monopolio de las telas a los persas. La provincia China que cultivaba la seda era Sérica, que con el dominio persa se

---

<sup>21</sup> Cfr. Pallares, Jacinto. Ob. cit. p. 27.

llegó a pensar que era una provincia de Persia y hubo una ruptura con el comercio chino cuando se introdujo a Europa el cultivo de la seda, que esto fue por la época de Justiniano.

**4.- Babilonia.-** La civilización babilónica, caldeos-asirios, nos muestran un pueblo ampliamente dedicado al comercio. En sus instituciones se encuentran ya los lineamientos de los títulos de crédito, producto curiosamente de la situación propia de la época, ya que el comercio sobre todo el terrestre, corría grandes riesgos por los asaltos que sufrían los comerciantes, lo que obligó a que se reunieran para transportarse en caravanas, pero más que eso a idear la forma de pago sin llevar consigo metálico.

El Código de Hamurabi, del Siglo XX a. C., reguló, entre otros, el préstamo con interés, aún cuando en forma muy rudimentaria y de curiosa manera, pues consistía en que el acreedor, esto es, quien prestaba, entregaba semillas al deudor, quien restituía después de la cosecha; el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión, etc.<sup>22</sup>

**5.- Fenicia.-** El pueblo fenicio de pescadores, navegante y comerciante por excelencia, estableció las Ciudades de Tiro, Sidón, Biblos y Berytos y sus principales colonias fueron Gadir (Cádiz), Malaca (Málaga) y Abdera (Adra). Fueron los fenicios los primeros que establecieron grandes factorías y colonias mercantiles, fueron ellos los que bosquejaron la noción de corporaciones mercantiles y consulados, pues formaban comunidades en las ciudades extranjeras para protegerse, y nombraban sujetos o jueces para sus controversias; fueron ellos los primeros que establecieron un poder político y grandes y numerosas colonias, no por la conquista, sino por el comercio.<sup>23</sup> Los fenicios también introdujeron en España sus monedas y el uso del alfabeto griego, así como el desarrollo de algunas industrias como la del vidrio y la de los tintes de las telas. Es necesario observar que en la organización de algunas

---

<sup>22</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 3.

<sup>23</sup> Cfr. Pallares, Jacinto. Ob. Cit. p. 36.

de estas colonias era similar a una empresa mercantil, de ahí su nombre de *factorías*.<sup>24</sup>

Para que un pueblo tan pequeño pudiera sostener una actividad tan grande y tan extensas relaciones comerciales, era preciso que su genio emprendedor le sugiriera algún recurso a propósito; y este recurso fue la fundación de numerosas colonias, además de las mencionadas: Nisibis y Odessa, en los caminos comerciales que conducían a las comarcas del Eufrates; Tarso en Sicilia y Laodicea en Siria, en los puntos de partida del comercio interior asiático; Joppe y Alcalon, al mediodía de Fenicia; Filus y Aradus, en las islas del Golfo Pérsico; Chipre, Rodas, Creta y Cytherea en la parte oriental del Mediterráneo; Sicilia, Cerdeña, Malta y Belares, hacia el occidente; Tartesia Gades, Malaca e Hispalis, en España; y Cartago, Utica e Hippona, en las costas septentrionales del África.

Son de admirarse las expediciones y empresas que realizaban los fenicios, incluso fueron tan sorprendentes que circunnavegaron el África. Eran objeto de este activísimo comercial el oro de la India y del África interior; la plata, el hierro, el estaño y plomo de España; las piedras preciosas de la India, las perlas del Golfo Pérsico; el coral de Malta; los granos, el vino y aceite de Siria y Palestina; el incienso, las drogas y la lana de Arabia; el trigo y el algodón de Egipto; los caballos, las vasijas de cobre y los esclavos de Armenia, entre otros. Gracias a la importancia y exportación y al tráfico continuo de estos variados artículos, llegó Fenicia a acumular un gran capital.

La gran aportación de los fenicios en materia mercantil es sin duda la Lex Rhodia de Jactu, más tarde recogida por el Derecho Romano, consistente en que todos los propietarios de las mercancías cargadas en un navío, deben contribuir a reparar las pérdidas sufridas por alguno de los propietarios cuyas mercancías se arrojan, echan al mar para salvar al navío >echazón<, institución que es el antecedente del actual contrato de avería,<sup>25</sup> que como se

---

<sup>24</sup> Cfr. Pérez de los Reyes, Marco Antonio. Historia del Derecho Mexicano, Vol. I, Edit. Oxford, México 2003. p. 122.

<sup>25</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 3.

sabe, motivó que el emperador Antonino declarara que así como a él le correspondía sobre la tierra, a la Ley Rodia incumbía el del mar.<sup>26</sup>

**6.- Cartago.-** En la costa septentrional de África, se fundó Cartago como colonia de Tiro, es decir, colonia fenicia, 814 años a. C. y muy pronto extendió su comercio y dominación en España, en las Baleares, en Córcega, en Cerdeña, en Sicilia, Malta y hasta la Gran Bretaña, construyendo puertos, abriendo caminos, derramando sus galeras por todo el Mediterráneo.<sup>27</sup> el engrandecimiento de Cartago comenzó cuando empieza a decaer Fenicia por la dominación de los persas. Desde entonces, el genio emprendedor de los cartagineses, libre de muchas trabas, concibió y realizó grandes empresas, elevándose sobre las demás colonias de aquella costa del continente africano.

Los cartagineses heredaron a los fenicios su vastísimo comercio, y, aunque es cierto que no extendieron más que éstos sus descubrimientos geográficos, no puede negarse tampoco que los célebres viajes, tuvieron una importancia extraordinaria para la universalidad del comercio de Cartago, ya que por todas partes se veían sus factorías y colonias. El comercio de Cartago, tanto de importación como de exportación, fue inmenso: gracias a él, llegó a ser una de las culturas más ricas y florecientes de la antigüedad. La posición de Sicilia puso a los cartagineses en contacto con roma, originándose las guerras púnicas en donde Cartago es destruida 146 años a. C.

**7.- Grecia.-** Es difícil reseñar la historia comercial de Grecia, en sus tiempos remotos, toda vez que no se dispone de otras fuentes más que los datos que la propia literatura griega nos suministra, estos datos permiten asegurar que Grecia es deudora de su comercio a Fenicia. Los fenicios, en un principio, eran los que proveían a los griegos de cuanto necesitaban, así con los productos de su propia industria, como con los de Etiopía, Arabia, India y otras provincias

---

<sup>26</sup> Cfr. Mantilla Molina, Roberto L. Ob. Cit. p. 4.

<sup>27</sup> Cfr. Pallares, Jacinto. Ob. Cit. p. 37.

extranjeras. Los griegos se sacudieron esta dependencia, dando al comercio en general un impulso decisivo.

Desde el punto de vista mercantil, son dignas de especial mención, las ciudades griegas de Atenas, Corinto y Rodas. Aunque la industria comercial era considerada deshonrosa y vil, el comercio en Atenas, que principalmente consistía en granos, llegó, gracias al espíritu de libertad que les animaba a generarles gran riqueza. Fue más activo el comercio de Corinto, toda vez que la situación especial de esta ciudad, sobre el istmo de su nombre y entre dos puertos como eran Cenchree al oriente y Leteo al occidente, así como su prosperidad manufacturera que hicieron de ella el verdadero centro mercantil de Grecia. En cuanto a Rodas se le reconoce una verdadera potencia naval de aquellos tiempos, visitando con sus poderosas escuadras el Mar Egeo, el Mar Negro y hasta las costas de Sicilia, se hizo célebre en la historia por su marina mercante y sus leyes marítimas.

Los griegos fueron grandes comerciantes, el gran desarrollo que la cultura helénica ya se había consolidado en el siglo VI a. de C.; lo que los llevó a prestar mayor atención a la navegación y al comercio que los fenicios venían desarrollando y a participar más activamente en sus relaciones comerciales con Cártago. Por ello, no es de sorprender precisamente, como resultado de problemas de competencia comercial, que se entablaron varias guerras entre estos dos pueblos, que culminaron con la colonización griega en la magna y los establecimientos comerciales en el noroeste de Sicilia, siendo este el punto de partida para la expansión de la dominación griega por todo el mundo hasta entonces conocido.<sup>28</sup> Los griegos tuvieron una poderosa marina, establecieron muchas colonias, formaron confederaciones de ciudades, fundaron a Bizancio, y por medio de caravanas hicieron también el comercio terrestre. Aunque confiada a esclavos, la industria se desarrolló entre ellos y su Código marítimo, después de ser adoptado por los romanos, fue hasta la edad media la ley universal de los mares.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Cfr. Quintana Adriano, Elvia Arcelia. Ob. Cit. p. p. 53 y 54.

<sup>29</sup> Cfr. Pradier, Fodere. Compendio de Derecho Mercantil, Edit. Obregón y Heredia, S. A. México 1981. p. 11.

Los griegos inventaron el préstamo a la gruesa, llamado *nauticum foenus*, que fue utilizado por los romanos y que consistía en que el prestamista otorgaba crédito a un naviero exportador, y si el viaje concluía en feliz arribo, el prestamista recibía un interés elevado, pero si el viaje fracasaba, no tenía el mutuante derecho a cobrar el importe del mutuo,<sup>30</sup> es el antecedente del contrato de seguro.

Cabe señalar que, “el comercio griego recibió un golpe con la guerra del Peloponeso, que concluyó con el abatimiento de Atenas; se debilitó aún más con la pérdida de la independencia de Grecia, cuando pasó a formar parte del imperio Macedónico, por los ejércitos de Roma, casi al mismo tiempo que la tercer guerra Púnica terminaba con la destrucción de Cartago.”<sup>31</sup>

**8. Roma.-** Existe consenso doctrinario en el sentido de que en el Derecho Romano, no se distinguió una rama especial o autónoma del Derecho Mercantil, si bien contó con normas que regularon el comercio, aduciendo los autores a la supuesta falta de interés o desprecio de los romanos y a la razón, que se considera válida, de que el pretor tenía facultad para regular la actividad de los comerciantes ya sea que se le presentaran problemas concretos para resolver en el momento mismo o proveer, mediante tales disposiciones, conflictos futuros.<sup>32</sup> De acuerdo con la opinión más generalizada, la perfección, flexibilidad y adaptabilidad del derecho privado romano, merced al *ius praetorium* u *honorarium*, hacía satisfactoria su aplicación a todas las relaciones privadas y, por ende, también a las nacidas del comercio.<sup>33</sup>

Ahora bien, aunque algunos autores han sostenido que las normas reguladoras del comercio en el Derecho Romano se integraban en el *Jus civile*, más bien correspondían al *Jus gentium*, porque en los primeros siglos de Roma, el derecho para ejercer el comercio, aparece como una facultad que se concede no sólo a los ciudadanos romanos, sino también a los extranjeros que

---

<sup>30</sup> Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl. Ob. Cit. p. 4.

<sup>31</sup> Cfr. Álvarez del Manzano y Alvarez Rivera, Faustino. Ob. cit. p. 72.

<sup>32</sup> Cfr. García López, José R. y Rosillo Martínez, Alejandro. Curso de Derecho Mercantil. Edit. Porrúa, México 2003. p. 18.

<sup>33</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. p. 7.

llegaban a Roma o que ahí se domiciliaban, porque en las relaciones de los ciudadanos con los extranjeros, los romanos no aplicaron la ley propia o extranjera sino que aplicaron normas comunes que vendrían a constituir una forma de derecho internacional y formaría uno de los elementos del Jus gentium, que era el conjunto de normas que los romanos tenían en común con los demás pueblos de la antigüedad. El Jus gentium regulaba las relaciones económicas y comerciales entre los pueblos mediterráneos.<sup>34</sup> Además, en Roma existía un reconocimiento general de los usos comerciales (bona fides), y gracias al fenómeno conocido como “La personalidad del derecho”, que consistía en que Roma, al conquistar un pueblo, no le imponía como obligatorio el Derecho Romano y su procedimiento, sino que respetaba el derecho y procedimiento de aquel pueblo, y no solo eso, sino que adoptaba las normas nacidas en aquel territorio que veía que podían ser aplicadas y resolvían un problema propio del pueblo romano. Así fue como el derecho en Roma se fue enriqueciendo y perfeccionando, tornándose cada día en un derecho universal.<sup>35</sup>

Mención especial merece la Lex Rhodia de Jactu, desarrollada por los fenicios, ya que fue recogida por el Derecho Romano, que como ya se apuntó, es el antecedente del actual contrato de avería. Asimismo, el Derecho citado estableció las siguientes normas aplicables al comercio: Actio Institoria, que permitía reclamar al dueño de una negociación mercantil el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Institor (administrador o gerente); Actio Exercitoria, se daba en contra del dueño de un buque, para cumplir con las obligaciones contraídas por su capitán (exercitor); Tributaria; Nauticum foenus, regulaba el préstamo a la gruesa; por ejemplo, aquel cuya exigibilidad está condicionada por el feliz retorno de un navío, y en el que se conviene un fuerte rédito; Nautae, coupones et stabularii ut receptota restituan, La obligación que tenían los marinos, posaderos y estableros de custodiar y devolver el equipaje de los pasajeros; Ley Roída de iactu, regulaba la echazón, y estaba incluida en el Digesto. Esta ley incorporó las leyes Rhodias, las cuales ya contemplaban la figura de la echazón; Receptum argentariorum, es la obligación que tiene el

---

<sup>34</sup> Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 4

<sup>35</sup> Cfr. García López José R. y Rosillo Martínez Alejandro. Ob. Cit. p. 17

banquero frente a un tercero de pagar la deuda de su cliente y; Liber accepti et depensi, es la contabilidad mercantil.<sup>36</sup>

**B.- Edad Media.-** Esta etapa de la vida del hombre, denominada Edad Media, ocurre del siglo V al Siglo XV; es considerada como la primera de cuatro etapas de la evolución del Derecho Mercantil y va hasta el Código de Napoleón (Girón Tena), que llamaríamos etapa urbana del comerciante individual especializado en gremios y corporaciones; segunda, etapa fundamentalmente de los Códigos de Comercio, basados en el acto de comercio, a partir del Código de Napoleón de 1808; tercera, de leyes y códigos mercantiles estructurados en torno a la actividad de las empresas; la cuarta etapa, aún en formación y crecimiento, en las que tienden a constituirse nuevas disciplinas adicionales o ajenas al derecho mercantil, como son el derecho mercantil internacional, el derecho marítimo y el derecho económico o derecho de la economía, con características propias, distintas y a veces opuestas al derecho comercial tradicional.<sup>37</sup> Indudablemente que esta cuarta etapa se encuentra en plena evolución; existe la imperiosa necesidad de unificar las reglas que regulan los contratos mercantiles internacionales y particularmente la unificación de las reglas que regulan el comercio electrónico internacional, como lo expondré en este trabajo, a más de proponer las reformas legislativas para llevar a cabo esta tarea.

La Edad Media inicia propiamente con la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando sucumbió ante los pueblos germanos, es decir en el siglo V, año 476 y concluye en el Siglo XV, año 1453 con la caída del Imperio Romano, ahora de Oriente; en su primera etapa, lo que caracteriza a la Edad Media es entre otros sistemas el feudalismo, que determina la situación del siervo frente al señor feudal, ya que el primero vivía cautivo y adherido a la tierra en la que producía para el segundo, era una economía cerrada de autoconsumo, por lo que el trueque y el uso del dinero era mínimo, éste realmente no se necesitaba en una sociedad con comercio e industria casi

---

<sup>36</sup> Idem. p. p. 18 y 19.

<sup>37</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades, 3a. Reimp., Editorial porrua, México, 1999. p. 12.



nulos. La palabra *feudo* deriva del germano *febu* y significa “rebaño o propiedad” y se entendía como una especie de contrato o concesión mediante el cual un individuo recibía de manos de su soberano o señor la posesión de tierras y rentas para administrarlas a su albedrío. Éstas podían ser heredadas a sus sucesores, todo ello a cambio de guardar fidelidad y de prestar ciertos servicios al otorgante.<sup>38</sup>

Sin embargo, el feudalismo poco a poco fue transformándose en un sistema económico capitalista, la transición continuó hasta el Siglo XVIII; es un proceso propiciado por los grandes descubrimientos y colonización de tierras, que al igual que las cruzadas y otros elementos tienen que ver con el desarrollo del comercio. El mercado mundial, el gran saqueo a las colonias recientemente descubiertas y sometidas >América, África< la monetarización de la economía, el desarrollo de la manufactura irán sentando las bases del segundo aspecto básico de la acumulación originaria de capital. Proveniente del capital usurario y, en mayor medida, del capital comercial es precisamente este atesoramiento un requisito indispensable para el capitalismo debido a que las grandes empresas comerciales, industriales e incluso las guerras coloniales, así como las invenciones técnicas precisan de sumas poderosas de capital para luego acrecentarlo. El triple saqueo de Europa a las colonias se realiza en los aspectos esenciales; de materias primas y metales preciosos, de explotación de mano de obra y comercio de esclavos, de intercambio desigual. Para ahondar sobre la transición del feudalismo al capitalismo, consulté el libro de la Prehistoria a la Historia, Tomo I.<sup>39</sup>

Como lo analizaré a continuación, en la Edad Media, tres fenómenos históricos influyeron en el desarrollo del comercio y por ende, en el Derecho Mercantil. Fueron las cruzadas, las ferias de occidente y la participación de la iglesia.<sup>40</sup> A lo que también se agregan las bolsas, que eran puntos e reunión de comerciantes.

---

<sup>38</sup> Cfr. Pérez de los Reyes, Marco Antonio. Ob. Cit. p. p. 128 y 129.

<sup>39</sup> Cfr. Colmenares Maguaregui, Ismael; Delgado Sánchez; Arturo; Gallo T. Miguel Angel; González Gómez, Francisco y; Perea Cortés Armando. Recopiladores, De la prehistoria a la Historia Tomo I. 4a. Ed. Edit. Ediciones Quinto Sol, S. A. México 1994. p. 141.

<sup>40</sup> Cfr. Vásquez del Mercado Oscar. Ob. Cit. p. 8.

**1.- Desarrollo del comercio:** En el desarrollo del comercio durante la Edad Media, convergen varios factores o elementos que contribuyeron para su resurgimiento y transformación, a saber; la participación de la iglesia, las cruzadas, las ferias de occidente, las bolsas y desde luego la formación y fortalecimiento de los gremios y corporaciones de comerciantes, los consulados y la *lex mercatoria*. Pasemos al análisis de estos factores que hicieron renacer y florecer el comercio

**a).- La Iglesia.-** En cuanto a la influencia de la iglesia, en el desarrollo del comercio y del derecho mercantil, que para otros más bien significó una oposición, ya que prohibió el cobro de intereses, al indicar las excepciones reconoció que el mercado requería del crédito; por otro lado, si contribuyó a tales fines, ya que la iglesia consideró que los capitales eran susceptibles de producir provechos legítimos si se reunían determinadas condiciones. Cuando los capitales están sujetos a un riesgo, el Derecho Canónico admitía una remuneración correspondiente a los riesgos corridos.<sup>41</sup> De tal manera que si bien la iglesia prohibió la usura, ello sirvió también para regular de alguna manera las cuestiones crediticias, sin embargo la iglesia se ganó la crítica de mantener riqueza muerta. Por otro lado, cabe mencionar al grupo de comerciantes cristianos europeos, que a decir de Jesús Zamora Pierce, se desarrolló de los siglos VIII al IX. *Presentan los comerciantes características que los individualizan de las otras clases sociales, y que se acusarán con el transcurso del tiempo. La iglesia ha enseñado que la vida eterna, después de la muerte, es la que realmente cuenta; el comerciante introduce un sentido laico del tiempo, valorando el "ahora" en el que realiza sus negocios y se enriquece.*<sup>42</sup>

**b).- Las Cruzadas.-** De mucha importancia para la recuperación y el desarrollo del comercio fueron las cruzadas, pues abrieron las vías de comunicación con el oriente y el general expandieron el comercio por toda Europa. La primera cruzada 1096-1099, predicada por Urbano II, cuya finalidad fue un movimiento

---

<sup>41</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 9.

<sup>42</sup> Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. 5a. Ed. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, p. 5.

de fe para liberar el sepulcro de Cristo, en tierra santa suscitaron constantes relaciones entre el Occidente y el Oriente del Mediterráneo. El comercio se desarrolló gracias a que en las cruzadas, era necesario asegurar a los ejércitos que marchaban hacia el Oriente de medios de subsistencia, personales y militares, por lo que se estableció una corriente comercial entre los cristianos de tierra santa y los de Occidente. Para financiar las Cruzadas, para establecer el comercio, se crearon bancos los que desarrollaron grandes operaciones financieras, las que, como es natural, hubieron de ser reglamentadas, surgiendo de esa manera diversas reglas mercantiles.<sup>43</sup>

En realidad, si bien las cruzadas tuvieron de origen el rescate de tierra santa de los musulmanes, que no se logró finalmente, al momento se convirtieron en una ventaja para la expansión de los dominios de la iglesia en su afán de poder y de riqueza, otros iban por el botín que podían obtener y porque contribuían al desarrollo del comercio de las ciudades italianas de Venecia, Génova y Pisa y tan es así que la tercera cruzada no tuvo ese objeto sino el de obtener grandes beneficios comerciales, lo cual se acrecentó en la cuarta cruzada.

**c).- Las ferias.-** El impulso que se dio al comercio por las cruzadas y por la inseguridad en el transporte, originó la creación de las Ferias. La comunicación por tierra era sumamente difícil y con muchos riesgos lo que orilló a los comerciantes a agruparse para trasladarse de un lugar a otro.<sup>44</sup> En lugares remotos y fechas previamente convenidas, se celebraban ferias, en donde se reunían grandes comerciantes para la comercialización de diversas mercaderías y se les procuraba la debida protección; entre las Ferias del medioevo se destacan las de León, Champagne, Francfort, Leipzig y Brujas.<sup>45</sup> Estas ferias eran muy seguras y se protegían a los comerciantes.

De acuerdo con Ismael Colmenares Maguregui, la seguridad en Champagne por ejemplo, consistía en que el gobernante otorgaba a los comerciantes un salvoconducto para ir y venir a las ferias, quienes pagaban un

---

<sup>43</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 8.

<sup>44</sup> Idem. p. 8

<sup>45</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. p. p. 8 y 9.

impuesto por entrada y por salida y otro por almacenaje de la mercancía. Había otro por las ventas, y otro llamado de “casilla”. No había oposición a esas tasas, porque eran bien conocidas, fijas y no muy exorbitantes y en caso de asalto, los comerciantes de la provincia, en cuyo suelo se había efectuado el asalto, no podían participar en las ferias.<sup>46</sup> En el Derecho Español también se protegió a los comerciantes; la Ley 4a., título 7o. de la Partida V dispone que “todos los que vengan a las ferias de estos Reynos o a otro asunto de ellos en cualquier tiempo, sin distinción de cristianos, moros o judíos, serán salvos y seguros en sus personas, bienes y mercaderías, así en la venida como en su entrada y vuelta”.

Asimismo, para asegurar que fueran efectivamente un centro de contratación donde se evitase el engaño y se protegiese al comerciante extranjero, según el autor español Joaquín Garriguez, las ferias funcionaban bajo una severa disciplina jurisdiccional. Se unificaba en ellas el Derecho aplicable y el Tribunal que habría de aplicarlo. *La exacta ejecución de los contratos celebrados durante la feria se aseguraba mediante una serie de disposiciones inspiradas en un especial rigor coactivo (rigor mundinarum): concesión de fuerza ejecutiva a ciertos documentos mercantiles pagaderos en la feria (executio parata) y procedimientos sumarísimos que llegan a la prisión por deudas (aut solve, aut mane);<sup>47</sup> la rapidez de las transacciones y el crédito caracterizan el jus mundinarum, como derecho especial que es creado en estas ferias, en donde vieron la luz la quiebra y la letra de cambio como medio de transportar dinero. El jus mundinarum o derecho de las ferias, pronto se aplicó a la mayoría de las operaciones comerciales, con lo que viene a complementarse el jus mercatorum. Respecto de las quiebras, se dice que a la entrada de los caminos se encontraban los banqueros, sentados en bancos, que hacían las veces de cambistas de monedas y ante quienes se podía depositar dinero, a cambio de un título de crédito, como un pagaré o una letra de cambio, para ser cobrada en otra plaza, con un socio del banquero, el cual*

---

<sup>46</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 152.

<sup>47</sup> Garriguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil II, 9a. Ed., 2a. Reimpresión, Edit. Porrúa, México 1998. p. 55

en caso de llegar a una quiebra hacía precisamente ostentación de su ruina quebrando su banco.<sup>48</sup>

Actualmente, en el mundo se siguen celebrando ferias, en nuestro país generalmente son anuales, tienen carácter local, regional, nacional e internacional, en donde como antiguamente se comercializan bienes y servicios, aunque en muchas se agregan espectáculos taurinos, ecuestres, musicales, aéreos y otros. Por ejemplo, en la ciudad de México se celebran la feria del hogar, la feria de la computación y electrónica, la feria del zapato, la feria de las flores y la feria del mole, por citar algunas; en el interior de la república destaca la feria de San Marcos de Aguascalientes. En mi opinión, la celebración de estas ferias obedece a varios factores, como son el hecho de que fabricantes, distribuidores e intermediarios, esperando elevar sus ingresos, se dan ocasión para ofrecer a la venta bienes y servicios novedosos en un gran número y variedad de calidades, que resulta atractiva para los consumidores y éstos, a su vez, esperan promociones y ofertas para satisfacer sus necesidades consumistas, lo cual representa también ingresos para el Estado por las contribuciones que se recaudan.

**d).- Las Bolsas.-** El autor Joaquín Garriguez, señala que otro punto de reunión de los comerciantes eran las Bolsas, en un día y lugar determinados, para concluir sus negocios y tratar de los asuntos que interesaban a su profesión. *Estos lugares de contratación estaban en las grandes ciudades mercantiles del norte de Italia, en las cuales desde el siglo XII se desarrollaba una especie de tráfico bursátil vinculado a las mesas de los cambistas y banqueros. Pero la organización moderna de las Bolsas arranca del siglo XVI. En Londres se construye la Bolsa el año 1570, y un año después, la Lonja de Barcelona se convierte en una verdadera casa de contratación.*<sup>49</sup>

**e).- Gremios y corporaciones de comerciantes.-** Como consecuencia de las invasiones de los bárbaros, el mundo romano se ve perturbado en su actividad comercial, que prácticamente queda suprimida, pues el comercio reduce tan

---

<sup>48</sup> Cfr. Pérez de los Reyes, Marco Antonio. Ob. Cit. p.p. 134 y 135.

<sup>49</sup> Ob. Cit. p. 55.

sólo a intercambios entre las personas de un mismo lugar, es decir, de un mismo centro urbano o de una población rural, personas que se concretan únicamente a tratar de satisfacer sus propias necesidades, es el feudalismo en todo su esplendor. *Esta situación subsiste hasta el Siglo XI, en que surgen grandes centros industriales y comerciales en las ciudades Italianas de Génova, Venecia, Amalfi, Florencia, Milán y Bologna y otros países como Bélgica en las ciudades de Bruselas, Brujas y Amberes, Holanda en la Ciudad de Ámsterdam, en Francia en las Ciudades de Marsella y Lyon, en España en las ciudades de Barcelona, Sevilla, Burgos y Bilbao.*<sup>50</sup>

Por cuanto a la regulación jurídica de la actividad comercial, que se mantuvo hasta el resurgimiento del comercio, cabe comentar que el Derecho Romano sobrevivió a la caída del imperio, gracias al sistema de la personalidad de las leyes. Los reyes bárbaros hicieron redactar la costumbre jurídica de sus pueblos, *leges barbarorum*, aplicable a los conquistadores, y además hicieron componer, para sus súbditos romanos, colecciones de reglas tomadas del Derecho Romano,<sup>51</sup> sin embargo, las normas mercantiles de este derecho, ya no resultaban adecuadas para regular la actividad comercial y dejaron de tener vigencia y tampoco eran suficientes ni adecuadas las del derecho germano, que en materia procesal basaban la demostración de los medios de prueba con base en cuestiones divinas, como juramento de purificación y juicio de Dios, es decir, en tanto que el derecho romano tendió a resolver la litis mediante la convicción del juez, los germanos entregaron el resultado del proceso a la intervención divina.<sup>52</sup>

Aunado a lo anterior, la falta de poder coactivo de los estados que incidía en la falta de certeza y seguridad jurídica en las relaciones comerciales, motivó que se formaran gremios y corporaciones integrados por individuos dedicados a la misma profesión u oficio, los que tenían como objeto la defensa de sus intereses y entre ellas surgen los de los comerciantes, adoptando la denominación de Universidad de Mercaderes >universitates mercatorum<; principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, los que con el

---

<sup>50</sup> Vásquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. p. 6 y 7.

<sup>51</sup> Cfr. Zamora Pierce, Jesús. Ob. Cit. p. 2.

<sup>52</sup> Idem. Ob. Cit. p. 3.

tiempo crean sus propios cuerpos de normas denominados estatutos, así como sus propios tribunales para dirimir sus controversias. Los gremios y corporaciones de mercaderes surgen en las ciudades comerciales italianas: Amalfi, Venecia, en los Siglos X y XI; Pisa y Génova, en el Siglo XII; Siena, Milan y Bolonia, durante los Siglos XII y XIII y, en esta última centuria, en Florencia, la más importante plaza bancaria europea durante muchos siglos.<sup>53</sup> Los consulados son los órganos de impartición de justicia de las corporaciones, en donde por cierto se matriculaba a los comerciantes, para que pudieran formar parte de éstas.

Así nace el Derecho Mercantil, por la fuerza de la costumbre vertida en los estatutos, que no solo contenían normas adjetivas, sino también sustantivas naciendo además el Derecho Procesal Mercantil. Los tribunales mercantiles administraban justicia sin formalidad alguna (*sine strepitu et figura iudicii*), siguiendo las reglas de la equidad (*ex bono et aequo*).<sup>54</sup>

**2. Lex Mercatoria.-** La práctica del comercio y la solución de las controversias por parte de los mercaderes reunidos en gremios y corporaciones, va creando un conjunto de normas de origen consuetudinario, así como los consulados encargados de dirimir las controversias, convirtiéndose éstos en verdaderos tribunales, que administran justicia sin sujetarse a formalidad alguna y dictan sus sentencias con base en usos y costumbres que son generalmente aceptados, pero no transcurrió mucho tiempo sin que se recogieran por escrito las decisiones de los tribunales consulares, nacieron así, merced a esa doble práctica estatutaria y jurisdiccional de las corporaciones, las primeras colecciones de normas de Derecho mercantil, en las que está el origen de éste como sistema autónomo y separado del Derecho civil.<sup>55</sup>

Estas normas consuetudinarias y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática,

---

<sup>53</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge. Ob. Cit. p. 13.

<sup>54</sup> Cfr. Zamora Pierce, Jesús. Ob. Cit. p. 7.

<sup>55</sup> Cfr. Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil, 20a. Ed., Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid 1977. p. 4.

llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.<sup>56</sup> Se dice que a fines del Siglo XI, se produce la llamada Revolución Comercial, cuyos protagonistas principales, los mercaderes—mercatores--, formarán una nueva clase social, cuya actividad va a ser protegida por los monarcas y por la nobleza.<sup>57</sup>

Las recopilaciones de las normas consuetudinarias y las decisiones de los tribunales, formaron los siguientes estatutos u ordenanzas: Consulado del Mar del siglo XIII.- Recopiló las resoluciones dictadas por el Consulado de Barcelona, aplicado por largos años en los puertos del Mediterráneo occidental; Roles de Olerón.- Del Siglo XIV, recogieron las decisiones de los tribunales de la Isla de Olerón sobre comercio marítimo en la costa atlántica francesa, las sentencias se registraban en rollos de pergamino de ahí el nombre de roles o rooles; Leyes de Wisby.- Del Siglo XV regulaban el comercio en el Mar Báltico y en el Mar del Norte, que son una adaptación o traducción de los Roolles; Las Actas de las asambleas de la Liga Hanseática.- Contenían la legislación de las ciudades alemanas, de aplicación en el Mar del Norte; Capitulare nauticum (Venecia, 1255); Código de Costumbres de Tortosa; Las entidades medievales crearon los estatutos: Consuetudini de Génova (1056); Constitutum usus de Pisa (1161); Liber consuetudinum de Milán (1216) y ; Tabla Amalfitana (siglos XII y XIV); En España: Consulado del Mar de Barcelona (Siglo XIII); Fuero Real; Código de las Siete Partidas(1348); Ordenanzas de Alcalá (1348); Ordenanzas de Burgos (1494).

Con base en los estatutos de las corporaciones, la fuerza de la costumbre y la jurisprudencia de los tribunales de comercio de los mercaderes, se crea e impone la Lex Mercatoria, que se convierte en un derecho obligatorio internacional, con prevalencia inclusive sobre el Derecho Romano, tan es así que en Inglaterra, ésta se incorpora al common law, por virtud de la “Carta Mercatoria” del año 1303, que por cierto, concedió privilegios a los mercaderes con exenciones de impuestos; situación y condición que en gran parte ha persistido como común denominador en la mayoría de la culturas y en este

---

<sup>56</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. p. 8.

<sup>57</sup> Cfr. Pérez Bustamante, Rogelio. Historia del Derecho Español. Fuentes del Derecho. Edit. Dykinson, Madrid, 1997 p. 227.



caso, como ejemplo tenemos que, en materia de impartición de justicia, el Estatuto de Sable de 1353, impuso a las ciudades que comerciaban con productos principales, el establecimiento de cortes de justicia en los que, en lugar de aplicar el common law, se aplicaba la Lex Mercatoria, que era el derecho aplicable a los contratos mercantiles, independientemente de la ley del lugar y de la ley personal de las partes.

Debo indicar aquí que el Estatuto de Sable, es un conjunto de reglas relativas a normar las prácticas comerciales por medio de contratos mercantiles internacionales. El origen de este término se encuentra en la Edad Media, se utilizaba para designar los ordenamientos que regían a algunas ciudades y reinos de esa época.<sup>58</sup>

Indudablemente que el derecho mercantil nació como un derecho de clase, de carácter subjetivo, pues las normas solo aplicaban a quienes pertenecían a los gremios o corporaciones, ya que debían matricularse; sin embargo, como lo apunta Mantilla Molina, desde un principio de introdujo como elemento objetivo al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio *ratione mercaturae*; así, ni los tribunales mercantiles eran competentes, ni aplicable el derecho comercial, por la mera circunstancia de tratarse de un agremiado, si no se tenía también el dato de la mercantilidad de la relación contemplada; pronto se consideró que quienes de hecho ejercían el comercio, aún cuando no hubieren ingresado en el correspondiente gremio, estaban sometidos a la jurisdicción de sus tribunales >los tribunales consulares< y a las normas de sus estatutos.<sup>59</sup>

**C.- Pueblos Modernos.-** En la época moderna, se suscitaron diversos acontecimientos que hacen transformar el comercio del medioevo: El descubrimiento de América provocó un cambio fundamental en el comercio, ya que se desplazó del Mediterráneo al Océano. La supremacía comercial de los países mediterráneos, principalmente Italia, pasa a las naciones occidentales,

---

<sup>58</sup> Cfr. Feldestein de Cárdenas, Sara. Los Principios del Derecho Contractual Internacional. 3a. Ed. Edit. Ángel Editor, México-Argentina, 2002. p. 189.

<sup>59</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 6

España, Francia, Inglaterra, Portugal, quienes se encuentran en mejor posición geográfica para traficar con el nuevo mundo. Poco antes, en 1438, el paso hacia las Indias Orientales, por el Cabo de Buena Esperanza, influye también para ese desplazamiento y sobre todo en 1453, la caída del Imperio Romano de Oriente, Constantinopla conquistada por los turcos, implica una supresión del comercio de Italia con el Oriente y en particular Venecia. La fisonomía de las propias ferias cambia, ya que no se trata de ferias en las que se cambian mercancías como en las de la Edad Media, sino que en ellas se ajustan cuentas entre banqueros, originándose así la operación de compensación.<sup>60</sup>

Según Mantilla Molina, *aunque todavía a fines del Siglo XVI se publica en Ruán una compilación privada, el Guidon de la Mer (Gallardete del Mar), de especial importancia para el seguro marítimo, pronto la actividad creadora de normas jurídicas es reasumida en su integridad por el Estado, al preocuparse por dictar leyes adecuadas al comercio.*<sup>61</sup>

Ya para los Siglos XVII y XVIII, las corporaciones de mercaderes van perdiendo fuerza, pues con el advenimiento de los estados nacionales, los monarcas asumen el control de la política económica, nace el proteccionismo mercantilista y el Estado-empresario. A la llegada de la revolución industrial, desaparecen las corporaciones mercantiles, la Lex Mercatoria pierde fuerza y se incorpora de alguna manera a los códigos de comercio de los estados, las costumbres no son ya la fuente primordial de las obligaciones mercantiles y la figura del industrial opaca a la del mercader o comerciante, que es relevada a segundo término.

Las corporaciones de comerciantes fueron suprimidas por edicto de 1776, dictado por Roberto Turgot, secretario de finanzas de Luis XVI, por considerarlas contrarias al derecho natural y a la libertad de cada quien de trabajar como lo desee y lo proclama la libertad de comercio y de artes manuales; aunque las corporaciones fueron restablecidas poco después, las ideas libertarias de la Revolución Francesa de 1789, hacen que sean

---

<sup>60</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. p. 10 y 11 y 12.

<sup>61</sup> Mantilla Molina, Roberto L., Ob. Cit. p. 7.

suprimidas por ser consideradas contrarias a las libertades de comercio y de industria. Aquí es necesario comentar que las ideas de los enciclopedistas giraban en torno a las libertades del hombre.

Asimismo, las ordenanzas de Colbert de 1673, que regularon el comercio terrestre y las de 1681, que regularon el comercio marítimo, cuya aplicación prácticamente fue local y fueron objeto de modificaciones, con el tiempo resultaron insuficientes para regular el comercio en Francia, lo que no les resta el mérito de ser la base para la formulación del Código de Comercio Francés de 1807, también conocido como Código de Napoleón y que entro en vigor en 1808.

Pero veamos como fueron asumiendo las naciones el control del comercio, con base en las obras de los autores Jacinto Pallares y Faustino Alvarez del Manzano:

**1.- Portugal.-** La situación de este país en el extremo occidental del continente europeo y con magníficos puertos en el Océano Atlántico, el carácter emprendedor de sus habitantes, el genio extraordinario de algunos, la sabiduría y la discreción de sus reyes y la influencia de la iglesia católica, protectora siempre del verdadero progreso, fueron, entre otras, las causas que especialmente determinaron en la Edad Moderna el engrandecimiento y la prosperidad de Portugal.<sup>62</sup>

En efecto, Portugal tomó la iniciativa de los descubrimientos marítimos, habiendo hecho el viaje de circunvalación del África, en donde se observa al atrevido navegante Vasco de Gama quien conquistó las primeras posiciones que tuvieron los portugueses en oriente, las cuales con el transcurso del tiempo se convirtieron en un gran éxito y extensión, fundándose un virreinato gobernado en un principio por estadistas notables como Albuquerque. Estas posesiones, conquistadas en luchas con los naturales y con los árabes, auxiliados por los genoveses, cuyo comercio intermediario con la india se los arrebató Portugal, reduciéndolos a simples piratas, comprendían Sofala, Monopotapa, Mozambique, Quiloa, Melindre y la isla de Socotora en la

---

<sup>62</sup> Cfr. Alvarez del Manzano, Faustino y Alvarez Rivera. Ob. Cit. p. 287.

costa sudoeste de África; las islas de Ormuz, Bahrein, en el golfo Pérsico dependientes de Goal, en la Arabia; en el Indostaní desde el Golfo de Camboya hasta el cabo de Comorin, incluida la isla de Ceilan; en las demás costas del Indostaní, Málaga, Negapatan y Meliapur; en las islas de sonda, eran dueños de todas las Malucas; en China adquirieron la isla de Macaco, y en el Japón tuvieron al principio factorías y posesiones que perdieron más tarde por sus desmanes y violencias, obligando al emperador a arrojarlos del imperio y a imponerles crueles castigos.

Con semejantes posesiones se hicieron dueños los portugueses, durante casi un siglo, desde 1500 hasta la guerra de Holanda, del comercio de aquellos países con Europa y del comercio intermediario entre dichas islas, África, China, Japón y el interior de Asia. El comercio era libre para todo portugués, pero existían grandes reservas y regulaciones por parte del estado, convirtiéndose en un monopolio legítimo por parte del gobierno, con cierta razón ya que el estado era quien había sufragado todos los gastos de descubrimiento de nuevas rutas o vías y conquista de posesiones.

Por desgracia, el clero católico empezó a diezmar a estas islas por medio de las crueldades inquisitorias, y la unión de España y Portugal, se reflejó en el descuido de estas conquistas. Lo anterior, generó que con el devenir del tiempo fueran cedidas a los holandeses, dirigiéndose desde entonces todos sus esfuerzos a la colonización del Nuevo Mundo en este caso Brasil.

Esta inmensa posesión (Brasil) fue descubierta casualmente por Cabral en el año de 1500, cuando navegando hacia las Indias fue arrojado por una tempestad a las costas de una tierra desconocida, cuyos bosques vírgenes los designó como Brasil, tomando posesión de ella en nombre de la corona de Portugal. Portugal tenía comercio con posesiones de Asia, África y América. Lisboa era el centro único de comercio de Portugal. Se caracterizaron por tener una fuerza marítima tanto mercante como militar impresionante, es un claro ejemplo de esto la denominada escuadra invencible; tenían cerca de 50 buques en la pesca de Terranova. Sin embargo, con la dominación española vino la decadencia de Portugal, pues Felipe II, cerró el puerto de Lisboa, incorporó la

marina portuguesa a la española, más tarde se adjudicó Brasil y de su grandiosidad sólo son recuerdos de glorias pasadas.<sup>63</sup>

**2.- España.-** Las grandes conquistas de España por toda América, abrieron un inmenso campo al comercio español, se lanzó un frenesí de campañas mineras en el Nuevo Mundo. Asimismo, el gran Felipe II en 1580 se apoderó de Portugal, que hasta 1640, en que bajo el reinado de Felipe IV se volvió a declarar independiente, estuvo a la dominación española. La soberanía de los monarcas de España en el transcurso de estos setenta años, fue tan absoluta, que en la Corte de Madrid se centralizó en todos sus ramos la administración pública del antiguo territorio portugués y de sus florecientes posesiones, La preponderancia mercantil de Portugal, que al tiempo de la conquista se encontraba en su mayor esplendor, pasó, por consiguiente, a España.<sup>64</sup> De este lado, la historia del comercio en México durante el gobierno colonial, es la historia del comercio español con todas sus posesiones exteriores.

Pero como ocurrió con otros países a lo largo de la historia y como España no pudo ser la excepción, al consumarse con la toma de Granada la reconquista del territorio español, este perdió todas sus fuentes de riqueza porque la expulsión de árabes y judíos, razas ambas industriosas activas, y el predominio de una nobleza enemiga del trabajo y del tráfico y de un clero numeroso que tenía en sus manos amortizada la riqueza pública, redujo a la nación española a la más rápida decadencia.

Nada tiene de extraño que a pesar de ser España la señora del Nuevo Mundo como poseedora de la Nueva España o México, Chile, Nueva Granada, Orinoco, Río de la Plata, Perú, Santo Domingo, Cuba, Jamaica, Puerto Rico, Las Floridas, algunas otras islas en las Antillas, y en Asia las Filipinas, las Marianas y las Carolinas; a pesar de los inmensos tesoros en metal que pasaban de América a España la ruina de esta quedó consumada. Durante la guerra que sostuvo con Francia, Inglaterra y Holanda, estas tres

---

<sup>63</sup> Cfr. Pallares, Jacinto. Ob. Cit. p. p. 70 y 71.

<sup>64</sup> Cfr. Alvarez del Manzano, Faustino y Alvarez Rivera. Ob. Cit. p. 292.

naciones favorecidas por Portugal, se hicieron señoras de ese comercio por medio del contrabando no solo con la tolerancia, sino con la complicidad del Gabinete de Madrid, que conocía muy bien que no podía evitarlo, pues España no podía abastecer a sus colonias;<sup>65</sup> Así, poco a poco España fue perdiendo la posesión de sus inmensas colonias

**3.- Holanda.-** Los países bajos >llamados así por su poca elevación sobre el nivel del mar< cuyo estado comercial era muy próspero, tenían su centro en las ciudades de Brujas primero y Amberes después. Muchas de las provincias holandesas estaban en el dominio de la corona española encabezada por el rey Felipe II, sin embargo, por fortuna las provincias septentrionales de los Países Bajos escaparon a este sombrío panorama, y se unieron con las Siete Provincias,<sup>66</sup> más tarde se le llamó Holanda y la ciudad de Ámsterdam se convirtió en el centro del comercio substituyendo a Amberes.

Sus flotas llegaban a Lisboa, dueña entonces del comercio de la India, para repartir en el Norte de Europa los productos de aquella región. Sin olvidar que España en la época de sus dominios en Portugal, combatió y prohibió ese comercio con Holanda y ésta se vio obligada a buscar una vía directa a la India. El azar favoreció sus deseos pues Cornelio Houtman ofreció sus servicios a cambio de su libertad. Este atrevido navegante, evitando la ruta seguida por los portugueses, abordó la costa septentrional de Java en 1596, abriendo un sendero que permitió a los holandeses invadir los dominios orientales de Portugal.

A esta primer campaña le siguió una segunda, pero de mayor importancia, preparada por la misma sociedad, pero unida a otra, compuesta de una escuadrilla de ocho buques y comandada por dos experimentados marinos, la cual, obtuvo un éxito superior al anterior, así, el interés comercial y el entusiasmo de los holandeses, generaron nuevas sociedades mercantiles, armando buques con destino a los mares de la India. Estos felices resultados

---

<sup>65</sup> Cfr. Pallares, Jacinto. Ob. Cit. p. p. 74 y 75.

<sup>66</sup> Estas provincias fueron Holanda, Zelanda, Güeldres, Groninga, Utrecht, Over-Issel y Frisia y constituyeron una confederación.

hicieron que las compañías se multiplicaran y los viajes se volvieran más frecuentes, y que la influencia comercial de los holandeses en la India llegara a adquirir proporciones extraordinarias.

Pero obrando estas sociedades independientes unas de las otras, generaron que las fuerzas se dividieran, la competencia era inevitable, además de los perjuicios que esto le traía al comercio holandés, por eso, a petición de los Estados Generales de Holanda, todas ellas se fundieron en una dotada por el gobierno de considerables privilegios; tal fue la célebre Compañía Holandesa de las Indias Orientales, dos expediciones enviadas por la Compañía se apoderaron de parte de las Malucas; alianzas hábilmente contraídas le facilitaron el establecimiento de factorías y de fuertes en las costas de Malabar y de Coromandel y en la isla de Ceilán; habiendo ocupado a Java el comandante en jefe de las posesiones holandesas, se edificó la ciudad de Batavia sobre las ruinas de Jacatra; y desde entonces, Holanda extendió rápidamente su dominación por casi todas las comarcas indias, llegando a ser sus posesiones territoriales en aquel país mucho más considerables de los que había sido en su tiempo la de los portugueses primero, y la de los españoles después. El gobierno de este vasto imperio estaba a cargo de un gobernador general residente en la ciudad de Batavia, organización que revestía un carácter esencialmente mercantil, por eso, el comercio estaba bajo la vigilancia y protección inmediata del gobierno.

El Nuevo Mundo, como se podía esperar, llamó también la atención de los Países Bajos; y Amberes antes y después Ámsterdam, fueron los puertos de donde salían las expediciones al Océano Atlántico, y las plazas mercantiles de donde se importaban las mercaderías de aquellas comarcas. Por las mismas razones por las que se creó la Compañía Holandesa de las Indias Orientales.

En suma, este país, por medio de sus poderosas compañías en las Indias, sostuvo relaciones marítimas con Oriente y Occidente, consiguió un comercio propio y, aumentando de día en día la importación y exportación de los más variados productos, llegó a ser el depósito de Europa, figurando la

ciudad de Ámsterdam como centro principal de tan animado tráfico. Los pueblos europeos, tuvieron que doblarse ante la supremacía mercantil de Holanda: consumada la ruina de la Liga hanseática,<sup>67</sup> con facilidad extendieron los holandeses su comercio por Rusia, Polonia, Estados Escandinavos, Inglaterra, Alemania, Italia y países de Levante, Francia y hasta España y Portugal, a pesar del riguroso exclusivismo que en sus legislaciones dominaba.

En Rusia, gozó la República Holandesa de grandes inmunidades comerciales, enviando todos los años de treinta a cuarenta navíos al puerto de Arkhángel, primera plaza mercantil de aquel basto territorio; gracias a sus relaciones con Polonia, fue Holanda el depósito más importante de granos en Europa; en los Estados Escandinavos pasó a los holandeses la inmensa preponderancia que habían tenido los hanseáticos, fue tan considerable el tráfico que la pequeña república sostuvo con Inglaterra, que el comercio inglés hasta la mitad del siglo XVII, marchó a remolque de las provincias unidas, cuyos numerosos buques cargaban en los puertos de aquel reino cobre, estaño, plomo, carbón de piedra, salitre, hilos de lana, paños, telas de algodón, entre otros productos.

En Alemania, la dominación mercantil de los holandeses fue absoluta en las fértiles riveras del Rin, haciéndose ascender a mil trescientos el número de barcos que por este río subían y que cargaban distintos artículos, constituyendo la madera en primer término y después el vino del Rin y del Mosella los principales negocios del activo comercio Rhenano; aunque no por medios lícitos la República holandesa dominó en el mediterráneo logrando así sostener un importante tráfico con Italia y países de Levante, estableciendo en Smirna su centro comercial, e importando de aquellas regiones seda, algodón, cordobán, goma, esponjas, anís y frutos.

En Francia ejerció también Holanda la supremacía mercantil hasta los tiempos de Luis XIV, recibándose en Ámsterdam los vinos, aceites, productos coloniales y manufacturas francesas, y efectuándose los cambios

---

<sup>67</sup> La liga Hanseática o Hansa, fue una federación de ciudades del norte de Alemania y de comunidades de comerciantes alemanes en el mar Báltico, los Países Bajos, Noruega e Inglaterra.



principalmente en la Rochella primero y después del advenimiento de los Borbones en Burdeos.

En España, también se aprecia la influencia de los holandeses, los cuales, lograron eludir en cuanto era posible, las medidas restrictivas adoptadas por Felipe II acogiéndose a un pabellón extranjero, y cuando, después de la paz de Westfalia se levantaron las prohibiciones, el comercio holandés en la península empujó fácilmente la de los demás estados, siguiendo Cádiz, Sevilla, Malaga, Alicante y Bilbao. Estas eran las principales plazas donde se verificaba el tráfico de los productos del reino y colonias, que constituían el comercio más productivo para Holanda en sus tiempos de mayor prosperidad.

**4.- Inglaterra.-** Al tratar a Fenicia como uno de los principales pueblos comerciantes en la edad antigua, se ha dicho, que por sus extensas relaciones comerciales y por su inmenso poder de sus numerosísimas colonias había merecido el dictado de Inglaterra de la Antigüedad, y es claro que tal calificativo se aplicó al pueblo fenicio para ponderar su extraordinaria importancia en la esfera del comercio. Lo anterior, toda vez que la nación inglesa, es la más viva encarnación del espíritu de empresa. Sin embargo, por distintas causas a fines de la edad media, el comercio de Inglaterra se encontraba en manos de los extranjeros, en particular, de las ciudades hanseáticas, que aunque en decadencia progresiva, ejercieron un monopolio hasta los últimos tiempos del siglo XVI; y es preciso llegar al reinado de Isabel I de Inglaterra para ver al pueblo inglés con una posición independiente.

Cabe señalar que en Inglaterra destacan tres periodos en la edad moderna, vinculados con el tráfico mercantil, a saber: El primero, hasta el acta de navegación de Cromwell; el segundo, hasta la revolución de 1688; y el tercero, hasta que se emancipa América del Norte. En el primero periodo, hay que considerar tres grandes hechos, con sus respectivas consecuencias y que fueron: El abatimiento de la liga hanseática; la pérdida de la armada invencible, y; la incorporación de Irlanda a Inglaterra.

Las consecuencias pueden reducirse a la aparición del comercio inglés con vida propia y a la organización de expediciones marítimas con objeto de fundar colonias en Oriente y Occidente. El abatimiento de la liga hanseática produjo como resultado la emancipación mercantil en el interior del reino. La pérdida de la Armada invencible, facilitó a los ingleses el imperio de los mares, fue la causa principal de su libertad exterior. La incorporación de Escocia a Inglaterra robusteció la marina británica considerablemente. Gracias a esta independencia, se comprende que Inglaterra pensara en la conquista y dominación colonial. Para conseguirlas en Oriente, se hicieron algunas tentativas en el reinado de Isabel, en forma similar como cuando a los holandeses, se prohibió a los ingleses en época de Felipe II tomar las mercaderías de las Indias en el puerto de Lisboa, y éstos se propusieron ir a buscar a las Indias; aunque el camino ya se encontraba trazado. Con este motivo, la sociedad de los mercaderes de Londres trafica con las Indias Orientales, a la que se concedió por quince años, el privilegio del comercio exclusivo de los países situados al otro lado del cabo de Buena Esperanza hasta el estrecho de Magallanes.

El hecho dominante y característico del segundo periodo que comienza con el acta de navegación y concluye con la revolución de 1688 es el acta misma; y sus consecuencia el extraordinario incremento del poder marítimo de Inglaterra, y por lo tanto, la multiplicación de sus posesiones en la India y de sus colonias en América. Quebrantada la marina de España con el abatimiento de la Armada Invencible, sólo Holanda que había llegado al límite de su apogeo era para los ingleses una temible rival. Como elemento principal de la prosperidad de Inglaterra comprendió que serían inútiles cuantos esfuerzos hiciesen mientras conservara Holanda la influencia universal que debía a su poder marítimo; y con objeto precisamente de abatirle, el 9 de octubre se decretó el Acta de Navegación de 1651, que con algunas modificaciones la confirmó Carlos II el 26 de mayo de 1660, este documento pretendía en general que la marina inglesa tuviera el monopolio del comercio marítimo, mediante prohibiciones absolutas en ciertos casos y fuertes tasas en otros, sobre la navegación extranjera, y en particular contrarrestar la fuerza de

la marina Holandesa, lo cual, produjo los resultados deseados, como lo prueba la rigurosa restricción de estas medidas.

A Holanda no podía ocultársele la intención de Cromwell, de que el acta reflejaba los perjuicios que se le habrían de ocasionar de cumplirse al pie de la letra las disposiciones restrictivas; comprendiendo que llevadas las cosas a este extremo únicamente por la fuerza era posible decidir de la supremacía de los dos pueblos rivales, presentándose entre holandeses e ingleses la guerra marítima más encarnizada de que habla la historia, y declarado a favor de los ingleses el triunfo, como consecuencia de ello, la decadencia de Holanda, al mismo tiempo que se iniciaba un desenvolvimiento extraordinario en la potencia marítima y comercial de Inglaterra.

Restablecida la paz, gracias a Cromwell, y robustecido el poder marítimo de Inglaterra las cosas cambian de aspecto, observándose la renovación de la Compañía inglesa y confirmada más tarde por Carlos II, la cual, progresaba lentamente; pero la alianza de los ingleses con Persia a quienes ayudaron en la conquista de Ormuz que se encontraba en poder de Portugal, generó para Inglaterra la adquisición de productos de gran valor, como fueron la lana, seda, perlas y brocados de oro entre otros; es decir, se aumentó su importancia comercial en aquella zona; y si bien el Parlamento por el sentimiento nacional de tener un monopolio comercial marítimo concedió privilegio a una nueva sociedad en 1702, que se fundió en una sola con el nombre de Compañía Reunidas de mercaderes Ingleses para el comercio de las Indias Orientales. Sin olvidar que en América del Norte durante este segundo periodo se agregaron las colonias de Nueva Inglaterra en donde se fundaron los establecimientos de Nueva York, Nueva Jersey y Pensilvania.

Durante el tercer periodo, que parte de la revolución de 1688 y se extiende hasta la emancipación de América del Norte y final de la edad moderna, varios hechos influyeron en el comercio inglés, entre los cuales se distinguieron: Revolución de 1688; la paz de Utrecht; el desarrollo de la industria manufacturera y; creación del banco. Como consecuencia de los hechos que han quedado mencionados, surgió un aumento de las operaciones

mercantiles en todos sus ramos, en los continentes asiático, americano y europeo llegando a ser Londres el gran mercado del mundo.

Al principio, la revolución inglesa en tiempos de Carlos I, que fue condenado a muerte por el Parlamento y decapitado, sucediéndole, en clase de protector de la república Oliverio Cromwell; y sucediéndole al morir Carlos II, que empezó su reinado con sangrientas reacciones, siendo denotar como uno de los acontecimientos célebres el famoso bill del Habeas. Posteriormente, le sucedió su hermano Jacobo II, destacando la sublevación que surgió en la nación, al tenerse como propósito el restablecer el catolicismo. En cuanto a la industria en general, el "Bill" de derechos dio libertad y seguridad al ciudadano y la actividad inglesa fue más fecunda y productiva, y tocante al comercio, en época de Guillermo III se siguió una política no de gabinete como en los demás Estados de Europa sino nacional, en armonía con los intereses mercantiles del país. Contra las pretensiones de Luis XIV que aspiraba a establecer un gobierno monárquico universal se formó la gran alianza, o liga de los pueblos europeos.

Por otra parte, fortalecida la industria inglesa y extendidas por Oriente y Occidente sus colonias, fue el comercio el complemento de las demás industrias, siendo claro que el desarrollo de éstas, tenía que rendir sus dividendos en la actividad de los ingresos, por eso, el gobierno procuró desarrollarlas fijándose principalmente en las manufactureras, la industria de la lana, la del lino, la de la sed, algodón, metalúrgica.

Cabe mencionar que con la aparición del Banco de Inglaterra por acta del Parlamento de 1708 se completó la estrategia económica para el desarrollo del crédito, toda vez que aumentaba el capital en circulación, se iban satisfaciendo las aspiraciones del pueblo inglés y la supremacía marítima y comercial. En cuanto toca a los resultados de los acontecimientos históricos, especialmente con relación al comercio que en Asia, América y Europa, desplegó una actividad sin límites y adquirió una importancia extraordinaria. En el continente asiático se propusieron los ingleses establecer un basto imperio: la Sociedad de Compañías reunidas de mercaderes ingleses para el comercio de las indias orientales, consiguió renovar su constitución y privilegios por dos veces; la primera hasta 1766 y la segunda hasta 1780.

**5.- Francia.-** Este país bañado por tres mares y cruzado en todas direcciones por caudalosos ríos que riegan fértiles comarcas, y situado de manera que puede recibir con facilidad, los productos de otros pueblos, es de los más apropiados para el desenvolvimiento de la industria mercantil. Sin embargo, fuera de algunas ciudades, como Marsella, el comercio francés, el cual, se desenvuelve lentamente, al encontrar numerosos obstáculos, entre los que figuran en primera línea el régimen feudal, cuya influencia se dejó sentir con rigor desconocido en las demás naciones, la sangrienta lucha con España de carácter continental y de efímeros resultados, y las encarnizadas guerras religiosas, a las que la clase comercial no podía sustraerse, formando gran parte de las huestes del protestantismo. Una vez robustecido el poder real y debilitado el feudalismo, el comercio se animó y se celebraron concurridas ferias como las célebres de la Champaña.

Después de las guerras contra Carlos V, Francia recibió de Italia casi todas las clases de industria manufacturera y el tráfico con Oriente, sobre todo con Turquía, donde se concedió a los comerciantes franceses el monopolio del comercio de Levante, adquirió algún desarrollo con los Países Bajos. Concluidas las luchas religiosas, Francia, en el reinado de Enrique IV, contando con la sabia administración de su ministro Sully, protector decidido de la agricultura, quien al aumentar considerablemente sus rentas vio prosperar también el comercio, fue un complemento necesario de todas las demás industrias; pero ni esta actividad mercantil fue extraordinaria, ni pudo tampoco sostenerse: cuando la supremacía de Marsella en el oeste del Mediterráneo pasó a Génova.

Los progresos del comercio francés en el Oriente, no pudieron estar a la altura de los principales pueblos mercantiles, en una edad en la que toda la animación iba a Occidente y Francia, ya que no contaba con verdaderos elementos de navegación nacional, lo cual, generó que el comercio decayera notablemente y el marítimo aun el mismo cabotaje, llegó a ser casi imposible a causa de los corsarios hasta el reinado de Luis XIV gracias a la hábil política

del célebre Colbert. No se distingue la nación francesa en el comercio universal, no obstante, la hábil política de Colbert quien buscó en un principio restablecer las medidas radicales y el orden de la Hacienda, sin el cual consideraba que no era posible el desenvolvimiento del comercio y, adornado de un genio creador procedió enseguida a poner en práctica el plan de sus célebres reformas, muchas en número y fecundas todas en resultados, entre las cuales están: la revisión de las tarifas de aduanas, en las que se reflejaba el sistema protector que se denominó colbertismo y que influyó directamente en la industria manufacturera de Francia, determinó sus progresos y luego su supremacía, a medida que Luis XIV extendía por todas partes su numerosa influencia.

La creación de una marina Francesa se puede decir que no existía, por lo cual, Colbert convocó el derecho de tonelaje que se imponían a los navíos extranjeros, concedió a los constructores navales ciertas primas por cada tonelada extendió las relaciones coloniales y publicó célebres ordenanzas de marina; la construcción del canal de Languedoc, que une el Atlántico con el Mediterráneo y del Orleáns, que comunica las riveras del Loira con las del Sena, y corresponde también a Colbert la idea del de Borgoña, para unir el Rin y el Sena, por el Saona y el Yonne, canales que dieron a la navegación interior de Francia un notable desarrollo; el establecimiento de los depósitos franceses en todas las plazas marítimas para disfrutar de los beneficios del tráfico interior, y la reorganización radical de los consulados de Levante, que contribuyó de manera eficaz para tratar de sacar de su abatimiento al comercio. Así, se explica que desde el reinado de Luis XIV el comercio francés se haya extendido por Asia, África y América, en proporciones considerables de Europa.

El poderoso monarca, contra la voluntad de Colbert, quiso fundar un vasto imperio en las Indias, donde las tentativas de colonización de algunas sociedades comerciales habían sido infructuosas. Holanda e Inglaterra demostraban que el sistema de compañías mercantiles con la protección del gobierno era la manera adecuada de llegar al fin. Por eso, en 1694, se fundó la Compañía de las Indias Orientales, dotada de grandes privilegios y protegida

por el Rey, a pesar de ello en las Indias Orientales, no se desarrolló el comercio francés.

El predominio de la Compañía de las Indias Orientales se hundió para siempre, y sin embargo, al concluir el periodo, la importación anual de los productos de la India, en manufacturas, canela, te, seda, drogas y sustancias medicinales, ascendería a treinta millones de francos, elevándose a diez y seis el montante de la exportación. Colbert que no había estado muy conforme con llevar la dominación francesa a la India, por creerla perjudicial al desenvolvimiento de la industria y a la riqueza interior del país, consideró de verdadera importancia fundar un imperio colonial sobre la base de las comarcas descubiertas en el Continente Americano.

En América del Norte fueron las principales colonias Canadá, las islas y costas del cabo Bretón y Luisiana: mientras que el ministro de Luis XIV mandaba a Canadá soldados para asegurar con las armas la tranquilidad material del territorio. La iglesia católica enviaba misioneros a esparcir con las máximas del evangelio las semillas de la civilización cristiana y el progreso de esta colonia fue extraordinario, tanto así, que se preocupó Inglaterra, desatándose una guerra en la que se dio el triunfo para Inglaterra sobre los territorios de Canadá, sin embargo, conservó las costas e islas del cabo Bretón que le dieron grandes aprovechamientos al comercio francés.

En las Indias Occidentales, la prosperidad de las Antillas Francesas puede decirse que data del decreto de 1717, que suprimió los derechos sobre las importaciones de la metrópoli en las colonias y redujo la de las importaciones de estas en aquéllas, desde entonces fue tal el engrandecimiento de la colonización de Francia que, en una memoria del Consejo de Comercio se afirma que la marina francesa debe toda su prosperidad al comercio de las islas del azúcar y que no podía subsistir ni engrandecerse más que por el comercio, las principales islas francesas eran Guadalupe, Martinica y Santo Domingo.

En Europa, Francia mantuvo relaciones mercantiles con Italia, Inglaterra, Holanda, Rusia, Levante y sobre todo España. Francia no contaba con verdaderos elementos de navegación nacional pero al fomentar el comercio mediante las ordenanzas de Colbert rinde sus frutos en Levante y Marsella recobrando en parte su antigua importancia. Los navíos franceses animaban el mediterráneo y no tardaron en aventajar a los ingleses en Turquía adquiriendo la supremacía comercial en esa parte de Oriente. Y en cuanto a España desde el advenimiento de la casa de Borbón, fueron extraordinarias las relaciones comerciales que sostuvo Francia. La importancia del comercio francés con los pueblos europeos, se reflejó en los números de exportaciones e importaciones, siendo 370 millones para las primeras y 425 millones para las segundas.

Finalmente, en el desenvolvimiento de la industria comercial cabe hacer algunas consideraciones: Mientras en la edad Antigua y Media el comercio se desarrollaba en Oriente y el mediterráneo y sólo se limitaba a estos territorios. En la Moderna, toda la actividad comercial pasa a Occidente y el Atlántico es el bastísimo teatro donde la navegación comercial se desenvuelve. En tanto, en las edades pasadas, el poder social, contrario o indiferente a los intereses mercantiles no determina la marcha progresiva del comercio y este abandonado así mismo, reviste un carácter marcadamente individual, en la edad de que se trata el gobierno, atento a aquellos intereses, interviene como su poderosa influencia en el desarrollo del comercio que así, protegido y fomentado, se distingue por su carácter social. Fue pasajera la supremacía mercantil de Portugal, más breve aun la de España, pasando desde luego a Holanda y no habiéndola adquirido hasta los últimos tiempos Inglaterra y Francia.

**II.- Codificación del Derecho Mercantil.-** En el origen y evolución del Derecho Mercantil, ocupa un lugar destacado el tema de la codificación de las normas propias de esta disciplina, ya que a partir de la constitución de los grandes estados nacionales y el fortalecimiento del poder público, se institucionaliza la facultad legislativa antes en manos de las corporaciones de los comerciantes y



de los consulados, creándose los primeros ordenamientos en Francia, las Ordenanzas de Colbert, que son los antecedentes inmediatos del Código de Comercio Francés de 1807, llamado Código de Napoleón, a partir del que se empiezan a producir otros ordenamientos como el Código de Comercio Español de 1829, el Código de Comercio de México de 1854, la regulación mercantil en el Common Law, y otros Códigos de Comercio a que aludiré en este apartado.

**A. Código de Comercio Francés de 1807.-** Francia es el país en el mundo en que se produce la primera codificación del Derecho Mercantil, gracias a Juan Bautista Colbert, ministro del Rey Luis XV; son las ordenanzas de Colbert de 1673 que regularon el comercio terrestre y las de 1681, que regularon el comercio marítimo; las de 1673 atenúan el carácter predominantemente subjetivo que hasta entonces había tenido el derecho mercantil, al someter a la competencia de los tribunales de comercio los conflictos relativos a las letras de cambio, fuesen quienes fuesen las personas que en tal conflicto figuraran.

Con el transcurso del tiempo, las Ordenanzas de Colbert no pudieron satisfacer las necesidades que Francia tenía en esta materia a fines del siglo XVIII, por lo cual, mediante decreto consular del 3 de abril de 1801, se nombró a una comisión para redactar el proyecto de nuevo código, el que se presentó el 4 de diciembre del mismo año y a pesar de que se envió para las observaciones de los Tribunales y Consejos de Comercio y al Tribunal de Casación y a los de Apelación, el proyecto permaneció en el Consejo de Estado hasta que la crisis hacendaria de 1806, que provocó quiebras, hizo que Napoleón indignado ordenara la continuación del proceso y el 24 de agosto de 1807 el proyecto se transformó en ley, comenzando a regir el primero de enero de 1808, por lo cual se le identifica ya con el año de 1807, ora con el año de 1808. Con el Código de Comercio francés se inicia la época llamada de la codificación del derecho mercantil.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. p. 9.

Para el Código de Comercio se adoptó la misma forma que el Código Civil: división en libros y títulos con una sola numeración por artículos, es un Código bastante breve, pues comprende 648 artículos. El plan fue imitado de la ordenanza de 1673, pero introduciendo en el Código el Derecho Marítimo, que se encontraba en la ordenanza de 1681, el libro uno estaba consagrado al comercio en general; el libro dos al comercio marítimo, el libro tercero a las quiebras y bancarrotas y el cuarto a la jurisdicción comercial.

Con este Código de Comercio Francés, el Derecho Mercantil toma un giro importante, se presenta elaborado ya en forma definitiva el concepto del "acto de comercio", como determinante del contenido del Derecho Mercantil. Deja éste de ser el derecho profesional, subjetivo, de los comerciantes, para tomar como eje el concepto objetivo del acto de comercio, con independencia de quien lo realice.<sup>69</sup>

Como consecuencia, es el realizar actos de comercio, y no la cualidad de comerciante, lo que determina la competencia de los tribunales mercantiles y la aplicación del Código. Sin embargo, el elemento subjetivo no deja de influir, en cuanto se presumen mercantiles los actos realizados por un comerciante. Pero lo básico es el acto de comercio, ya que basta realizarlo para que se aplique el derecho comercial, y la cualidad de comerciante no es sino una consecuencia de la celebración profesional de actos de comercio: no depende, de manera alguna, de la pertenencia a un gremio o de estar inscrito en la matrícula de mercaderes,<sup>70</sup> lo que por supuesto viene a ampliar el ámbito de aplicación de estas normas mercantiles.

Características del Código de Comercio francés (Code Napoleón) de 1807: Comprende toda la materia mercantil hasta entonces existente; cambió el sistema subjetivo y profesional de los comerciantes, que hasta entonces prevalecía, por el sistema objetivo; regula los principales contratos mercantiles (compra-venta, depósito, transporte, seguro), así como los "efectos de comercio", o sea, los títulosvalor o títulos de crédito, y los tres tipos

---

<sup>69</sup> Cfr. Zamora Pierce, Jesús. Ob. Cit. p. 20.

<sup>70</sup> Idem. p. 8.

tradicionales de las sociedades mercantiles: sociedad colectiva, sociedades en comandita y sociedad anónima y regula la quiebra y el derecho marítimo e incluyó disposiciones procesales aplicables a los juicios mercantiles.<sup>71</sup>

Dos revoluciones coincidieron en Francia: una política y otra industrial. Destaca la libertad del comercio y de la industria, percibiendo los economistas modernos un capitalismo naciente. Pero el capitalismo industrial no surge sino hasta fines del siglo XVIII y se desarrolló, primero en Inglaterra y después en Francia durante la primera mitad del siglo XIX. Le bastó para surgir la libertad que le ofrecían las leyes: libertad para contratar afirmada por el Código Civil, libertad para comerciar mantenida por el Código de Comercio. Este capitalismo, ante el temor de posibles leyes prohibitivas se dijo liberal utilizando las formas de sociedades que permitían la reunión de capitales; la banca ayudó al comercio, la supresión de la clase social aseguró la supremacía de la riqueza. Y el régimen capitalista permitió un maravilloso crecimiento de la riqueza en general.

Sobre ese Código han pasado cerca de doscientos años, sin que su estructura fundamental haya sido cambiada, no obstante, las distintas leyes que para modificar o complementar alguna de sus partes han venido dictándose hasta nuestros días, abandonando la vieja legislación cuyos moldes caducos ya no responden a las nuevas formas de la vida jurídica y económica de las sociedades contemporáneas.

**B.- Código de Comercio Español de 1829.-** Durante el Siglo XVI funcionaron diversos consulados de comercio como el de Burgos y el de Bilbao, que expidieron las ordenanzas respectivas, es decir, las de Burgos (de 1495 y 1538) y las de Bilbao (de 1531, 1560 y 1737) que fueron confirmadas por Felipe II. Las de Bilbao fueron las ordenanzas más importantes y se aplicaron en toda España, y aún en las colonias españolas de América, también se expidieron las ordenanzas españolas de Sevilla (1554).

---

<sup>71</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge, Ob. Cit. p. 16.

En 1829 se expidió el primer Código de Comercio Español, el cual recogió y organizó las normas mercantiles; aunque dicho Código, cuyo principal autor fue Pedro Sáinz de Andino, adolecía de serios defectos que finalmente determinaron la expedición de un nuevo Código de Comercio español en 1885.<sup>72</sup>

**C.- Common law.-** En su oportunidad me referí a la importancia de la dominación colonial al desarrollo del comercio de Inglaterra en oriente y occidente; ahora con relación a su derecho y particularmente en lo que se refiere a la materia mercantil, el Common law o derecho anglosajón, que como sistema jurídico y aún como familia jurídica, se considera se inició en el año 1066, cuando los normandos conquistaron Inglaterra derrotando a los nativos en la famosa batalla de Hastings, como lo refiere Consuelo Sirvent Gutiérrez, como resultado de la extraordinaria expansión del imperio británico durante la época del colonialismo el common law se difundió con considerable amplitud y hoy en día es el sistema jurídico vigente en Gran Bretaña, Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido su influencia en el derecho de muchas naciones de Asia y de África.<sup>73</sup> Es de sobra conocido que el common law se fue formando no como producto legislativo, sino con base en las decisiones judiciales o precedentes (*judge made law*), en México corresponde a la jurisprudencia.

La costumbre es la base del Derecho Mercantil Británico, sin dejar de reconocerse que frecuentemente requiere de la intervención de los Tribunales, para efectos de su interpretación y cumplimiento, permitiendo concluir que al aplicarse la costumbre y la Ley en las controversias mercantiles, se genera la jurisprudencia, que sirve de precedente para la resolución de los asuntos análogos: la costumbre (*common law*), la ley (*statute law*). Señalo que la jurisprudencia, recopilada en las colecciones oficiales (*law reports*), son pues, en el Reino Unido las verdaderas fuentes del Derecho Mercantil. El Derecho Inglés se estructura sobre la distinción básica de origen histórico más que

---

<sup>72</sup> Cfr. Acevedo Balcorta, Jaime A. Ob. Cit. p. 27.

<sup>73</sup> Cfr. Sirvent Gutiérrez, Consuelo. Sistemas Jurídicos Contemporáneos., 4a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003. p. 8.

jurídico que atiende al subsistema jurisprudencial, al cual, pertenecen sus normas, es decir, al *common law* o al *equity*.

A partir del surgimiento en el siglo XV el *equity* complementó y en ocasiones sustituyó al *common law*, especialmente en aquellos casos que demandaban agilidad procedimental y compensaciones o reparaciones distintas a las pecuniarias, como pudiera ser el cumplimiento efectivo de alguna obligación reclamada. Su objetivo original era ofrecer soluciones equitativas que el *common law* no pudiera; como respuesta este último subsistema estableció el principio del *equity* que no podría ofrecer soluciones cuando el *common law* contemplara expresamente un remedio legal adecuado y completo. Naturalmente, la rivalidad de competencias y la diversidad de criterios y técnicas originaron conflictos dentro del sistema jurídico en su totalidad, al igual que entre los tribunales competentes para cada uno de los subsistemas de jurisprudencia.

Como se mencionó con anterioridad la rivalidad surgida como consecuencia de tal distinción básica finalizó con la unificación en 1873 de las dos vertientes jurisprudenciales, en una sola jerarquía judicial, sin embargo, si bien el conflicto institucional fue resuelto, en cambio, la división que lo originó permanece vigente en nuestros días, lo cual, fomenta riqueza en el ámbito jurídico adjetivo, pues determina si un ocursoante tiene o no derecho a ejecutar una acción (derecho de ejercicio), tratándose del *common law*, o si discrecionalmente el juzgador le permite ejercitar una acción (posibilidad de ejercicio), tratándose de *equity* es factible, incluso, la obtención simultánea de compensaciones provenientes de los dos subsistemas a través del ejercicio de una sola acción y, obviamente, ante el mismo tribunal.

Las materias que conoce el *common law* son el derecho penal, contratos, responsabilidad civil (tort). La *equity* conoce de propiedad rural, (trust), sociedades comerciales, quiebras, interpretación de los testamentos y liquidación de sucesiones.<sup>74</sup> En Inglaterra y en los Estados Unidos de América,

---

<sup>74</sup> Cfr. Sirvent Gutiérrez, Consuelo. Ob. Cit. p. 72.

el derecho comercial forma parte del derecho común, constituido por la costumbre (*common law*) y por las leyes (*statute law*). En la actualidad las costumbres se han incorporado en el Derecho Común y obligan a todos los ciudadanos, sean o no comerciantes. Existen leyes especiales y de gran importancia algunas, que regulan exclusivamente materias mercantiles. Entre algunas de las principales leyes del comercio en general y terrestre, son dignas de atención las dictadas sobre el cambio, las quiebras, las sociedades, agentes, factores y comisionistas y la compraventa mercantil.

**D. Otras Codificaciones.-** Como consecuencia de la expedición del Código de Comercio francés de 1807, que como se apuntó, entró en vigor en 1808, se detonó en muchos países la codificación del Derecho Mercantil, siguiéndose sus principios y prácticamente calcándolo, ya en códigos mercantiles, ya en códigos civiles en los que al mismo tiempo se reguló la materia mercantil, entre los que puedo señalar: en Italia, sus códigos mercantiles de 1829, 1865, 1882, y el 21 de abril de 1942 entró en vigor un nuevo Código Civil, en el que se regulan conjuntamente las obligaciones civiles y las obligaciones mercantiles, aunque subsisten algunas leyes especiales que regulan materias consideradas tradicionalmente comerciales; Códigos de Comercio de Portugal, de 1833; Código de Comercio de los Países Bajos de 1838; Código de Comercio para el Imperio Alemán de 1861, derogado por el expedido en 1900, que no es aplicable a los actos aislados, sino solo rige a los comerciantes. Vuelve a sí a ser predominantemente el carácter subjetivo que había tenido en sus principios el Derecho Mercantil; en Suiza, desde 1881 no existe en la Confederación Helvética un Código de Comercio, sino que el Código Federal de las Obligaciones, promulgado en dicho año, se aplica tanto a los comerciantes como a los que no lo son.<sup>75</sup>

**III.- Legislación Mercantil Mexicana.-** El comercio en nuestro país también ha sufrido una evolución no falta de vicisitudes y de yerros, como lo he mencionado en las diversas épocas y pueblos que analicé, entre las que

---

<sup>75</sup> Cfr. Mantilla Molina, Roberto L. Ob. Cit. pp. 8 y 9

existen puntos coincidentes, como la existencia de la costumbre como fuente de las obligaciones mercantiles, la situación privilegiada de los comerciantes y muchas más que me propongo analizar en el presenta apartado.

**A. Época Prehispánica.-** Antes de la llegada de los españoles a mesoamérica y aún antes de la Conquista, la actividad comercial se había desarrollado ampliamente, inclusive desde los primeros pueblos que se establecieron en las costas de Veracruz, principalmente, es decir los Olmecas, también los Mayas, los teotihuacanos y en los innumerables pueblos prehispánicos en que floreció la cultura, en donde ya se practicaba el trueque y posteriormente utilizaron la moneda, cobrando auge la actividad comercial. Para efectos de estudio de la evolución del comercio en esta época, me refiero solamente al imperio azteca, en donde se alcanza un gran esplendor en su regulación y en la impartición de justicia.

Para ubicar la importancia del comercio en este periodo y sobre todo por el prestigio de quienes se dedicaban a esta actividad, los comerciantes, preciso señalar que a la cabeza de la estratificación social entre los aztecas se encontraban sin duda los guerreros y los sacerdotes, pero luego seguían los pochtecas que eran los comerciantes, (en los que centraré mi atención para el tema que me ocupa) luego los macehuales que se dedicaban a la agricultura y al desempeño de diversos oficios, los tatemes, que eran cargadores y las castas, mayeques, cambujos, ladinos, saltapatras y otras denominaciones que se determinaban en la medida de su particular situación de miseria y del gran desprecio que les obsequiaban los estratos superiores.

Era una situación privilegiada la de los comerciantes en grande, especializados en el comercio por mayoreo, interregional, los pochtecas, clase hereditaria con rasgos militares y caracteres secundarios de embajadores y espías (atacarles constituía un casus bellis); la muerte de uno de ellos por los habitantes de otros pueblos, era considerada tan grave como la de un

embajador, cuyas funciones muchas veces le eran confiadas.<sup>76</sup> Quienes se dedicaban al comercio, sólo podían hacerlo en mercados oficiales, es decir, en los tianguis o mercados, en donde podían ofrecer sus mercancías. Existía un control oficial de precios. El comercio tenía sus propios tribunales de diez a doce jueces, y quizás se aplicaron allí normas de excepción (así, el robo en el mercado fue castigado más severamente que el robo común).<sup>77</sup> La figura de los pochtecas fue muy importante para el desarrollo del comercio y para el imperio azteca, ya que con sus funciones de espías y embajadores, coadyuvaron al control de los pueblos dominados.

Por cuanto a los mencionados jueces, para dirimir las controversias que pudieran surgir entre los contratantes, mantener el orden del tianguis, y evitar engaños, abusos y robos, existía un tribunal de comercio, llamado *pochtecatlahtocan*. Además, había unos policías o agentes, llamados *tianquizpantlayacaque*, los cuales ejercían sus funciones en el propio mercado, y dependían directamente del *pochtecatlahtocan*.<sup>78</sup> Las penas por estos delitos eran severas, el robo en el tianguis se castigaba severamente, con la pena de muerte.

En la Gran Tenochtitlan existía una gran actividad comercial, destacándose también la operación de mercados en Azcapotzalco, Texcoco y Tlaxcala, pero el mercado de mercados, el tianguis de tianguis, sin duda lo era el de Tlatelolco, en donde diariamente se reunían miles de personas, hasta 60, 000 menciona el autor Marco Antonio Pérez de los Reyes.<sup>79</sup> Esta tradición del tianguis persiste en la cultura mexicana, actualmente en el Distrito Federal se cuenta con grandes tianguis >llamados también mercados sobre ruedas< en que también se reúnen cientos y hasta miles de personas: El de San Felipe; el de San Juan; el de Tepito; el de la Lagunilla; así como grandes mercados en general o especializados: la Merced; la Central de Abastos; Ferrería y; la Viga, por mencionar algunos. Sin dejar de mencionar las llamadas plazas: Perinorte;

---

<sup>76</sup> Cfr. Esquivel y Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho Mexicano. Tomo I, 2ª. Ed. Edit. Porrúa, México 1984. p. 183.

<sup>77</sup> Cfr. Floris Margadant S., Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 18a. Ed., Edit. Esfinge, S. de R. L. de C. V. México 2006. p. 30.

<sup>78</sup> Cfr. García López José R. y Rosillo Martínez Alejandro. Ob. Cit. p. 29.

<sup>79</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 88



Perisur; Galerías; Coapa y otras, en donde también se reúnen muchísimas personas, que acuden para la adquisición de prácticamente cualquier bien y servicio.

Retomando el tema, en los tianguis prehispánicos, se vendían innumerable variedad de mercancías. Todas las transacciones mercantiles se tenían que efectuar en el mercado, pues estaba prohibido hacerlo fuera, los cambios se hacían mediante el trueque, pero algunas mercancías se habían generalizado como medio de pago, funcionando en cierto modo como moneda: los cacao se utilizaban como moneda de poco valor, ciertos tipos de mantas (cuachtli), para pagos más considerables, y el oro en polvo o las plumas para los de valor excepcional.<sup>80</sup> Actualmente en Tlatelolco, se conserva en pie y remodelada, una construcción utilizada en la Época Colonial para el control del Comercio.

Con respecto a los antecedentes que encontramos en la época prehispánica sobre normas de derecho mercantil, pueden señalarse las siguientes: en la compraventa el comprador tenía derecho de arrepentirse y en este caso se le devolvía lo que ya hubiera pagado y que se hacían préstamos que no producían interés.<sup>81</sup>

Pero los tianguis o mercados en la época que se estudia, no solo servían para el trueque o el comercio en sí, ni únicamente para impartir justicia en materia mercantil, sino que además se podían contratar servicios de cargadores y peluqueros, había médicos, parteras, odontólogos, especialistas en ceremonias fúnebres, astrólogos y baños públicos, tanto para asearse como para exonerarse, para lo cual usaban canoas como letrinas. Igualmente había lugares en que se expendía comida y otros en que se podía albergar cualquier visitante en Tenochtitlan.<sup>82</sup> Lo que es más, los tianguis también eran escenario de la ejecución de diversas penas a que eran condenados los habitantes por la comisión de delitos:

---

<sup>80</sup> Cfr. Carrasco, Pedro. Historia General de México, Versión 2000. 1a. Ed., Edit. El Colegio de México, México 2000. p. 198.

<sup>81</sup> Cfr. Pérez de los Reyes, Marco Antonio. Ob. Cit. p 90.

<sup>82</sup> Idem. p. 88.

Así es, son múltiples las leyes que entre los aztecas se distinguen por la severa penalidad de los delitos y por ordenarse su ejecución precisamente en tianguis y mercados. Kohler Josef hacen un análisis de este tipo de leyes en diversas fuentes, de las que para efectos de ejemplificar esta cuestión, solo transcribo el texto:

“Que si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndole el mismo marido, ella y el adúltero fuesen empedrados en el tianguis”

“Que si entre dos personas hubiese diferencias sobre tierras, aunque fuesen principales, si entrambos a dos sembrasen a porfía, que el uno y el otro, después de haber nacido el maíz, se lo arrancasen, fuese traído a la vergüenza alrededor del tianguis con el maíz que arrancó colgado del pescuezo”.

“Que habiendo guerras entre dos pueblos, si alguna persona viniese a él, otro ninguno lo pudiese acoger en su casa, y si lo acogiese fuese preso y llevado al tianguis, y hecho pedazos todo su cuerpo y echados los pedazos por todo el tianguis para que los muchachos jugaran con ellos; y que fuesen perdidas sus tierras y hacienda, y fuese dado a sacamano”.<sup>83</sup>

**B. Época Colonial.-** Con absoluta y nefasta arbitrariedad, teniendo como antecedente la ilegítima donación a los reyes católicos de España, de las tierras descubiertas en América por Cristóbal Colón en 1492, que se les concedió por las bulas Inter Caetera del Papa Alejandro VI, de fechas 3 y 4 de mayo de 1493, España consumó la conquista de la Gran Tenochtitlan en 1521, a la que en adelante se llamó la Nueva España. Es de notarse que los españoles, de inmediato iniciaron el saqueo de oro, plata, piedras preciosas y todo o que tuviera valor, amén del requerimiento, que se leía a los indígenas en un idioma que no entendían, para de esta manera someterlos por la fuerza y para imponerles la fe católica y posteriormente mantenerlos cautivos como esclavos y en su caso pertenecientes a las encomiendas, otorgadas a los españoles como premio a su participación en la conquista.

---

<sup>83</sup> Cfr. Kohler Josef, Javier de Cervantes y Anaya. El Derecho de los Aztecas. Introducción a la historia del Pensamiento Jurídico en México, Edit. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002. p. p. 164 y 165.

Para poder administrar, controlar y ejercer su gobierno en las tierras conquistadas, España impone su propio orden jurídico y como consecuencia, se establecen diversos órganos, instituciones y tribunales, a los que se dota de facultades administrativas, jurisdiccionales, legislativas, etc., ello tanto en España como en la Nueva España y así podemos citar de la primera, el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla, mientras que en la Nueva España, se crean el virreinato; las audiencias; los ayuntamientos; los consulados; los fueros de minería, eclesiástico, universitario; la inquisición; la mesta; el protomedicato y otros, sin que tengan porque negarse los gestos de humanidad sobre todo de clérigos hacia los conquistados.

Por lo que hace a la regulación del comercio, por Real Cédula del 14 de septiembre de 1519, en España ya se había creado el Consejo de Indias, con facultades para resolver como tribunal de última instancia de las causas dictadas por las audiencias en las indias. Se dice que la actividad desarrollada por el Consejo de Indias arroja, desde luego, un saldo altamente favorable a la institución. Las decisiones, tanto administrativas como judiciales, se hallaban comúnmente inspiradas en la justicia.<sup>84</sup> Sin embargo, lo cierto es que el comercio siempre sufrió restricciones. Este Consejo, en agosto de 1524, se constituyó como Consejo Real y Supremo de Indias, que fundamentalmente fungió como autoridad judicial; conocía de ciertos asuntos en única instancia, y otros en calidad de tribunal de segunda instancia, tanto civiles como penales. Avocándose así, prácticamente, en el conocimiento de todos los problemas que surgían en las Indias y se planteaban ante las audiencias, o de aquéllos que estaban en situación de poder apreciar las necesidades, los problemas y los medios adecuados para resolverlos.<sup>85</sup>

Respecto de las restricciones al comercio impuestas por España, es de mencionarse la orden del año 1539, en que el Rey español dotó de facultades jurisdiccionales y reglamentarias a la Casa de Contratación de Sevilla, otorgándole el monopolio del comercio con las Indias; las ordenanzas

---

<sup>84</sup> Cfr. Macedo Jaimes, Graciela. Elementos de Historia del Derecho Mexicano, 3a. Ed. Edit. Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2000, p. 84.

<sup>85</sup> Cfr. Kohler Josef, Javier de Cervantes y Anaya. Ob. Cit. p. 552.

de Sevilla son de 1556;<sup>86</sup> Esta Casa de Contratación fungía como tribunal civil y penal, en controversias relacionadas con el comercio ultramarino y la navegación. Su jurisdicción se extendía además, a los múltiples casos de contrabando (qué por apelación podrían ir, luego, al Consejo de Indias); vigilaba que la corona recibiera su parte en los beneficios que las indias produjeran (las cuentas fiscales de la Nueva España debían mandarse tanto al Consejo de Indias como a la Casa de Contratación; al lado de la Casa de Contratación se encontraba la Universidad de Cargadores de Indias: un consulado, agrupación de mercaderes que de Sevilla llevaban mercancías a las Indias o las recibían de allí. Este consulado podía decidir en forma práctica, sumaria, qué hacer en los pleitos entre sus miembros. También en Sevilla estaba establecido el Correo Mayor de las Indias, para la correspondencia entre España y las Indias (y entre Sevilla y la Corte).<sup>87</sup>

Un problema que se presentó de inmediato y que retrasó considerablemente el desarrollo del comercio, fue el hecho de cerrar el puerto de Cádiz a la navegación comercial, ya que la Casa de Contratación de Sevilla obligaba a los navíos a remontar río arriba el Guadalquivir, en lugar de haber hecho de un puerto de mar, como Cádiz, la Terminal de los viajes a América, lo que era una de las tantas medidas antieconómicas que a través de la historia han sido características de los diversos regímenes gubernamentales de España. La única fuente de ingresos del estado español fue siempre la fijación de impuestos, a veces antieconómicos, otras desproporcionados y siempre mal administrados. El fisco fue, sin duda, una de las causas de la decadencia española, como lo había sido de la romana.<sup>88</sup>

Prueba de lo mencionado es que, en la Nueva España se implantaron múltiples impuestos, merecen especial mención, al respecto: el almojarifazgo –o derecho de importación-; el “impuesto de caldos” sobre vinos procedentes de España; un impuesto al pulque; impuestos especiales, cobrados para hacer frente a los gastos del desagüe –obras de Huehuetoca- ; la famosa “alcabala”, un impuesto sobre ingresos mercantiles, a menudo

---

<sup>86</sup> Cfr. Zamora Pierce, Jesús. Ob. Cit. p. 14.

<sup>87</sup> Cfr. Floris Margadant S, Guillermo. Ob. Cit. p. 97.

<sup>88</sup> Cfr. Kohler Josef, Javier de Cervantes Y Anaya. Ob. Cit. p. 545.

arrendado a organizaciones de comerciantes (consulados), que de antemano debían pagar a la corona cierta cantidad para cobrar luego el impuesto por cuenta propia, de acuerdo con tarifas diferenciadas según las diversas categorías de mercancías vendidas; derechos por expedición de licencias diversas, para usar fierro de ganados, matar ganados, tener telares, explotar curtidurías, mesones, molinos de trigo, etc.<sup>89</sup>

Continuando con las restricciones al comercio, el Libro IX dividido en 46 títulos, de la Recopilación de los Reinos de Indias, que reglamentó minuciosamente el comercio con las indias, las cuales no podían comerciar entre sí, sino única y exclusivamente con la metrópoli. El tráfico mercantil se caracterizó a partir de 1524, por el más riguroso intervencionismo del Estado. La Casa de Contratación se convirtió entonces en instrumento de monopolización, centralización y fiscalización del comercio indiano. Ejercía las funciones enderezadas a organizar y abastecer las flotas que hacían el comercio entre España e indias, el control de las entradas de oro y plata y, en general, de todos los bienes y mercancías procedentes de América, operaciones que eran contabilizadas minuciosamente, además de que en el ámbito jurisdiccional, la Casa de Contratación de Indias era Tribunal de Primera Instancia para los negocios mercantiles conforme a las normas contenidas en el citado libro IX de la Recopilación.<sup>90</sup>

Con toda la razón, en su estudio de la Recopilación de las Leyes de Indias, Jorge Barrera Graf asevera: *nunca existió la libertad de comercio, sino un régimen de comercio reservado a la corona, a los españoles peninsulares, y en ocasiones a los criollos y que se establecieron múltiples restricciones y severas sanciones se imponían contra los que incumplieran las reglas y en contra de comerciantes y mercaderes respecto al establecimiento de tiendas y factorías, en las colonias de América; imposición de múltiples estancos y de fuertes gravámenes fiscal a la actividad comercial a favor del monarca o de la corona.*<sup>91</sup> Otro problema que se presentó en la actividad comercial fue el relativo a la moneda, entre la metálica usada por los españoles y la que en

---

<sup>89</sup> Cfr. Floris Margadant S, Guillermo. Ob. Cit. p. 115.

<sup>90</sup> Cfr. Macedo Jaimes, Graciela. Ob. Cit. p. p. 80 y 81.

<sup>91</sup> Barrera Graf, Jorge. Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Históricos- Jurídicos. Editor Miguel Ángel Porrúa, México, 1987. p. 464.

especie usaban los indígenas (cacao, pieles, polvo de oro y otras), optándose por mucho tiempo por usar ambas y aún se usaron los llamados tlacos y pilones, de tal manera que conforme con Fernando A. Vázquez Pando, en la Nueva España coexistieron tres “sistemas monetarios”; el castellano, el indígena y el uso popular de tlacos y pilones.<sup>92</sup> (el citado autor realiza un estudio muy completo sobre el derecho monetario en las indias)

Como quiera que haya sido, como es natural esperar, con la conquista de estas tierras, el comercio adquirió un gran auge, creándose en España en 1543 la Universidad de Cargadores de Indias y en la ciudad de México los mercaderes establecieron su Universidad, por el año de 1581 y ésta corporación fue autorizada por Felipe II, lo que aunado a la creación de los Consulados de México (1592), Veracruz (1795) y Guadalajara (1795) >se dice que también existió uno en Puebla<, así como las ordenanzas y leyes que regularon la actividad comercial, aportan elementos importantes al desarrollo del Derecho Mercantil; a continuación me refiero a los dos primeros, porque se establecieron formalmente y se cuenta con mayor información para su conocimiento.

El Consulado de México se creó por real cédula de Felipe II en 1592 y se confirmó dos años después, asumió la denominación de Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España y contaba con funciones legislativas, judiciales, administrativas, financieras y militares; ejerció múltiples de esas facultades y creó sus propias ordenanzas, que fueron confirmadas el 20 de octubre de 1604 por Felipe III. En la recopilación de Indias, sancionada por Carlos II en 1680, se ordenó que se aplicaran subsidiariamente por el Consulado de México, las ordenanzas de Burgos y de Sevilla; pero después de la publicación de las de Bilbao, que fueron más completas y superiores a aquéllas, estas últimas fueron de general aplicación. La observancia de estas ordenanzas no era oficial y fue hasta 1792, cuando se dictó la orden de su aplicación y continuaron vigentes prácticamente hasta el año de 1884.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Cfr. Vázquez Pando, Fernando A. Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Históricos-Jurídicos. Editor Miguel Ángel Porrúa, México, 1987.p. 352.

<sup>93</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 20.

Entre otras normas las Ordenanzas de Bilbao establecían normas relativas a la contabilidad mercantil, compañías de mercantiles, contratos de comercio, comisiones, letras de cambio, vales y libranzas de comercio, corredores, cambios, seguros, fletamentos quiebras; de las compañías mercantiles se señaló que es un contrato o convenio que se hace entre dos personas, en virtud del cual se obligan recíprocamente, por cierto tiempo y en ciertas condiciones y pactos, a hacer y proseguir conjuntamente varios negocios, por cuenta y riesgo común y de cada uno, respectivamente, según la parte del caudal o la industria que cada uno ponga.<sup>94</sup>

En Veracruz también se creó un consulado, por real cédula, al igual que el de México, de la cual me permito extraer sus notas características.<sup>95</sup> Por Real Cédula de 17 de enero de 1795, tomando en cuenta el considerable aumento y extensión del comercio en América y a las solicitudes de ciudades y puertos, para proteger el tráfico y resolver las controversias en materia mercantil, así como la solicitud de comerciantes de Veracruz y del virrey, se creó el Consulado de Veracruz, ordenándose regir por la propia cédula y en lo no previsto, por las Ordenanzas de Bilbao, en su lugar por las Leyes de Indias o en su defecto por las de Castilla (punto II). En febrero de 1796, el Consulado de México expidió un Reglamento de la real cédula que lo creó. Para su manutención, se dotó al consulado del fondo constituido por el derecho de avería, equivalente al medio por ciento sobre el valor de todos los géneros frutos y efectos comerciables que se extrajesen o fueran introducidos por mar a su territorio, así como también se le concedió el producto de las multas y penas pecuniarias que impusiera ( punto XXXI).

Llama la atención lo dispuesto en el apartado V de esta cédula, en cuanto a que los jueces debían resolver las controversias a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada y que se procurara componerlas buenamente, proponiendo ya la transacción voluntaria, ya el compromiso en arbitradores y amigables componedores, que constituyen verdaderos antecedentes de

---

<sup>94</sup> Cfr. Pérez de los Reyes, Marco Antonio. Ob. Cit. P. 154.

<sup>95</sup> Cfr. Vásquez Armiño, Fernando. reproduce la real cédula y su reglamento. Derecho Mercantil. Fundamento e Historia, Edit. Porrúa, México 1977.

medios alternativos de solución de controversias en materia mercantil, distinguiéndose el arbitraje en amigable composición y en estricto derecho. La administración de justicia quedó a cargo de un prior, cónsules y diputados, que serían vistos como jueces (XIX).

Con en esta real cédula también se creó una junta formada por el prior, cónsules, consiliarios y síndico, o sus respectivos tenientes, con el secretario, el contador y el tesorero y con los porteros propios del Consulado (XXI): a esta junta se le encomendó la protección y fomento del comercio y el desarrollo de la agricultura, la mejora en el cultivo y beneficio de los frutos, la introducción de máquinas y herramientas para facilitar la circulación interior y todo lo conducente para el mayor aumento y extensión de todos los ramos de cultivo y tráfico (XXII)

**C. Época Independiente.-** A la víspera del inicio de la independencia de México en 1810, en materia de comercio se continuaban aplicando las Ordenanzas de Bilbao de diciembre de 1737 y más aún, continuaron aplicándose hasta después de consumado el movimiento armado y por lo que hace a los consulados, el de México, Veracruz, Guadalajara y Puebla, por decreto de 1824 se suprimieron por considerarlos tribunales especiales, quedando la resolución de los litigios en la materia a cargo de los alcaldes o jueces de letras, llamados jueces comunes; los tribunales de minería se suprimieron el 20 de marzo de 1826. Para 1841 son nuevamente restablecidos los consulados bajo el nombre de tribunales mercantiles y se crean las juntas de comercio; los tribunales mercantiles se componían de un presidente y dos colegas, como los antiguos consulados se integraban de un prior y dos cónsules, legos todos, si bien asistidos de un asesor letrado, con quien consultarían en los negocios que lo requirieran. La misma ley declaró en su artículo 70 que continuaban vigentes las Ordenanzas de Bilbao.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Cfr. De J. Tena, Felipe. Derecho Mercantil Mexicano. Con exclusión del Marítimo. 19a. Ed. Edit. Porrúa. México, 2005. p.45.



Cabe hacer notar, de acuerdo con Barrera Graf, que durante los primeros años de vida independiente, con anterioridad a la vigencia del primer Código de Comercio (1854), se dictaron algunas leyes sobre materias mercantiles. La Ley Sobre Derechos de Propiedad de los Inventores o Perfeccionadores de alguna Rama de la Industria, el Reglamento y Arancel de Corredores de la Ciudad de México, ambos de 18 de noviembre de 1834. Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, promulgado por Santa Anna como presidente provisional; el 15 de noviembre de 1841, con apoyo en las Bases Constitucionales de 15 de diciembre de 1835 y en las Leyes Constitucionales de 1836. 26 de diciembre de 1843 Decreto sobre los Libros que ha de llevar todo comerciante y balance que han de hacer. Ley de Bancarrotas de 31 de mayo de 1853, dictada por Santa Anna, basada en los Códigos Francés de 1808 y Español de 1829.<sup>97</sup>

En resumen, las Ordenanzas de Bilbao fueron nuestro Código de Comercio durante las últimas décadas de la Colonia, y continuaron vigentes después de la consumación de la independencia hasta 1854, en que se promulgó, el primer Código de Comercio del México independiente, conocido como el Código Lares, en honor a don Teodosio Lares, Ministro del último gobierno de Antonio López de Santa Ana, y a quienes se atribuye la paternidad del Código. Dicha legislación tuvo una vigencia efímera, ya que fue derogada por la Ley de 22 de noviembre de 1855, que restauró las Ordenanzas de Bilbao, suprimió los tribunales de comercio, cuya jurisdicción se atribuyó a los tribunales comunes, hasta 1884 en que se expidió un segundo Código de Comercio que derogó todas las disposiciones mercantiles, incluyendo las Ordenanzas de Bilbao y finalmente, en 1889 se expidió el tercer Código de Comercio que continúa vigente. Estos códigos recogieron instituciones mercantiles de los códigos español de 1885 e italiano de 1882, ambos influenciados también por el Código Francés de 1808.<sup>98</sup>

Después de la limitada aplicación del Código de Comercio de 1854 y de su concepción centralista, inadecuada para el sistema federal incorporado

---

<sup>97</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la empresa, Sociedades. Ob. Cit p. p. 21 y 22.

<sup>98</sup> Cfr. Ob. Cit. p. p. 18, 19, 20 y 21.

por la Constitución de 1857, el gobierno de la República propuso la organización de una comisión cuya finalidad sería formular y establecer las bases generales de la legislación mercantil. En un principio, ésta reglamentación sería solamente aplicable para el Distrito Federal y el Estado de Baja California y, de acuerdo, con la fracción X del artículo 72 constitucional de 1857, constituiría a su vez, las bases generales de la legislación mercantil en toda la República. Sin embargo, se determinó que el sistema adoptado en este proyecto en cuanto a la aplicación territorial no era adecuado, argumentando que para lograr un mejor desarrollo del comercio era necesaria su regulación a través de una ley de aplicación uniforme en toda la República.

Por reforma constitucional del artículo 72 de la Constitución de 1857 de fecha 15 de diciembre de 1883, la materia mercantil quedó federalizada quedando de la siguiente manera:

“Artículo 72. El Congreso tiene facultad:

...

X. Para expedir códigos obligatorios en toda la República de minería y comercio comprendiendo en este último las instituciones bancarias.

...”

**D. Antecedentes Constitucionales.-** Para tener una visión más clara de la evolución del Derecho Mercantil en la legislación mexicana, es necesario el análisis de los diversos ordenamientos constitucionales, en donde encontramos normas de regulación del comercio.

**1.- Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.-** Este ordenamiento es conocido simplemente como Constitución de Cádiz de 1812, debido a que fue expedida por las Cortes de Cádiz, España en donde se juró el 19 de marzo de 1812, mientras que en la Nueva España se juró el 30 de septiembre de igual año. Estableció como forma de gobierno una monarquía moderada hereditaria (Artículo 14) y se concedieron facultades a las Cortes para hacer las leyes, su ejecución se concedió al Rey y su aplicación en las causas civiles y criminales, a los tribunales (Artículos 15, 16 y 17), aunque también se contempló la existencia de un Consejo de Estado del Rey, formado

por 40 individuos nombrados por el propio Rey a propuesta de las cortes (Artículos 231, 233 y 236).

Lo que llama inmediatamente la atención de esta Constitución, es que su artículo 1 define a la nación española como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, es decir, de todo el mundo y establece como territorio de las Españas, el de la península Ibérica, con todas sus posesiones e islas adyacentes y entre otras en África y América, el de la Nueva España, lo que significa que los indígenas habitantes de esos territorios no eran considerados como ciudadanos, sino que vendrían siendo extranjeros. Afirmo esto porque el Capítulo IV de esta Constitución, denominado “de los ciudadanos españoles”, aunque estableció reglas para que los extranjeros pudieran obtener la ciudadanía española, entre las que figuraba el ejercicio del comercio (Artículo 20), esta distinción de ciudadanía española, de suyo dejó a los indígenas conquistados en América, en un total desamparo de la tutela constitucional, porque a pesar de que este ordenamiento estableció diversos derechos en materia electoral, civil, penal, etc. su ejercicio estaba reservado a los ciudadanos españoles, quienes inclusive eran los únicos que podían obtener empleos públicos.

Esta Constitución de Cádiz de 1812 y otra anterior llamada de Bayona del año de 1808, aunque fueron impuestas a México por los españoles, no tuvieron vigencia real sino únicamente formal, como lo refiere Fernando Serrano Migallón en su obra *La Vida Constitucional de México, Constituciones Impuestas*.<sup>99</sup> En donde realiza un análisis muy profundo de ambos ordenamientos. Respecto de las Cortes de Cádiz, me permito transcribir las ideas que se apuntan en la misma obra, relativas a un discurso a los pueblos de José María Morelos y Pavón de 23 de diciembre de 1812:

Las Cortes de Cádiz han asentado más de una vez, que los americanos eran iguales a los europeos, y para halagarnos más, nos han tratado de hermanos; pero si ellos hubieran procedido con sinceridad y buena fe, era consiguiente que al mismo tiempo que declararon su independencia, hubieran declarado la nuestra y nos

---

<sup>99</sup> Cfr. Migallón Serrano, Fernando. *La Vida Constitucional de México, Constituciones Impuestas*, Vol I, Tomos I y II, 1a. Ed. Edit. Fondo de Cultura Económica, México 2007. p. p. 25 y 361.

hubieran dejado libertad para establecer nuestro gobierno, así como ellos establecieron el suyo. Más, tan lejos estuvieron de hacerlo así, que apenas erigieron sus primeras juntas, cuando nos impusieron leyes, exigiéndonos juramentos de fidelidad, unos en pos de los otros, según que allá se disolvían unas y se creaban otras nuevas al antojo de los comerciantes de Cádiz puestos de acuerdo con los de Veracruz y México. Una conducta tan violenta y tiránica, pedía una correspondencia igual”.

Dicho lo anterior, a continuación, procedo al análisis de las normas establecidas en esta Constitución de Cádiz en materia de comercio:

A las cortes se les concedieron facultad para proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario; aprobar antes de su ratificación los tratados especiales de comercio; Establecer las aduanas y aranceles de derechos; determinar el valor, peso, ley, tipo y denominación de las monedas y; promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan (Artículo 135)

Al Rey se le concedieron facultades para sancionar las leyes, limitada a 30 días en que de no pronunciarse se tenían por sancionadas (Artículos 143 y 145). También se le concedieron facultades para ejecutar las leyes y de ahí su poder reglamentario, a través de la expedición de decretos, reglamentos e instrucciones; también se le dotó de facultades para cuidar de la fabricación de la moneda, que por cierto llevaría su busto y su nombre y para dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias (Artículos 170 y 171), esto a través de la celebración de tratados, con la restricción dispuesta por el artículo 172, consistente en que no podía celebrar tratados especiales de comercio sin el consentimiento de las Cortes.

Esta Constitución dedicó a la impartición de justicia el Título V, denominado de los tribunales de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal, en donde concedió a los tribunales la potestad exclusiva de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, leyes que señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los tribunales y que ni las cortes ni el rey podrían dispensar (Artículos 242 y 244), asimismo, previó la

aplicación uniforme en toda la monarquía, de los códigos civil, criminal y de comercio (Artículo 258). En este caso, al promulgarse esta Constitución de Cádiz en 1812, el comercio en la Nueva España se regía por las Ordenanzas de Bilbao del año de 1737, las que continuaron vigentes hasta que España tuvo su primer Código de Comercio en el año de 1829.

Finalmente, en esta Constitución se establecieron normas para promover y proteger el comercio, ya que se concedieron facultades a los ayuntamientos para promover la agricultura, la industria y el comercio según la localidad y circunstancias de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso, y facultades a las diputaciones provinciales para fomentar la agricultura, la industria y el comercio, protegiendo los inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos (Artículo 335).

**2.- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.-** Se le conoce como Constitución de Apatzingan, por haber sido sancionada en esa Ciudad el 22 de octubre de 1824.- Debe indicarse primeramente que en este Decreto se establece claramente la libertad de comercio, ya que el artículo 24 señala que la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad y por su parte el artículo 38, ordena que ningún género de cultura, industria o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos, excepto los que forman la subsistencia pública.

Respecto de la forma de gobierno, este decreto no la establece como tal, sino que nombra las provincias que componen la América mexicana, las que no podrían separarse unas de las otras en su gobierno, ni menos enajenarse en todo o en parte (Artículos 42 y 43) y precisa que las supremas autoridades son el supremo congreso mexicano, el supremo gobierno y el supremo tribunal de justicia. (Artículo 44), que serían lo que hoy conocemos como poderes legislativo, ejecutivo y judicial, cuya relación con la materia mercantil expongo a continuación:

De las atribuciones que se conceden al supremo congreso, se destacan las siguientes: Nombrar los ministros públicos, que con el carácter de embajadores plenipotenciarios, u otra representación diplomática, hayan de enviarse a las demás naciones (Artículo 104); Examinar y discutir los proyectos de ley que se propongan. Sancionar las leyes, interpretarlas y derogarlas en caso necesario (Artículo 106); Decretar la guerra y dictar las instrucciones bajo las cuales haya de proponerse o admitirse la paz: las que deban regir para ajustar los tratados de alianza y comercio con las demás naciones, y aprobar antes de su ratificación estos tratados (Artículo 108); Crear nuevos tribunales subalternos, suprimir los establecidos, variar su forma, según convenga para la mejor administración: aumentar o disminuir los oficios públicos, y formar los aranceles de derechos (Artículo 109); Arreglar los gastos del Gobierno. Establecer contribuciones e impuestos, y el modo de recaudarlos (Artículo 113); Declarar si ha de haber aduanas, y en que lugares (Artículo 115); Batir moneda, determinando su materia, valor peso, tipo y denominación; y adoptar el sistema que estime justo de pesos y medidas (Artículo 116); favorecer todos los ramos de industria, facilitando los medios de adelantarla. (Artículo 117)

Al supremo gobierno, que por cierto se conformaba de tres individuos que se alternarían cada cuatro meses en su ejercicio (Artículo 132), se le facultó para: Publicar la guerra y ajustar la paz. Celebrar tratados de alianza y comercio con las naciones extranjeras, conforme al artículo 108, correspondiéndole con sus gabinetes en las negociaciones que ocurran, por si o por medio de los ministros públicos de que habla el artículo 10-4; los cuales han de entenderse inmediatamente con el gobierno, quien despachara las contestaciones con independencia del Congreso; a menos que versen sobre asuntos cuya resolución no este en sus facultades, y de todo dará cuenta oportunamente al mismo Congreso (Artículo 159). Asimismo, conforme al artículo 175, se previo la creación de las intendencias de hacienda como dependencias del supremo gobierno, compuestas por un fiscal, un asesor letrado, dos ministros y el jefe principal, quien tendría el nombre de intendente general, y además habrá un secretario, (Artículo 176), previendo también el artículo 178, la creación de tesorerías foráneas, dependientes de las

provinciales, según se juzguen necesarias para la mejor administración (Artículo 178).

Al supremo tribunal de justicia compuesto por cinco individuos, susceptible de ampliarse (Artículo 181), se le facultó para conocer de causas temporales, civiles y criminales, en segunda o tercera instancia, según lo determinaran las leyes (Artículo 199). También se establecieron jueces nacionales de partido nombrados por el supremo gobierno, con la facultades en los ramos de justicia o policía que las leyes del antiguo gobierno concedían a los subdelegados (Artículos 205 y 206).

**3.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.-** Fue sancionada por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824 y se le conoce como la Constitución Federal de 1824. Se adoptó como forma de gobierno la de una república representativa popular federal y se estableció la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial (Artículos. 4 y 5), el poder legislativo se depositó en un congreso general compuesto de dos cámaras, una de diputados y otra de senadores (Artículo 7), asignándosele entre otras facultades exclusivas relativas al comercio, según el artículo 50: arreglar el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diferentes Estados de la Federación y tribus de los indios (Fracc. XI); Aprobar los tratados de paz, de alianza, de amistad, de federación, de neutralidad armada y cualesquiera otros que celebre el Presidente de los Estados Unidos, con potencias extranjeras (Fracc. XIII); Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas y designar su ubicación (Fracc. XIV); Determinar y uniformar el peso, ley, valor, tipo y denominación de las monedas en todos los Estados de la Federación, y adoptar un sistema de pesos y medidas (Fracc. XV); dar reglas para conceder patentes de corso, y para declarar buenas o malas la presas de mar y tierra (Fracc. XVII); Dar leyes uniformes en todos los Estados sobre bancarrotas (Fracc. XXVII).

Por otro lado, respecto de la formación de leyes, se tendrían como iniciativas de ley o de decreto, las propuestas del presidente, de las legislaturas

de los estados (Artículos. 51 y 52). Esta constitución estableció que durante el receso del congreso general, funcionara un consejo de gobierno, >equivale a la comisión permanente que se instala en los recesos del Congreso de la Unión conforme a la Constitución vigente<, quien contaba entre otras atribuciones la de velar sobre la observancia de la constitución y leyes generales, formando expediente sobre cualquier incidente relativo a estos objetos y hacer al presidente las observaciones para el mejor cumplimiento de la constitución y leyes de la unión (Artículo 116, Fraccs. I y II).

El poder ejecutivo, se deposito en un individuo (y se previo la figura del vicepresidente) (Artículo 74), quien podía por una vez y durante 10 días hábiles, presentar al congreso propuestas de ley o de reformas (Artículo 105) y contó con la facultad de hacer observaciones sobre las leyes y decretos que le pasara el congreso general suspendiendo su publicación hasta la resolución del mismo congreso, con las excepciones previstas en la propia constitución (Artículo 106), asimismo, dentro de las atribuciones del presidente se destacan, artículo 110: dar reglamentos, decretos y ordenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, acta constitutiva y leyes generales (Fracc. II); Cuidar de la recaudación...” (Fracc. V); dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratadlos de paz, amistad, alianza, tregua, federación, neutralidad armada, comercio y cualesquiera otros; mas para prestar o negar su ratificación a cualquiera de ellos, deberá preceder la aprobación del congreso general (Fracc. XIV).

El poder judicial se deposito en una Corte Suprema de Justicia, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito (Artículo 123); entre otras atribuciones conferidas a la Corte suprema, encontramos la de conocer de las causas de almirantazgo, presas de mar y tierra, y contrabandos; de los crímenes cometidos en alta mar; de los empleados de hacienda y justicia de la federación; y de las infracciones de la constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley. (Artículo 137, Fracc. V, párrafo sexto). A los Tribunales de Circuito se les confirieron facultades para conocer de las causas de almirantazgo, presas de mar y tierra, contrabandos, crímenes cometidos en alta mar, ofensas contra los Estados Unidos Mexicanos, de las causas de los cónsules, de las causas civiles cuyo valor pase de quinientos pesos, y en las



cuales sea interesada la federación (Artículo 142). Mientras que a los juzgados de distrito se les autorizo conocer, sin apelación, de todas las causas civiles en que este interesada la federación, y cuyo valor no exceda de quinientos pesos; y en primera instancia, de todos los casos en que deban conocer en segunda los tribunales de circuito (Artículo 143).

En cuanto al gobierno particular de los estados, en esta constitución se dispuso la misma división de poderes que en el caso de la federación, es decir legislativo, ejecutivo y judicial (Artículo 157), el primero depositado en una legislatura, el segundo en la persona o personas determinadas por las constituciones locales y el tercero, en los tribunales que establezca o designe la constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales, serán fenecidos en ellas hasta su ultima instancia y ejecución de la ultima sentencia. (Artículos 158, 159 y 160).

Por otro lado, el articulo 161 de esta constitución impuso a los estados diversas obligaciones, entre otras, la de guardar y hacer guardar la constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera (Fracc. III) y de remitir anualmente a cada una de las cámaras del congreso general, nota circunstanciada y comprensiva de los ingresos y egresos de todas las tesorerías que haya en sus respectivos distritos, con relación del origen de unos y otros, del estado en que se hallen los ramos de industria agrícola, mercantil y fabril, de los nuevos ramos de industria que puedan introducirse y fomentarse, con expresión de los medios para conseguirlo, y de su respectiva población y modo de protegerla o aumentarla (Fracc. VIII). Asimismo, a los poderes de los estados se les prohibió entre otros, establecer, sin el consentimiento del congreso general, derecho alguno de tonelaje, ni otro alguno de puerto e imponer, sin consentimiento del congreso general, contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones, mientras la ley no regula como deban hacerlo (Artículo 162, Fracs. I y II).

Finalmente, no quiero dejar de comentar que esta constitución de 1824, se protegió en extremo la posibilidad de reformarla al establecer en su artículo 171, que jamás se podrían reformar sus artículos y del acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los estados.

**4.- Bases y Leyes Constitucionales de la Republica Mexicana de 1836.-** Se decretaron por el Congreso General de la Nación en 1836. Este ordenamiento es de corte centralista y se conoce simplemente como Constitución del 36 o Siete Leyes Constitucionales; en este caso, me referiré a cada una de estas leyes, aludiendo a las normas que se relacionen con el Derecho Mercantil:

*Primera Ley.-* La situación de comerciante contribuía al estatus de ciudadano, ya que el artículo 7 de esta ley dispuso que además de otros requisitos que estableció en su artículo 1, eran ciudadanos de la republica los que tuvieran una renta anual lo menos de cien pesos, procedentes de capital fijo o mobiliario, o de industria o trabajo personal honesto y útil a la sociedad; mientras que la situación de quebrado con fraude, según el artículo 10 suspendía los derechos particulares de los ciudadanos.

*Segunda Ley.-* No contempló normas relativas al comercio, sino que se dedicó en su integridad a crear al denominado Supremo Poder Conservador, su integración, organización y facultades; es el antecedente de control político de la Constitución, que más bien actuó arbitrariamente como un cuarto poder.

*Tercera Ley.-* En su artículo 12, depositó el ejercicio del poder legislativo en el Congreso General de la Nación, compuesto de las cámaras de diputados y de senadores. En materia mercantil, pueden mencionarse las facultades para iniciar las leyes, concedidas por la fracción III del artículo 26, a las juntas departamentales en las relativas a impuestos, educación pública, industria, *comercio*, administración municipal y variaciones constitucionales. La iniciativa debía presentarse para su inicio en la cámara de diputados, ya que la cámara

de senadores era la revisora (Artículo 25). En materia mercantil, se destacan las facultades concedidas por el artículo 44 en forma exclusiva al Congreso General, consistentes en: aprobar toda clase de tratados que celebre el ejecutivo con potencias extranjeras, y los concordatos con la silla apostólica (Fracc. VIII); Dar al gobierno bases y reglas generales para la habilitación; dar al gobierno bases y reglas generales para la habilitación de toda clase de puertos, establecimientos de aduanas y formación de los aranceles de comercio (Fracc. X); Determinar el peso, ley, tipo y denominación de las monedas, y adoptar el sistema general de pesos y medidas que le parezca (Fracc. XI).

*Cuarta ley.*- El artículo 17 de esta Ley, concedió al Presidente de la República, entre otras facultades: dar, con sujeción a las leyes generales respectivas, todos los decretos y ordenes que convengan para la mejor administración pública, observancia de la Constitución y leyes, y, de acuerdo con el consejo, los reglamentos para el cumplimiento de estas (Fracc. I); Cuidar de la exactitud legal en la fabricación de moneda (Fracc. XXVII); habilitar puertos o cerrarlos, establecer o suprimir aduanas y formar os aranceles de comercio, con absoluta sujeción a las bases que prefije el Consejo (Fracc. XXX);

*Quinta Ley.*- Esta Ley estableció en su artículo 1 que el Poder Judicial de la República Mexicana, se ejerciera por una Corte Suprema de Justicia, por los tribunales superiores de los departamentos, por los de hacienda que establecerá la ley de la materia y por los juzgados de primera instancia. Según como veremos en la Sexta Ley, la República se dividió en departamentos >no en Estados por ser de corte centralista<. El artículo 12, Fracción XI, concedió facultades a Corte Suprema de Justicia para conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran contra las sentencias dadas en última instancia, por los tribunales superiores de tercera de los departamentos; La fracción V del artículo 16, prohibió que los ministros y los fiscales de la Corte Suprema fungieran como árbitros de derecho o arbitradores; igual prohibición para los ministros y fiscales de los tribunales superiores de los departamentos y para jueces de primera instancia, impusieron los artículos 24 y 27. Los tribunales superiores de los departamentos, por virtud del artículo 21, quedaron

facultados para conocer en primera y segunda instancia de las causas civiles y criminales pertenecientes a su respectivo territorio (Fracc. I) y para conocer de los recursos de nulidad que se impusieran en las sentencias dadas por los jueces de primera instancia en juicio escrito, y cuando no tuviere lugar la apelación, y de las de vista que causen ejecutoria. (Fracc. III); asimismo, en las cabeceras de distrito de cada departamento se establecieron jueces subalternos, con sus juzgados correspondientes, para el despacho de las causas civiles y criminales en su primera instancia.

*Sexta ley.*- Como ya lo mencioné, conforme al artículo 1, la República se dividió en departamentos, y éstos a su vez en distritos y éstos en partidos, previendo el artículo 9 la existencia de una Junta Departamental por cada departamento. Estas juntas departamentales, conforme al artículo 14 contaron, entre otras funciones, con la de iniciar leyes relativas a impuestos, educación pública, industria, comercio, administración municipal y variaciones constitucionales, conforme a la Tercera Ley, así como de dictar todas las disposiciones convenientes a la conservación y mejora de los establecimientos de instrucción y beneficencia pública, y las que se dirijan al fomento de la agricultura, industria y comercio: pero si con ellas se agravare de algún modo a los pueblos del departamento, no se pondrán en ejecución sin que previamente sean aprobadas por el Congreso. Esta ley también contempló la existencia de ayuntamientos en las capitales de departamento (Artículo 22), los que, entre otras funciones, contaron con la de promover el adelantamiento de la agricultura, industria y comercio (Artículo 25). Finalmente, cabe señalar que los alcaldes debían ejercer el oficio de conciliadores en sus pueblos y determinar en los juicios verbales (Artículo 26).

*Séptima Ley.*- Esta ley establece candados temporales sobre las variaciones a estas leyes constitucionales: en su artículo 1 señala que la constitución no puede alterarse en seis años y para las que ocurriesen después, establece una serie de previsiones, lo que nos hace recordar el principio de rigidez constitucional que establece el artículo 135 de nuestra actual Constitución Federal.

**5.- Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.-** Se sancionó por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847, jurada y promulgada el día 21 de igual mes y año. Aunque esta acta no se refiere a la materia mercantil en forma expresa, resulta importante recordar que en su artículo 5º., se reitera el reconocimiento constitucional de los derechos del hombre y tan es así que para asegurarlos, dispuso que una ley fijara las garantías de libertad, >cabe aquí la de comercio< seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios para hacerlas efectivas y lo más trascendente es el establecimiento del amparo, al tenor del artículo 25 que dispuso:

“Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”.

**6.- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.-** Sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857. En cuanto a la forma de gobierno, el artículo 40 dispuso: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados Libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. Y en el artículo 50 estableció la división de poderes: “El Supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial”.

Con relación a la materia mercantil, analizaré lo concerniente a cada uno de los mencionados poderes, iniciando con el Poder Legislativo. Son de mencionarse las facultades legislativas del congreso: El artículo 72 concedió al congreso facultades para: Aprobar el presupuesto de los gastos de la federación que anualmente debe presentarle el ejecutivo e imponer las

contribuciones necesarias para cubrirlo (Fracc. VII); expedir aranceles sobre el comercio extranjero, y para impedir, por medio de bases generales, que en el comercio de Estado a Estado, se establezcan restricciones onerosas (Fracc. IX); establecer las bases generales de la legislación mercantil (Fracc. X); aprobar los tratados, convenios o convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo (Fracc. XIII); establecer casas de moneda, fijar las condiciones que esta deba tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar un sistema general de pesos y medidas (Fracc. XXIII). La iniciativa de leyes, según el artículo 65, se concedió como derecho a: El Presidente de la Unión; los Diputados al Congreso Federal y; las Legislaturas de los estados.

Al Poder Ejecutivo se le concedieron facultades para expedir reglamentos, ya que el artículo 85, dispuso que quedaba facultado para: promulgar y ejecutar las leyes que expida el congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia (Fracc. I), para conceder patentes de curso con sujeción a las bases fijadas por el congreso (Fracc. IX); para dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del congreso general (Fracc. X) y; para habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación (Fracc. XIV).

Por lo que respecta al Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con el artículo 90, su ejercicio se depositó en una Corte Suprema de Justicia y en tribunales de Distrito y de Circuito. Por disponerlo el artículo 97, correspondió a los tribunales de la federación, conocer de todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales >serían entre otras, las mercantiles< y sobre derecho marítimo (Fracs. I y II); de las del orden civil o criminal que se susciten a consecuencia de los tratados celebrados con la potencias extranjeras (Fracc. VI). Esta constitución precisa en su artículo 97, que los Tribunales de la Federación conocerán de todas las controversias que se susciten, entre otras, sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales (Fracc. I), de las que versen sobre derecho marítimo (Fracc. II) y de las de orden civil o criminal que se susciten a consecuencia de los tratados celebrados con las potencias

extranjeras (Fracc. VI) y de los casos de que habla este artículo, a la Suprema Corte de Justicia se le facultó para actuar como tribunal de apelación, o bien de última instancia, conforme a la graduación que haga la ley de las atribuciones de los tribunales de circuito y de distrito (Artículo 100) y algo de gran trascendencia es que los artículos 101 y 102, consagraron el juicio de amparo de una forma más desarrollada que el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

Con relación a los estados, muy al contrario de los tres poderes federales, esta Constitución del 57 les impuso las siguientes limitaciones: Artículo 111 Los Estados no pueden en ningún caso, fracción I, celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado, ni con potencias extranjeras; fracción III, acuñar moneda, emitir papel moneda, ni papel sellado; Artículo 112 Tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión, establecer derechos de tonelaje ni otro alguno de puerto; ni imponer contribuciones ó derechos sobre importaciones o exportaciones

Además de lo mencionado respecto de los poderes de la unión, ésta Constitución del 57 contempló las siguientes normas mercantiles: en el artículo 4º. estableció la libertad de comercio, al expresar:

“Todo hombre es libre para abrazar la profesión ó trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de su productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad”.

Asimismo, el artículo 28, como el de la Constitución Federal actual, aunque con menos contenido, prohibió los monopolios y estancos, de esta manera:

“No habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptuándose únicamente, los relativos a la acuñación de moneda, a los correos y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna mejora”.

Finalmente, en el Capítulo de Previsiones Generales, el artículo 124 de esta Constitución del 57 dispuso:

“Para el día 1º. de junio de 1858 quedarán abolidas las alcabalas y las aduanas interiores en toda la República”.

**7.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.-** Fue expedida por el Congreso Constituyente, reunido el 1º. de diciembre de 1916, en la Ciudad de Querétaro y entró en vigor el 5 de febrero de 1917. Esta Constitución es conocida simplemente como Constitución del 17 y derogó a la Constitución de 1857; con aproximadamente unas 600 reformas, esta constitución del 17 es la que actualmente nos rige; a continuación me refiero a su versión original, analizando las normas en materia de comercio, como fuente primigenia del Derecho Mercantil:

Para efectos del análisis que me propongo, preciso comentar que por cuestiones metodológicas, expondré primeramente lo concerniente a la forma de gobierno y a los poderes que esta Carta Fundamental instituyó, para luego referirme en materia mercantil, a las facultades de iniciar y formular las leyes, así como a las facultades que a dichos poderes y a los estados se les confirieron, para finalmente analizar las prevenciones y restricciones generales sobre igual materia.

Así tenemos que esta Constitución dispuso en su artículo 40, como forma de gobierno: “una República representativa, democrática, federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. Asimismo en el artículo 49, se dividió el poder de la Federación, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; el primero lo depositó en un Congreso general, dividido en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores (Artículo 50); el segundo lo depositó en un Presidente de la República (Artículo 80) y; el tercero lo depositó en una Suprema Corte de Justicia, en Tribunales de Circuito, Colegiados en materia de amparo y



unitarios en materia de apelación y en Juzgados de Distrito (Artículo 94). El derecho de iniciar las leyes se confirió al Presidente de la República, a los diputados y senadores al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados (Artículo 71); mientras que la formulación de las leyes se sujetó al procedimiento legislativo establecido por el artículo 72.

Ahora bien, conforme al artículo 73, al Congreso General se le confirieron facultades para: Imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto (Fracc. VII); Impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones (Fracc. IX); Legislar en toda la República sobre comercio (Fracc. X); Reglamentar el modo cómo deban expedirse las patentes de corso, dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir las relativas al derecho marítimo de paz y guerra (Fracc. XIII); Establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, determinar el valor de la extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas (Fracc. XVIII); Establecer contribuciones sobre comercio exterior y sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros y especiales sobre producción y consumo de tabacos labrados, gasolina y otros productos derivados del petróleo, cerillos y fósforos, aguamiel y productos de su fermentación, explotación forestal y producción y consumo de cerveza (Fracc. XXIX); Expedir todas las leyes que sean necesarias, a efecto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los poderes de la Unión (Fracc. XXX).

Asimismo, por virtud del artículo 131, párrafo segundo, el Congreso de la Unión, podía facultar al Ejecutivo, para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones y exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del País. El propio Ejecutivo, el enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación, el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

Por otro lado, se concedieron facultades exclusivas a las cámaras del Congreso de la Unión. A la Cámara de Diputados (Artículo 74), aprobar el presupuesto anual de gastos, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deban decretarse para cubrir aquél (Fracc. IV) y las demás que le confiera expresamente esta Constitución (Fracc. VIII), y; a la Cámara de Senadores (Artículo 76), se le confirió la facultad de aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Presidente de la República con las potencias extranjeras.

Al Poder Ejecutivo se le concedieron las siguientes facultades relacionadas o relativas a la materia mercantil: Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia (Fracc. I), que es una facultad para expedir reglamentos de las leyes, es la facultad reglamentaria del Presidente de la República, muy importante en materia comercial; Conceder patentes de curso con sujeción a las bases fijadas por el Congreso (Fracc. IX); dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolas a la ratificación del Congreso Federal (Fracc. X); Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación (Fracc. XIII).

A los tribunales del poder judicial de la Federación, entre otras facultades se les confirió la de conocer del juicio de amparo (Artículo 103), cuyas bases se fijaron en el artículo 107; el artículo 104 les facultó para conocer de las controversias del orden civil y criminal que se susciten con motivo del cumplimiento y aplicación de leyes federales o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras (Fracc. I) y de todas las controversias que versen sobre derecho marítimo (Fracc. II).

La propia Federación contó, según el artículo 138, con la facultad privativa de gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la

República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar en el Distrito y Territorios federales, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

Por lo contrario, en cuanto a los estados de la Federación, si bien soberanos y libres en cuanto a su régimen interior, como lo dispuso el artículo 40 de esta Constitución, el artículo 117 les impuso las siguientes restricciones en materia mercantil: Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado, ni con las potencias extranjeras (Fracc. I); Expedir patentes de corso, ni de represalias (Fracc. II); Acuñar moneda, emitir papel moneda, estampillas, ni papel sellado (Fracc. III); Prohibir, ni gravar directa, ni indirectamente la entrada a su territorio, ni la salida de el, a ninguna mercancía nacional o extranjera (Fracc. V); Gravar la circulación, ni el consumo de efectos nacionales o extranjeros, con impuestos o derechos cuya exención se efectúe por aduanas locales, requiera inspección o registro de bultos, o exija documentación que acompañe la mercancía (Fracc. VI); Expedir, ni mantener en vigor leyes o disposiciones fiscales que importen diferencias de impuestos o requisitos por razón de la procedencia de mercancías nacionales o extranjeras, ya sea que esta diferencia se establezca respecto de la producción similar de la localidad, o ya entre producciones semejantes de distinta procedencia (Fracc. VII); Asimismo, el artículo 118 les prohibió, sin autorización del Congreso de la Unión, establecer derechos de tonelaje sobre importaciones o exportaciones (Fracc. I).

Por lo que toca a las prevenciones y restricciones generales en materia mercantil, he de señalar primeramente que el artículo 1º. de esta Constitución original de 1917, consagró como garantía de igualdad, el derecho de todo individuo para gozar de las garantías que la misma otorga, “las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. De entre tales garantías, para el caso que me ocupa, se destaca la relativa a la libertad de comercio, que de acuerdo con el artículo, 4º., consiste en: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El

ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad”; con relación a lo cual el artículo 5º. que se refiere a que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123 (Párrafo primero), establece que tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio (Párrafo cuarto).

Estas libertades relacionadas con el comercio, desde luego se refieren tanto a las personas físicas como a las personas morales, lo cual se desprende del artículo 9º. de esta Constitución, ya que establece que: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito...”, lo cual se corrobora con lo dispuesto por el artículo 27, cuarto, quinto y sexto párrafos, en el sentido de que siendo de la nación la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional y el dominio directo de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes, de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria, etc. y que la nación es propietaria de las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional, en estos casos el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas...”

Pero la libertad de comercio en esta Constitución, también fue objeto de restricciones o prohibiciones: el artículo 32 dispone que se requiere la calidad de ciudadano mexicano para desempeñar entre otras funciones, la de agente aduanal en la República; la de la fracción XVIII del artículo 27, que declaró revisables todos los contratos y concesiones hechos por los gobiernos anteriores desde el año de 1876, mientras que la fracción IV del mismo artículo,

establece como restricción a personas morales: “las sociedades comerciales, por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas..., en cambio, la fracción V de igual artículo, estableció que los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo.

Por otro lado, el artículo 28 de esta Constitución de 1917, previene:

“En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria, pero exceptuando la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlará el Gobierno federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventores, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

“En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general, o de alguna clase social”.

El propio artículo 28 exceptuó de las prácticas monopólicas a las asociaciones de trabajadores, formadas para proteger sus propios intereses y a las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente a los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean

artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas Legislaturas por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

**E. Fuentes del Derecho Mercantil Mexicano.**- Conviene señalar primero, que etimológicamente, la palabra fuente viene del latín *fons* y significa manantial, un lugar de donde brota el agua. También significa “material que sirve de información a un investigador o de inspiración a un autor”,<sup>100</sup> de donde resulta que fuente; en sentido amplio y figurado, es el punto de partida, el lugar en el que se origina o surge una cosa,<sup>101</sup> es simplemente el manantial de donde brota el agua que da nacimiento al río.

Antes de iniciar el estudio de las fuentes del Derecho Mercantil, es menester analizar las fuentes del derecho en general. Así tenemos que, desde el punto de vista técnico, fuente del derecho equivale a las formas en que la colectividad estatuye su propio derecho, o sea, las formas en que aparece o exterioriza el derecho positivo. O en otras palabras, son fuentes del derecho los modos y las formas por medio de las cuales se establecen las normas jurídicas, vigentes en un tiempo y en un país dado.<sup>102</sup> Las fuentes del derecho también se han entendido como todo aquello que da origen al orden jurídico vigente. Serán fuentes del derecho todos los hechos y circunstancias sociales que en el momento de su concepción y objetivización dan lugar a la norma jurídica, ya sea en la mente del legislador cuando se está formando su concepto, o en la sociedad cuando esa norma, adquiere la forma de costumbre.<sup>103</sup>

De esta manera, las fuentes del derecho podemos verlas con diferentes significados: como fuentes de conocimiento y como fuentes de

---

<sup>100</sup> Cfr. Figueroa, Luis Mauricio. Las Fuentes del Derecho, Edit, porrúa, México 2004. p. 18.

<sup>101</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. P. 37.

<sup>102</sup> Idem. p. 37.

<sup>103</sup> Cfr. Acosta Romero, Miguel y Lara Luna, Julieta Areli. Nuevo Derecho Mercantil. Edit. Porrúa. México, 2000. p. 45.

producción; entendiéndose por las primeras el conjunto de medios materiales y de los documentos que dan el contenido de las normas jurídicas (leyes, reglamento, etc.), y por las segundas, aquellas que forman el derecho. A su vez, las fuentes de producción son materiales y formales, fuentes materiales son todos los factores que determinan o contribuyen a la formación de la norma jurídica, como por ejemplo, la opinión pública, las necesidades económicas, la tradición, etc.; fuentes formales, en cambio, son los medios de manifestarse la norma jurídica”.<sup>104</sup>

De acuerdo con Miguel Acosta Romero, las fuentes del conocimiento jurídico, son aquellas a las que acude el estudioso de la Ciencia del derecho para tratar de desentrañar los fenómenos que son materia de su proceso cognoscitivo, es decir son entonces, todos aquellos instrumentos o medios que pueda allegarse el estudioso del derecho para acrecentar sus conocimientos y que pueden ser directas, en cuanto permitan al sujeto el contacto entre el objeto de conocimiento y el intelecto; e indirectas, todas aquellas a través de las cuales y por otros medios, el investigador obtenga esos conocimientos inclusive a través de glosas, comentarios, etcétera.

Para concretar sobre las fuentes del derecho en general, acudo a la connotación tradicional de Eduardo García Maynez, quien las clasifica en fuentes formales, reales e históricas; Las fuentes formales son los procesos de creación de las normas jurídicas (la legislación) las fuentes reales son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas y; las fuentes históricas son los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes. Este autor define a la legislación como, el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes. En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales.<sup>105</sup> Eduardo García Maynes expone con claridad en qué consiste el proceso legislativo en México (iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciación de la

---

<sup>104</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 37.

<sup>105</sup> Cfr. García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 44a. Ed. Edit. porrúa. México, 1992. p. p. 51 y 52

vigencia), proceso de formulación de las leyes que se encuentra regulado por los artículos 71, 72, entre otros, de nuestra Constitución Federal.

Jorge Barrera Graf clasifica las fuentes formales, reales e históricas, de la siguiente manera: Las fuentes formales son la legislación y la costumbre (usos normativos). Fuentes reales, la jurisprudencia, la tradición, los principios generales de derecho, las nuevas necesidades económicas y sociales, la utilidad social y la convivencia política o económica de la norma o del principio, las condiciones generales de los contratos; las reglas del derecho comercial internacional. Fuentes históricas son los códigos y las leyes encuadradas, los diarios y periódicos oficiales, los documentos, (como las exposiciones de motivos o las diluciones de las leyes en el Congreso), las inscripciones en registros, los repertorios de jurisprudencia.<sup>106</sup>

De las fuentes generales del derecho, para el Derecho Mercantil, se han considerado tradicionalmente como fuentes formales, la ley, la costumbre y los usos, aunque algunos autores aceptan sólo la ley como fuente formal del derecho mercantil, puesto que la costumbre lo es únicamente si se reconoce por el derecho de los países y los usos, se dice, son considerados si a ellos se remite la propia ley;<sup>107</sup> en mi opinión, las fuentes formales son la legislación y la costumbre, quedando los usos comprendidos en ésta, por las razones que expongo a continuación.

**1.- Legislación.-** Aún cuando muchos autores, se refieren a la ley como fuente formal del Derecho Mercantil, prefiero utilizar el término legislación, ya que en ésta se encuentran comprendidos aquellos ordenamientos jurídicos que son la fuente formal de ese Derecho, a saber, la constitución, los códigos, las leyes, los reglamentos, los tratados internacionales, los acuerdos, las circulares y cualesquiera otras normas de carácter general. Lo afirmado encuentra justificación al tener presente que con aplicación del principio de supremacía constitucional, consagrado por el artículo 133 de la Constitución Federal de los

---

<sup>106</sup> Cfr. Ob. Cit, p. 52.

<sup>107</sup> Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 37.



Estados Unidos Mexicanos, esta Ley Suprema es la fuente primigenia de donde emana y está sustentado todo nuestro sistema jurídico, producto de un Congreso Constituyente creado ex profeso por el pueblo, como depositario de la soberanía nacional. Entonces, la Constitución Federal es la fuente superior del derecho mercantil.

Entre otras normas aplicables al Derecho Mercantil consagradas en la Constitución, que hoy nos rige puedo señalar: el artículo 5o. que consagra la libertad de los gobernados de poder dedicarse entre otras actividades al comercio; en su artículo 28 establece normas relativas a la libertad de concurrencia en el mercado, ya que prohíbe los monopolios en nuestro país, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes, lo que aplica también como prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia prohíbe la concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social y; la exención de impuestos.

Conforme al mismo artículo 28 Constitucional, quedan exentas de las prohibiciones anteriores, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas de; acuñación de moneda, emisión de billetes, correos, telégrafos, radiotelegrafía, petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos, generación de energía nuclear, electricidad y actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. Así como las que ejerza en las áreas prioritarias de comunicaciones vía satélite y ferrocarriles. También quedan exentas las Asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y

las asociaciones o sociedades cooperativas de productores, los privilegios a autores y artistas y los privilegios a inventores y perfeccionadores.

Contando con las bases anteriores, las siguientes fuentes formales del Derecho Mercantil, son las leyes secundarias, que emanan del Estado, a través de los órganos a quienes se ha confiado esa función. Como norma de derecho escrita es obra de los órganos legislativos y se habla así de la ley en sentido formal. En la función legislativa, el Estado establece reglas generales abstractas creando así la legislación, pues tiene la facultad de dictar las leyes mercantiles.<sup>108</sup>

En este sentido, sin embargo, la producción legislativa tiene que verse desde los puntos de vista formal y material, ya que no cabe duda que en el primer caso, es el poder legislativo el órgano destinado a la formulación de las leyes; es una facultad formalmente legislativa, que le es inherente a sus funciones constitucionales, mientras que en el segundo, al Ejecutivo de la Unión le compete la facultad materialmente legislativa, para la formulación de reglamentos y la celebración de tratados internacionales.

Así tenemos que en términos generales, en materia mercantil, de acuerdo con el artículo 73 Constitucional, el Congreso (Cámaras de Diputados y de Senadores) cuenta con facultades para: impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones (Fracc. IX); para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria, cinematografía, *comercio*, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123 (Fracc. X); para dictar leyes según las cuales deben declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho marítimo de paz y guerra (Fracc. XIII); para establecer casas de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener. Dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas; (Fracc. XVIII); para establecer contribuciones

---

<sup>108</sup> Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. 38.

sobre el comercio exterior, sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros, y especiales sobre energía eléctrica, producción y consumo de tabacos labrados, gasolina y otros productos derivados del petróleo, cerillos y fósforos, aguamiel y productos de su fermentación, explotación forestal y producción y consumo de cerveza (Fracc. XXIX, 1o. y 5o. a) a f)) y; para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión (Fracc. XXX). El proceso de formulación de las leyes, como ya se ha mencionado, se regula por los artículos 71 y 72 de nuestra Constitución Federal.

Mientras que de acuerdo con el artículo 76 Constitucional, son facultades exclusivas del Senado, Analizar la política exterior desarrollada por Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión (Fracc. I) y; las demás que la misma Constitución le atribuya (Fracc. 12).

El Poder Ejecutivo por su parte, cuenta con la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 89, fracc. I Constitucional, consistente en “promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”, así como con la de “dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado”. Para los efectos del tema que nos ocupa, tanto los reglamentos como los tratados internacionales, considerados como fuentes formales del derecho mercantil.

En conclusión, la fuente por excelencia del derecho Mercantil, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le siguen el Código de Comercio que en su artículo 2o. señala que a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en

materia federal, que en este caso lo es el Código Civil Federal, que tiene por lo tanto carácter supletorio.

Existe una gran cantidad de leyes especiales en materia mercantil, como son, entre otras: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley General de Sociedades Mercantiles; Ley de Concursos Mercantiles; Ley General de Instituciones de Seguros; Ley Sobre el Contrato de Seguro; Ley Federal de Instituciones de Fianzas; Ley federal de Protección al Consumidor. Continuamos con los Reglamentos, entre otros: de la Ley Aduanera; de Agentes de Seguros y Fianzas; del Registro Público de Comercio; de Correduría Pública; de la Ley Federal de Competencia Económica; de Comercio Exterior; del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación; de la Ley Federal Sobre Metrología y Normalización; de la Ley federal de Protección al Consumidor. Así como acuerdos, circulares y otras normas de carácter general expedidas por las dependencias del ejecutivo, que también son fuente formal del Derecho Mercantil.

Finalmente, en cuanto a los tratados Internacionales, su celebración resulta más que obligada en este mundo de globalización económica, sobre todo en lo que al comercio internacional se refiere, puesto que abrió las fronteras de los países en el mundo, a la comercialización de una gran variedad de productos y servicios y ha creado zonas de libre comercio. Las relaciones comerciales entre habitantes de distintos países, al igual que entre los estados, actualmente son cada vez más frecuentes y complejas, muestra de ello son los convenios, acuerdos comerciales, tratados internacionales y otros instrumentos jurídicos en materia comercial, en los que asumen una serie de obligaciones de carácter mercantil, como es el caso de México, que ha celebrado convenios comerciales con la República Árabe Unida, Corea, China, Rumania, Hungría, Checoslovaquia, Jamaica, Polonia, Bulgaria, Cuba, Japón, etc., así como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que nuestro país celebró con Estados Unidos y Canadá, que como se ha establecido son fuentes formales del derecho Mercantil.

No quiero dejar de mencionar, que, como lo apunta Oscar Vásquez del Mercado, existen otras leyes que tienen aplicación en la materia mercantil, leyes que aún cuando no hayan sido dictadas para asuntos de comercio, son sin embargo, especiales aplicaciones de principios más generales y que en derecho civil tienen otras aplicaciones particulares, y que pueden, según el caso reputarse comunes a lo civil y a lo mercantil, son reglas civiles que a falta de precepto jurídico comercial remite el artículo 2o. del Código de Comercio,<sup>109</sup> ya que este establece que “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”.

**2. Costumbres y usos.-** La costumbre se define como la repetición constante y generalizada de un hecho, con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio;<sup>110</sup> ahora bien, Joaquín Rodríguez Rodríguez, estima que la costumbre, como la ley, es la exteriorización de una norma jurídica; pero, en vez de ser una creación deliberada y reflexiva de organismos competentes, es un producto espontáneo de las necesidades del comercio.<sup>111</sup> Asimismo, se considera a la costumbre como un proceso de formación de normas y principios jurídicos, es decir, como usos de contenido y de valor normativo, es otra de las fuentes autónomas del derecho Mercantil; y aún más, es la fuente originaria de esta disciplina, la cual nació de las prácticas y de los usos (normativos) de los comerciantes, los que configuraron una nueva rama del derecho, distinta y separada del derecho civil, y que ha crecido e impuesto muchos principios modernos, diferentes y ajenos al derecho civil romano.<sup>112</sup>

Como en su oportunidad lo mencioné, el Derecho Mercantil nace por la fuerza de la costumbre, usos y prácticas comerciales vertidas en los estatutos de los gremios y corporaciones de los comerciantes de la Edad Media, que además de normas adjetivas, también contemplaban normas

---

<sup>109</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 39.

<sup>110</sup> Cfr. Vásquez Armiño, Fernando, Ob. Cit. p. 79.

<sup>111</sup> Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, 25a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p. 23.

<sup>112</sup> Cfr. Barrera Graf. Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa, sociedades. Ob. Cit. p. 57

sustantivas, al tiempo que a través de los consulados, se administraba justicia, por cierto en forma equitativa y sin reglas; la práctica judicial también se basaba en la costumbre. Sin embargo, la costumbre no se considera como fuente del Derecho Mercantil, ya que sólo tiene validez cuando esté invocada expresamente por la ley (*usus secundum legem*), pero no cuando ésta calle (*usus extra legem*), y lo que es más, como dice Barrera Graf, parece que el artículo 2o. del Código de Comercio la excluye.<sup>113</sup> En cambio a los usos, inclusive se les considera como normas de derecho objetivo creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios.<sup>114</sup>

Veamos, por un lado, es cierto que el artículo 2o. del Código de Comercio, señala que a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal, que en este caso lo es el Código Civil Federal, sin embargo, por otro lado, podemos considerar que la costumbre es fuente del Derecho Mercantil en virtud de que el propio Código prevé su aplicación, aunque en casos específicos: el artículo 280 señala que el comisionista debe desempeñar por sí los cargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello, pero que bajo su responsabilidad podrá emplear, en el desempeño de su comisión, dependientes en operaciones subalternas, que según *la costumbre*, se confíen a éstos; en su artículo 590 señala que el porteador está obligado, entre otros, a verificar el viaje si no hay término convenido, a la fecha más próxima al contrato, si *acostumbra* hacerlos en forma periódica y; el artículo 1132, señala como causa de recusación de magistrado, juez o secretario, la relación de intimidad con alguno de los interesados, nacida de algún acto religioso o civil, sancionado y respetado por *la costumbre*.

Asimismo, y sin distinguirlos de la costumbre, el Código de Comercio, establece la aplicación directa de los usos: en el artículo 304, indica que salvo pacto en contrario, todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su

---

<sup>113</sup> Idem p. 57

<sup>114</sup> Cfr. Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil. 24a. Ed., Edit. Marcial, Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 1997. P. 22.

trabajo y en caso de no existir estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el *uso de la plaza* donde se realice la comisión. Por otro lado, el artículo 333, establece que salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato, y en su defecto, a los *usos de la plaza* en que se constituyó el depósito. Lo que es más, las leyes mercantiles, por cierto que se han desprendido del Código de Comercio, prevén la aplicación de usos mercantiles en general y en materias específicas como usos bancarios, bursátiles y otros de las plazas (Artículos 6 de la Ley de Instituciones de Crédito y 5 de la Ley del Mercado de Valores).

Por otro lado, se advierte que tanto el Código de Comercio como las leyes en la materia, se refieren indistintamente a la costumbre y a los usos; desde el punto de vista de su carácter normativo son equivalentes , ya que debemos distinguir entre usos convencionales y normativos, pues como bien lo explica Vásquez del Mercado, los primeros sirven para conocer la voluntad de las partes, se trata de prácticas profesionales que se aceptan tácitamente para la formación de los actos jurídicos y que se sobreentienden aplicables para interpretar o completar la voluntad de las partes, pero los usos deben ser queridos por ellas para que tengan aplicación, pues de otra manera no tiene eficacia cuando se demuestra que las partes los desconocían o no quisieron aplicarlos. Los usos normativos surgen de la práctica que de ellos se hace en las transacciones mercantiles y se aplican porque se forma la conciencia respecto de ellos de que se trata de la observancia de una regla de derecho y que llega a imponerse independientemente de la voluntad de las partes; el uso normativo implica una regla de derecho objetivo y por lo tanto, no está sujeta a la voluntad de las partes. La remisión al uso se hace en vista de la función normativa que tiene, función de integración no de voluntad de las partes o de las normas contractuales, sino de la norma jurídica, de la ley escrita.<sup>115</sup>

Acorde con los usos mencionados, se pronuncia Joaquín Rodríguez, ya que distingue entre usos normativos y usos interpretativos. Los normativos tienen una validez general y se aplican por encima de la voluntad de las partes contratantes. Los segundos, concretan o aclaran una declaración de voluntad

---

<sup>115</sup> Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. P. 41.

concreta y determinada. Por eso, puede decirse que el uso normativo es igual que la costumbre, pero que el uso interpretativo no tiene ese valor.<sup>116</sup> En cambio, Miguel Acosta Romero sostiene que el uso es una especie de la costumbre y que en materia mercantil podría decirse que es aquella práctica constante y reiterada que utilizan los comerciantes y banqueros en sus transacciones y a la que le han dado la *opinio juris seu necessitatis*, por la dinámica misma de las transacciones comerciales, que impone una mayor celeridad y la utilización de usos y prácticas generales obligan a las partes.<sup>117</sup>

Finalmente, cabe señalar que los usos se han clasificado desde el punto de vista de su ámbito de aplicación territorial y de acuerdo a la materia sobre la cual tiene autoridad. En virtud del lugar en que se aplican los usos son de carácter internacional, nacional o local. Con relación a la materia son generales y especiales.<sup>118</sup> A los de aplicación territorial, debemos agregar los usos de las plazas, que pueden variar de un lugar a otro, como a los que se refieren los artículos 304 y 333 del Código de Comercio, respecto de las remuneraciones y retribuciones de los comisionistas y depositarios, respectivamente. En tanto que de los generales y especiales, los primeros pueden regular toda la materia mercantil y los segundos un aspecto parcial; los generales se establecen simplemente como usos mercantiles y los especiales son referenciados a la materia que rigen, ejemplo de ello son los artículos, 6 de la Ley de Instituciones de Crédito y 5 de la Ley del Mercado de Valores, que establecen de aplicación supletoria: como usos generales, los usos mercantiles y; como usos especiales, los usos bursátiles y las prácticas bancarias, respectivamente. Ello con prevalencia inclusive sobre el Código Civil Federal.

**3.- El caso de la jurisprudencia y la doctrina.-** En primer lugar, es necesario señalar que la palabra jurisprudencia deriva del latín *juris* (derecho) y *prudencia* (sabiduría) y es usada para denominar en modo muy amplio y general a la ciencia del derecho. Conjunto de pronunciamientos de carácter jurisdiccional

---

<sup>116</sup> Cfr. Rodríguez Rodríguez, Joaquín Ob. Cit. p. 23.

<sup>117</sup> Cfr. Ob. Cit p. 66.

<sup>118</sup> Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar Ob. Cit. p. 41.



dictados por órganos judiciales y administrativos,<sup>119</sup> se considera también como conjunto de decisiones habituales dadas por los tribunales a las leyes.

Por otro lado, a la jurisprudencia se le ubica como una de las fuentes del derecho cuando tiene condiciones de uniformidad, no contrariedad ya ajustada a la ley. También es como ciencia del derecho interpretación y aplicación de las leyes hechas por los tribunales.<sup>120</sup> Asimismo la jurisprudencia se define como la interpretación de la ley hecha por los jueces. O bien, como un conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho.<sup>121</sup>

En nuestra legislación, la jurisprudencia no se reconoce como fuente formal de derecho, aun cuando sea instrumento necesario excelente para el conocimiento del derecho, para dictarla, se interpreta y aplica el derecho vigente. La función de las sentencias es la de declarar y afirmar el derecho preexistente. Las sentencias que forman jurisprudencia, son un antecedente al cual deben sujetarse los tribunales, pero no puede considerarse como forma en que se manifiesta la norma jurídica, porque la sentencia vincula sólo a las partes que intervinieron en el proceso y no es de imposición general. Por otra parte, la jurisprudencia puede variarse, esto es, puede ser interrumpida en los términos que la propia ley de amparo señala en su artículo 194.<sup>122</sup>

Ciertamente, el artículo 194, dispone que “La jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito”. Pero además, la jurisprudencia también se encuentra sujeta a una eventual modificación, pues así lo dispone el tercer

---

<sup>119</sup> Cfr. Lerner, Bernardo. Enciclopedia Jurídica OMEBA JACT-LEGA tomo XVII. OMEBA editores –libreros. Buenos Aires, Argentina. 1969. p. 621.

<sup>120</sup> Cfr. Moreno Rodríguez, Rogelio. Diccionario Jurídico, Economía, Sociología, Política, Ecología. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Argentina. 1998. p. 434.

<sup>121</sup> Cfr. Cabanellas De Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1988. p. 174.

<sup>122</sup> Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar. Ob. Cit. p. p. 37 y 43.

párrafo del mismo artículo: “Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación”.

En el mismo sentido se pronuncia Rodrigo Uría cuando señala que aún reconociendo el alto valor persuasivo y ejemplar que tiene la jurisprudencia al señalar el modo de aplicar el derecho, y a su eficaz contribución a la formación del derecho consuetudinario con la repetición uniforme de un mismo criterio en diferentes fallos, la mayor parte de la doctrina científica ha venido negando a las decisiones del tribunal supremo valor de fuente de derecho, por estimar que esas decisiones no crean derecho y no vinculan fuera del caso concreto en que han sido dictadas, sin perjuicio de reconocer el valor efectivo que tienen las resoluciones del tribunal supremo, que además de imponerse imperiosamente a los tribunales inferiores, e incluso con fuerza moral al propio tribunal que las establece, indirectamente alcanzan en su eficacia un ámbito de generalidad casi igual al de las fuentes normales (ley y costumbre).<sup>123</sup>

Dice Mantilla Molina que para que la jurisprudencia pudiera considerarse como verdadera fuente formal del derecho, sería preciso que el contenido de la sentencia sirviera como norma general, con validez jurídica de tal; no como norma concreta que rige a quienes fueron partes en el juicio respectivo. Lo cual no acontece, porque, no obstante la obligatoriedad de la jurisprudencia, como el mismo autor lo acota, no puede considerársele científicamente como fuente formal del derecho, puesto que el artículo 194 de la citada Ley de Amparo faculta a la Suprema Corte y Tribunales Colegiados de Circuito, aquélla en pleno o en salas, para contrariarla >y aún para modificarla como ya lo mencioné<, con lo cual resulta que una relación jurídica nacida después de que se ha formado la máxima jurisprudencial que le es aplicable, puede ser regulada de modo diverso al establecido en ella, si la Corte decide modificarla.<sup>124</sup>

Por otro lado, si la jurisprudencia, con las más altas consideraciones a que me he referido en párrafos anteriores, no goza del carácter de fuente del

---

<sup>123</sup> Cfr. Ob. Cit. p. p. 24 y 25.

<sup>124</sup> Cfr. Ob. Cit. P. 53.

Derecho Mercantil, por las razones que también se apuntaron, la doctrina se encuentra más alejada de serlo, porque la opinión de los jurisconsultos y estudiosos del derecho en general, no obligan a nadie puesto que no son vinculatorios, sin embargo, es evidente que los estudios, análisis, opiniones e interpretaciones de éstos, son con frecuencia invocados en las sentencias en que se decide el derecho, al igual que la jurisprudencia de la Corte: en otras palabras, lo que científicamente se les niega >carácter de fuente del derecho Mercantil< la práctica les concede.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES**

#### **I.- Origen y evolución de las fuentes generadoras de obligaciones mercantiles.**

**A. Pueblos Antiguos.-** Al momento en que la economía cerrada o natural, por medio de la cual cada grupo satisface íntegramente sus necesidades por sí mismo, resulta inadecuada a la compleja organización de una sociedad, surge un fenómeno, el trueque, que tal vez en sí mismo no puede ser calificado de mercantil, pero que tiene como necesaria consecuencia el comercio. En efecto, si el trueque supone que cada unidad económica produce en exceso determinados satisfactores, y carece de otros que son productos por distintas células económicas, es porque se ha manifestado ya, aun cuando sea sólo de modo embrionario, la división del trabajo, y consecuencia necesaria de esta es que la tarea de realizar cambios entre las distintas unidades económicas la asuma, de manera especializada, una persona, o un grupo determinado de personas, cuya actividad económica consista, justamente, en efectuar trueques, no con el propósito de consumir los objetos adquiridos, sino con el de destinarlos a nuevos trueques, que llevarán el satisfactor de quien lo produce a quien lo ha menester para su consumo. “Surge así el comercio, el cambio para el cambio; y junto a la figura del labrador, del herrero, del carpintero, etc., aparece la del comerciante, el hombre que se dedica a interponerse, para facilitarlos, en el cambio de satisfactores”.<sup>1</sup>

De lo anterior, se puede decir que la aparición del comercio no coincide, históricamente, con el surgimiento del derecho mercantil, pues normas jurídicas indiferenciadas pueden regir las relaciones que, económicamente, tiene carácter comercial y las que no lo presentan.

Sin embargo, en sistemas jurídicos muy antiguos se encuentran ya preceptos que se refieren, directa y especialmente, al comercio a las fuentes

---

<sup>1</sup> Cfr. Puente, Arturo y Calvo, Octavio. Derecho Mercantil. 6a. Ed. Edit. Banca y Comercio, México, 2002. p. 6.

generadoras de obligaciones, y que constituyen, por tanto, gérmenes remotos del derecho mercantil, sin que en una exposición compendiada, como es ésta, pueda entrarse en el análisis de su contenido.

A efecto de precisar lo expuesto, será conveniente puntualizar lo referido a las fuentes generadoras de obligaciones en pueblos como: Babilonia, Egipto, Grecia, Roma, Rodas, Fenicia, Cartago y otros.

**1. Babilonia.-** En Babilonia, uno de los pueblos más antiguos, con el desarrollo y crecimiento del comercio y de las actividades bancarias, fue que se empezaron a dar las primeras relaciones comerciales que se tradujeron en actos mercantiles y derivaron obligaciones.

La plata, fue utilizada como medio de cambio y, 3,000 años antes de nuestra era, se efectuaba en forma incipiente el comercio bancario por la civilización antigua, realizándose contratos de crédito, operaciones bancarias de cambio y emisión de títulos abstractos de obligaciones, utilizando las garantías reales y personales en múltiples formas.

Hubo muchas ciudades babilónicas en donde se realizaba importante comercio, sin embargo, para algunos autores, fue en la ciudad de Uruk, situada en la porción sur de la mesta mesopotámica y junto al río Eufrates, en donde se realizaban operaciones de banca, en un templo que se conoce históricamente como el Templo Rojo de Uruk, en donde se recibía dinero para su guarda, se prestaba dinero y se realizaban otros negocios bancarios.<sup>2</sup>

De acuerdo con Durant, los babilonios tenían un bien desarrollado sistema financiero, aun cuando no utilizaron la moneda antes de Hammurabi, usaban lingotes de oro y plata, como signos de valor y como medio de cambio. El metal no estaba estampado y era pesado en cada transacción. Los préstamos se hacían en mercancías, o en lingotes, a muy altas tasas de

---

<sup>2</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. Cit. p. 10.

interés, que eran fijadas por el Estado y que fluctuaban entre el 20% en préstamos en metálico y el 33% en préstamos en especie.<sup>3</sup>

También se puede decir, que no había bancos en Babilonia, sin embargo, existían familias poderosas que se pasaban de generación en generación el arte y el negocio de prestar dinero, realizando también negocios con bienes raíces y financiando empresas industriales.

Los sacerdotes otorgaban préstamos y financiaban sobre todo cultivos agrícolas.

Por otro lado, existen opiniones en el sentido de que en las ciudades babilónicas, existían grandes negocios de banca, como la Banca Eanesir, la Banca Egibi, y la Banca Neoabbibdia.

Para James Durant, Darío fue el primero que utilizó una mezcla de oro y plata en relación de 1305 para acuñar monedas que se llamaban Daricos, siendo éste el origen del bimetalismo en la fabricación de monedas.<sup>4</sup> En otras palabras, las obligaciones en Babilonia surgieron como consecuencia del desarrollo y de los actos comerciales que se celebraban.

**2. Egipto.** “La concepción místico-religiosa y cierta vivencia de lo sagrado que los egipcios poseían desde la etapa preestatal, sirvió de sustento a la posterior consideración del faraón como un dios. Alrededor del año 3100 antes de Jesucristo, es decir, hace más de 5 mil años, aparece la autoridad centralizada en el antiguo Egipto”.<sup>5</sup> Carecemos de datos para reconstruir detalladamente el proceso de centralización de autoridad pero sabemos que, decidido el desarrollo hidráulico, era necesaria la presencia de un gobierno de esta índole. Lo que sí queda claro es que este desenvolvimiento culmina en una altísima personalización del poder. Aquí podríamos trabajar con la categoría de Estado

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 11.

<sup>4</sup> Cfr. Durant William, James. Historia de la Civilización. 2a. Ed. Edit. Sepan Cuantos, México, 2003. p. 60.

<sup>5</sup> Ibidem. p. 62.

personalizado, en el sentido de que la concepción de la autoridad se identifica plenamente con su depositario.

Para los antiguos egipcios parece haber alcanzado plena validez la célebre expresión de Luis XIV, el Rey Sol, *L'Etatc'est moi* ("El Estado soy yo"). Esta idea, entendida con suma claridad por Luis XIV pero no tan compartida por sus súbditos franceses era, en cambio, absolutamente admitida y apoyada por los pobladores del primer Estado Egipcio, según los datos históricos de que disponemos. La teoría del Estado egipcio se resumiría diciendo: el Estado es el faraón, afirmado no sólo por el propio faraón, sino por todos los pobladores del Estado. Explica John A. Wilson "que adjudicar la denominación de faraón a los monarcas de esa época constituye un anacronismo. En realidad, el término faraón se refería al palacio donde vivía el rey egipcio. Fue siglos después cuando se acuñó esta manera de dirigirse al soberano por referencia al palacio que habitaba. No obstante, para facilitar la exposición, aludí al jefe de Estado egipcio (valga este otro anacronismo) como faraón, independientemente de la época de que se trate".<sup>6</sup>

La necesidad de centralizar la autoridad de aquella sociedad para el logro de sus nuevos objetivos, así como la de otorgar legitimidad frente a la población al poder recién adquirido y ejercido, explica la identificación del jefe supremo con la deidad. El monarca, el faraón, o sólo era un enviado de los dioses: para todos los efectos prácticos, desde el punto de vista de la concepción teórico religiosa de esa comunidad, era el dios mismo, divino en su propia persona.

El fenómeno aparecerá después en otros pueblos y periodos históricos recordemos que los romanos también llegan a divinizar a sus gobernantes, pero el faraón egipcio parece ser el primer dirigente que asume la función de conducir a la sociedad como un verdadero dios y así lo entienden sus súbditos. Todo parece indicar que en las primeras dinastías egipcias se consolidaron viejos factores de unión entre diferentes aldeas asentadas en los márgenes del Nilo y que el desarrollo de esta comunidad fue en su mayoría

---

<sup>6</sup> Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Teoría General del Estado. 3a. Ed. Edit. Harla, México, 2000. p. 16.

endógeno; es decir, generado por ella misma, salvo la influencia cultural mesopotámica apuntada. Durante las dos o tres primeras dinastías el proceso fue acentuadamente integrador; el centro en el que convergen todas las fuerzas sociales es la figura divina del faraón.

Obviamente, el monarca necesitaba funcionarios para un gobierno que se había extendido mucho y que cada día era más complicado, pero los testimonios muestran que estos colaboradores no ejercían una función pública, como la entendemos ahora, sino que prestaban un servicio personal al faraón y estaban sujetos a su divina gracia. La fuerte personalización se manifestaba también en la ausencia de cuerpos normativos impersonales y generales. La justicia, aunque impartida por los servidores, se aplicaba porque era la palabra del rey. No había códigos o leyes para regular situaciones abstractas. El propio derecho consuetudinario del país se estimaba surgido de la voluntad del faraón. La única limitante no jurídica que tenía, era el concepto del *ma'at*, especie de justicia, equidad, verdad, inmanentes.

De este que hemos denominado Estado personalizado, se pueden extraer dos características derivadas de la consideración del faraón como un ser divino. La primera, que el desarrollo burocrático indispensable para hacer posible la organización del Estado se produce en torno a su figura con el sentido de servidumbre personal hacia el monarca, que era el Estado mismo. Se creó así la primera clase gobernante. La segunda característica consiste en que no había ley escrita porque la antigua tradición, por un lado, y por otro la voluntad absoluta, divina del faraón, generaban la normatividad de la sociedad. Con seguridad, el faraón no podía ejercer una autoridad totalmente caprichosa. El *ma'at*, esa idea de justicia, de equidad, en el fondo representaba la costumbre, la tradición de la propia comunidad. Lo justo debió ser lo que estaba apegado a las costumbres y a la tradición de la sociedad.

En la naciente estructura estatal se puede apreciar como permanecen antiguas concepciones y fórmulas provenientes de las formas organizativas anteriores. Se advierte, en este nuevo estadio, un desplazamiento de la autoridad tradicional arraigada en el pasado y que ahora



encarna individualmente en el faraón. Aunque éste asume un poder absoluto, la comunidad reconoce una vida consuetudinaria ancestral. Que los libros afirmen que la ley era la palabra del faraón, simplemente quiere decir que ésta debía darse en un marco condicionado, en buena medida, por las costumbres establecidas durante siglos y que, a partir de ahí fue desarrollando su propia capacidad de decisión para enfrentar las situaciones nuevas. Ninguna organización social puede cambiar repentinamente tradiciones y creencias colectivas, por grande que sea el proceso revolucionario al que responda y por fuerte que se manifieste el poder de la autoridad establecida.

Durante las primeras dinastías (3100-2700 a. C.) el Estado egipcio evoluciona con gran rapidez. Así como parece haber sido lento y penosamente acumulativo el paso de la prehistoria al primer Estado centralizado egipcio, este presenta un desarrollo muy veloz. En un término de aproximadamente cuatrocientos años se multiplica la producción, se sistematiza el trabajo de manera cada vez más eficiente, se pasa de la organización para las obras hidráulicas necesarias, canales, diques, almacenes, a las grandes construcciones mortuorias para los faraones, que todavía permanecen en pie. Las famosas pirámides de Egipto se erigieron entre 2650 y 2500 a. C..<sup>7</sup>

La interacción de los varios factores estudiados en condiciones históricas excepcionales dan cuenta de este primer período de consolidación del Estado, que se nos muestra como totalmente personalizado. La autoridad férrea del faraón y su reconocimiento por la comunidad aparecen como determinantes, en buena medida, de los espectaculares logros obtenidos. Surge y se amplía una clase burocrática dependiente del monarca, quien gobierna si leyes escritas y es objeto de adoración absoluta.

A manera de resumen, podemos decir que las obligaciones y su cumplimiento en este pueblo, dependían de la voluntad del faraón.

**3. Grecia.-** Como es sabido, los griegos con su expansión colonial y su comercio generalizaron el uso de la moneda acuñada. A ellos, se debe la Ley Rodia, que reglamentó la echazón, esto es, el respeto proporcional de las

---

<sup>7</sup> Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo. Teoría General del Estado Ob. Cit. p. 18.

pérdidas que resultasen de echar objetos al mar, para salvarlo, entre los interesados en el manejo de un buque.

Los banqueros se conocían en Grecia, con el nombre de Trapezitas y Colubistas y se dedicaban al cambio, a hacer préstamos y en Atenas, hacia el siglo V, la mayor parte de ellos, eran extranjeros. Las tasas de interés que cobraban, en ocasiones, eran exageradamente altas. Los bancos griegos confrontaban problemas, porque muchos denunciaban los préstamos con interés como un crimen. Hacia la V Centuria, en Atenas, mucha gente prefería esconder sus ahorros, en lugar de entregarlos a los bancos. Los Templos servían también como bancos y otorgaban préstamos a los individuos y los Estados, a tasas más moderadas de interés; un ejemplo de ellos fue el Templo de Apolo, en Delfos.<sup>8</sup>

El cambio de moneda se realizaba en sus orígenes sobre una mesa, hacia la V Centuria, y se le conocía con el nombre de “Trapeza”, empezando a recibir dinero en depósitos y a su vez, a prestarlos con interés. El nombre de los banqueros era “trapezita”, que significaba “el hombre de la mesa”. Los trapezitas facilitaron la circulación de la moneda en forma más libre y rápida y facilitaron la estimulación y la expansión del comercio ateniense. El empleo de la moneda se fue expandiendo en las colonias griegas, desde aquellas establecidas en las riberas del Mar Negro, hasta Magna Grecia. De aquí tomaron los cartagineses también el uso de la moneda.

En la antigua Grecia existían problemas comerciales, porque cada ciudad tenía su propio sistema de pesas y su propia acuñación de moneda. En Grecia, se conocía a la aleación de oro y plata con el nombre de *electrum* y con dicha aleación se acuñaban monedas en las cuales procuraban incorporar la menor cantidad posible de oro en la aleación, aún cuando también acuñaban dracmas de plata (Atenas), que se conocían como búhos y que eran aceptadas en todo el mundo mediterráneo.<sup>9</sup> Las conquistas de Alejandro llevaron la utilización de la moneda hasta la India.

---

<sup>8</sup> Cfr. Acosta Romero, Miguel. Nuevo Derecho Bancario. 4a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003. p. 36.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 37.

En Grecia, existían ciertos organismos considerados por la doctrina como semi-oficiales que realizaban el comercio de la plata, siendo éstos los Templos. Así, se hablaba del Templo de Samos y del Templo de Artemisa, en Efeso, que tenían capitales considerables y los usaban en préstamos a largo plazo a las ciudades y a los ciudadanos, ejerciendo el estado o la ciudad cierta vigilancia sobre la actuación de estos templos en este aspecto.

“En el siglo IV, a.C., los estados griegos y las iglesias fundaron bancos públicos con el fin de sustraerse a la presión de las fuertes tasas de interés de los banqueros privados, religiosos y laicos y así, los bancos públicos griegos estaban manejados por funcionarios y tenían la guarda de los fondos públicos, el monopolio del cambio manual de moneda, de los cobros públicos y del pago de los gastos del Estado, algunos de los más conocidos de los bancos públicos fueron los de Atenas y Delfos”.<sup>10</sup>

Entre los progresos que se atribuyen a los griegos en la técnica bancaria están, el aceptar los depósitos mediante el pago de intereses a los clientes y su utilización, a su vez, en lo que ahora conocemos como operaciones activas.

Aportaron a la técnica la garantía de los préstamos sobre mercancías muy diversas y los antecedentes del afianzamiento.

Es evidente que los griegos desarrollaron el préstamo a la gruesa marítimo, prestando, además, a su cliente, servicios tales como la guarda en cajas fuertes de joyas, servicio de caja y servicios de pago en otras plazas.

Se afirma que fueron los banqueros griegos los que inventaron el cheque como una fuente generadora de obligaciones y así cita a Isócrates (436-338), que en su trapezítica comenta este instrumento bancario como el mejor medio de sustraer una suma de dinero de los riesgos de un viaje.

---

<sup>10</sup> Ibidem. p. 38.

Todas estas operaciones bancarias, en principio ya complicadas, sólo fueron posibles gracias a que los griegos perfeccionaron los métodos contables ideados por los babilonios. Otra parte de la influencia de los bancos griegos se aprecia en Egipto, en los bancos que se establecieron posteriormente a la conquista de Alejandro y bajo la dinastía de los Ptolomeos.

**4. Roma.-** En el sistema de Derecho Romano se encuentran normas aplicables al comercio, pero no una distinción formal entre Derecho Civil y Derecho Mercantil.

“La *actio institoria* permitía reclamar del dueño de una negociación mercantil, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona que se había encargado de administrarla (institor); la *actio exercitoria* se daba contra el dueño de un buque, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su capitán; con el nombre de *nauticum foenus* se regulaba el préstamo a la gruesa, es decir, aquel cuya exigibilidad está condicionada por el feliz retorno de un navío y en el que se conviene fuerte rédito; el texto llamado *nautae, caupones et stabularii ut recepta restituant*, se refiere a la obligación, a cargo de marinos y posaderos, de custodiar y devolver el equipaje de los pasajeros; por último, debe mencionarse que en el Digesto se incluyó la *lex rhodia de iactu*, que regula la echazón y a la cual se hizo referencia poco antes”.<sup>11</sup>

Se ha pretendido explicar la falta de un Derecho Mercantil autónomo en Roma, y aun la escasez de disposiciones referentes al comercio, tanto por el desprecio con que los romanos veían la actividad mercantil como por la flexibilidad de su derecho pretorio, que permitía encontrar la solución adecuada a las necesidades de cada caso, satisfaciendo así las exigencias del comercio. Esta última es la verdadera razón, pues no es exacto que los romanos profesaran, de manera general, aversión al comercio.

Las fuentes de las obligaciones son los hechos jurídicos que dan origen a ellas. Gayo enseñaba todavía a mediados del siglo II, en sus Instituciones, que “todas las obligaciones nacían de contratos o de delitos. Pero

---

<sup>11</sup> Floris Margadant S, Guillermo. Ob. Cit. p. 161.

en el Digesto, al citarse de nuevo a Gayo, en relación con este tema, se le hace añadir, por interpolación, una nueva fuente de obligaciones, un poco nebulosa: *variae causarum figurae* (diversas clases de causas).<sup>12</sup>

Luego, Justiniano, con su veneración mística por el número cuatro, amplió una vez más la lista de las fuentes de las obligaciones, señalando cuatro: contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos. Sin embargo, a lo largo del *Corpus iuris* encontramos varias citas que demuestran que, para los bizantinos, estas cuatro fuentes o agotaban la materia en cuestión. Mencionemos, como fuentes adicionales, la *pollicitatio* y el *votum* (ofertas hechas por justa causa a una ciudad o un templo).<sup>13</sup> No caben en el concepto de cuasicontrato, ya que la autoridad municipal o sacerdotal estaba enterada de la *pollicitatio* o del *votum* en cuestión. Sin embargo, la falta de aceptación no impedía que de dichos actos jurídicos dichas autoridades derivaran luego derechos.

Nótese que esta *pollicitatio* antigua era un concepto más restringido que su derivado actual, o sea, la oferta hecha al público en general. La doctrina antigua nunca quiso reconocer la obligatoriedad de promesas unilaterales dirigidas a *personae incertae*. Sin embargo, la práctica romana utilizaba tales promesas que quizá sólo producían obligaciones naturales. Petronio y Apuleyo “nos proporcionan ejemplos y Dernburg menciona el caso del collar de un esclavo con la inscripción: He huido, ¡atrápame! Si me devuelves a mi dueño Zosino, recibirás un *solidum* en recompensa.”<sup>14</sup>

Además, nacían obligaciones de diversas situaciones, como son la vecindad (fuente de obligaciones desde las XII Tablas o antes), la paternidad (fuente de obligaciones mutuas entre padre e hijo desde fines de la época clásica), la tenencia de un testamento (fuente del deber de mostrarlo a cualquier interesado, deber sancionado por el *interdictum de tabulis exhibendis*), entre otros. En estos casos, la obligación nacía sin intervenir la voluntad del sujeto pasivo y sin que hubiera, por parte del sujeto activo, ningún

---

<sup>12</sup> Cit. por Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9a. Ed. Edit Porrúa, México, 2003. p. 101.

<sup>13</sup> Ibidem. p. 102.

<sup>14</sup> Cfr. Floris Margadant S, Guillermo. Ob. Cit. p. 163.

acto deliberadamente orientado al nacimiento de una obligación. Como dicen algunos autores, e inclusive legisladores modernos: las obligaciones nacen directamente de la ley, sin necesidad de intervención humana, formulación criticable, ya que la ley es una cosa inerte, que necesita una intervención humana para surtir sus efectos; la intención de esta fórmula, empero, es clara.

Por último, mencionaré, como fuente adicional de obligaciones, la sentencia. Sobre todo cuando era equivocada, podía dar origen a nuevos deberes por parte del vencido en el juicio.

En cuanto a las cuatro fuentes justinianas, tenemos lo siguiente:

1. El contrato puede definirse como un acuerdo entre varias personas, que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles.
2. El delito es un hecho humano contrario al derecho y castigado por la ley. Es un hecho jurídico, ya que produce un cambio en el mundo del derecho; pero no es un acto jurídico, ya que el cambio que resulta (el deber del autor del delito de sufrir un castigo) no es precisamente el efecto deseado por el delincuente.
3. El cuasicontrato es una figura parecida al contrato por su licitud y sus consecuencias, pero en el cual no se encuentra el consentimiento entre los sujetos como elemento constitutivo, lo cual, separa los cuasicontratos de los contratos. Los ejemplos más conocidos son: la gestión de negocios (sin consentimiento del beneficiario, ya que de lo contrario se trataría de un contrato: el mandato), el enriquecimiento ilegítimo, la comunidad incidental (relación entre coherederos, antes de la división de la herencia, por ejemplo), la relación entre heredero y legatario que nazca de la *aditio*.
4. El cuasidelito es un acto ilícito, pero que el Derecho Romano no clasificaba entre los delitos. Produce una obligación entre el autor del acto y el perjudicado (en algunos casos, el denunciante).

“La diferencia entre delitos y cuasidelitos no reside, como en la doctrina moderna, en la existencia o ausencia de la intención de causar un

daño. En el delito de la *Lex Aquilia*, como veremos, faltaba a menudo la intención, y, sin embargo, era delito, mientras que el Juez que dictaba dolosamente una sentencia injusta en el derecho Romano cometía sólo un cuasidelito. Quizá, la diferencia entre ambas categorías era, para este derecho, la siguiente: cuando ya se había petrificado en la práctica jurídica la lista tradicional de los delitos privados, el espíritu de equidad que predomina en la época clásica provocaba la introducción de nuevas figuras dolosas o culpables que requerían una sanción. Estas figuras más modernas iban a formar una nueva categoría, la de los cuasidelitos.”<sup>15</sup>

No pensemos que estas cuatro fuentes producían resultado idéntico; la obligación romana tenía, por ejemplo, perfiles distintos, según que presentara un origen contractual o delictual. Así, el *paterfamilias*, respondía de obligaciones contractuales, contraídas por sus esclavos sin su autorización especial, hasta por el importe del peculio o del enriquecimiento obtenido en cambio, de las obligaciones delictuales de sus esclavos era responsable en forma total, pudiendo, empero, recurrir al abandono noxal.

Otra diferencia importante era la siguiente: Mientras que los deberes contraídos por contrato pasaban íntegramente a los herederos, éstos sólo respondían de los deberes originados por el delito hasta el importe del enriquecimiento obtenido por el mismo (a no ser que la reclamación respectiva contra el de *cuius*, en realidad, ya no tenía por fundamento el delito, sino el acto novatorio que es la *litis contestatio*: en este caso, los herederos respondían plenamente de la deuda respectiva).

**5. Rodas.-** Mención especial merece el derecho de la isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, cuya legislación referente al comercio marítimo alcanzó tal perfección que un emperador romano, Antonino, hubo de declarar que así como a él le correspondía el imperio sobre la tierra, a la Ley Rodia incumbía el del mar.

---

<sup>15</sup> Cit. por Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. 6a. Ed. Edit. Reus, España, 1990. p. 126.

A través de su incorporación en el Derecho Romano, las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura en nuestros días: la echazón (el reparto proporcional, entre todos los interesados en la suerte de un buque, del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlo) está incluida en la regulación que casi todas las leyes mercantiles hacen de las averías comunes, y conserva los caracteres con que la establecieron las leyes rodias. La palabra desapareció de la legislación mexicana en el año de 1963, al entrar en vigor la Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

**6. Fenicia.-** La actividad comercial de los fenicios dio nacimiento a las modalidades sociales de los puertos y factorías, así como a la regulación del comercio por medio de tratados, que contribuyeron en gran parte a la iniciación del crédito.

Los fenicios aportaron al Derecho Marítimo una institución que ha trascendido hasta nuestros días. La institución, que recogida por el Derecho Romano, puesto que no dejaron escrito nada relativo a sus reglas mercantiles, pasa y llega hasta la época actual, es la *Lex Rodia de iactu*, por la cual, todos los propietarios de las mercancías cargadas en un navío, deben contribuir a reparar las pérdidas sufridas por alguno de los propietarios cuyas mercancías se arrojan, echan al mar para salvar el navío. Esta institución es el antecedente del actual contrato de avería. Artículo 115 de la Ley de Navegación. Fuera de esta aportación en el Derecho Marítimo, ningún otro documento ha sido legado al Derecho Mercantil, por parte de los fenicios.

**7. Cartago.-** “El imperio comercial cartaginés tuvo, en sus inicios, una fuerte dependencia de sus relaciones con [Tartessos](#), así como de otras ciudades de la Península Ibérica. Contaba allí con varias colonias, una de ellas incluso más antiguas que la capital, Gadir. De allí se obtenían grandes cantidades de [plata](#) y, lo que era más importante, [estaño](#), necesario para la fabricación del [bronce](#) tan usado en aquella época. Cartago utilizó las mismas rutas comerciales ya establecidas por su ciudad madre (Tiro). Cuando Tartessos cayó, los barcos



cartagineses fueron directamente hacia las fuentes de estaño del Noroeste de la Península Ibérica, incluso más al Norte, hasta las islas británicas. Otras expediciones llegaron a traer oro de lugares tan lejanos como Senegal, en la costa atlántica africana.”<sup>16</sup>

En muchas ocasiones, el intercambio comercial se hacía mediante el trueque silencioso, descrito por Heródoto en sus Relatos Libios: “Los cartagineses desembarcan en la playa sus mercancías para exponerlas. Regresan a los barcos y hacen humo para avisar a los indígenas. Éstos, al ver el humo, se acercan al mar y colocan al lado de las mercancías el oro que ofrecen para el cambio para luego retirarse. Los cartagineses vuelven a bajar a tierra y miran lo que han dejado. Si les convence, cogen el oro y se van. Si no, vuelven a subir al barco a la espera de que los nativos mejoren su oferta.”<sup>17</sup> Para Heródoto, con este método nadie sale perjudicado, sin embargo es evidente que los cartagineses tenían la voz cantante en el trueque y todas las de ganar.

Si la poesía épica griega y los historiadores contemporáneos del Imperio Romano dejaron constancia de la oposición militar de Cartago a las ciudades-estado griegas y después a Roma, fue gracias al teatro griego y a sus comedias que han llegado hasta nosotros descripciones de los mercaderes cartagineses, vendedores de tela, vasijas y joyería.

“Cartago fue famosa entre sus vecinos por el sacrificio de niños. Plutarco menciona su práctica, así como Tertuliano y Diodoro de Sicilia. Sin embargo, otros historiadores como Tito Livio o Polibio no lo hicieron. Las excavaciones arqueológicas modernas parecen haber confirmado la versión de Plutarco. Se estiman en unas 20.000 las urnas depositadas entre el 400 a d.C. y el 200 a d.C. en el cementerio de niños denominado Tofet. Las urnas contenían los huesos de recién nacidos y, en algunos casos, los de fetos y niños de 2 años, indicando que si el niño nacía ya muerto, el hijo más joven debía ser sacrificado por los padres. Sin embargo, a veces se argumenta a favor de que,

---

<sup>16</sup> Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl. Ob. Cit. p. 115.

<sup>17</sup> Cfr. Briceño Sierra, Humberto. El Arbitraje Comercial Actual. 2a. Ed. Edit. Oxford, México, 2005. p. 198.

simplemente, se trata de los restos calcinados de hijos que fallecieron de muerte natural, aunque, a la vista de otras evidencias halladas en [Canaán](#), esto parece menos probable.”<sup>18</sup>

Parece ser que el lugar elegido para el Tofet fue el mismo donde la reina fundadora de la ciudad, Elisa, se inmoló. Es, quizá, por esa autoinmolación que apareció la tradición del Tofet. Otro caso parecido fue el de la mujer de [Asdrúbal](#), el general derrotado en la última Guerra Púnica, que se lanzó a las llamas con sus hijos desde lo alto del templo de [Eshmún](#) (en la colina de Byrsa), el último bastión de la resistencia cartaginesa, cuando los soldados romanos ya habían entrado en la ciudad.

Por otra parte, los dioses principales de la ciudad fueron: Melqart (patrón de Tiro), *Ashtart* ([Astarté](#)), pero sobre todos los demás se encontraba [Tanit](#) (La Señora), asociada al señor [Baal Hammón](#). A este último se ofrecían los sacrificios humanos rituales denominados *molk* (o *molek*).

A lo largo de su historia, el ejército cartaginés estuvo formado principalmente por contingentes de mercenarios y de tribus norteafricanas, a los que fue incorporando otros contingentes reclutados de diferentes lugares de todo el ámbito Mediterráneo: númidas, íberos, libios e incluso sículos, el pueblo indígena de [Sicilia](#). Los púnicos siempre fueron una minoría en su propio ejército, proporcionando contingentes escogidos y la mayoría de los mandos, un gran inconveniente como se demostró en la rebelión de los mercenarios según finalizaba la Primera Guerra Púnica contra los romanos.

**8. Otros.-** En el siglo V de la era Cristiana, las invasiones bárbaras que rompieron la unidad política romana, dieron nacimiento a los Estados germánicos Merovingio en las Galias, el Ostrogodo en Italia y el Anglosajón en la Gran Bretaña, que orientaron el comercio en forma particular, debido en gran parte al régimen político que caracterizó a la Edad Media. “La organización feudal, que debido a las dificultades y peligros de los transportes marítimos y

---

<sup>18</sup> Ibidem. p. 199.

terrestres por el pillaje y la piratería, encerraba dentro de un determinado territorio o feudo la vida económica, estancó en los primeros cinco siglos de su duración, el comercio, hasta que la necesidad de hacer públicas las transacciones para que el comerciante no se considerase un asaltante, creó la institución del mercado como lugar público para realizar las transacciones.”<sup>19</sup>

Con la transformación política de la Villa, asiento de los villanos, en ciudad, en el siglo XI de nuestra era, el comercio y la industria recibieron un gran impulso, que se afirmó con el establecimiento de los gremios comerciales con sus rigurosas reglamentaciones que les dieron monopolios y crearon la institución de los Cónsules, que tenían la misión de juzgar y decidir sobre los conflictos suscitados entre los miembros de aquéllos, por sus intereses encontrados, y comenzaron a crearse ciertas normas jurídicas especiales para los comerciantes, conforme a las cuales se decidían esas controversias, que apartándose en cierta forma de las reglas del Derecho Civil, establecieron un modo particular aplicable a la circulación de cierta clase de bienes, naciendo los Estatutos de las corporaciones de comerciantes, cuyas formas tendían a la rapidez y sencillez de las transacciones, y así se originó, por ejemplo, el entonces incipiente Derecho Mercantil Italiano, desde comienzos del siglo XI. Pero no fue sino hasta los siglos XII y XIII, con la introducción de la brújula, cuando la navegación tuvo un enorme impulso precursor de los grandes descubrimientos de la Edad Moderna, cuando se gestaron también las nuevas orientaciones del Derecho Mercantil.

En la primera etapa de esta época el comercio oriental estuvo en manos de judíos y árabes, siendo las Cruzadas la ocasión de su auge, en el que Venecia, Génova y Florencia destacaron. Estas ciudades extendieron también su comercio a los países nórdicos, escandinavos y germánicos, pero principalmente en el Mediterráneo, donde sus relaciones con Barcelona y otras ciudades españolas y de Francia, crearon importantes instituciones mercantiles. “A medida que aumentó el tráfico marítimo creció la necesidad de que éste fuese regido por normas especiales a sus necesidades y así nacieron, por ejemplo, en Francia, El Consulado del Mar, que no era sino una colección

---

<sup>19</sup> Cfr. Puente, Arturo y Calvo, Octavio. Ob. cit. p. 15.

de Derecho Marítimo, redactada probablemente en los siglos XI a XIV y aplicable al tráfico en los puertos del Mediterráneo: Los Juicios de Olerón”, que era un conjunto de reglas, también consuetudinarias, recopilado tal vez en los siglos XII a XIII, pero aplicable a los puertos del Atlántico, y El Guión del Mar, redactado por un autor desconocido en Rouen, en el siglo XV, que contenía principalmente las reglas del contrato de seguro marítimo.”<sup>20</sup>

En el Mar Báltico los peligros de la navegación ocasionados por la piratería, dieron origen a las ligas y asociaciones comerciales, tales como la Liga del Rin, la Liga de Suavia y a la más poderosa, la Liga Hanseática, que llegó a abarcar más de cien ciudades. Estas ligas tenían por objeto la protección del comercio contra los ataques de los piratas y señores feudales, así como la negociación de tratados comerciales. “Así alcanzaron prosperidad ciudades como Brujas, Gante, Amberes, Amsterdam, Lieja, Lovaina y Malinas. El Código Marítimo de Wisby, en el siglo XIII, año de 1241, para la navegación en el Mar Báltico y del Norte, fue una importante regla para la navegación que creó la Liga Hanseática.”<sup>21</sup>

En España, bajo el poder de los árabes el Fuero Juzgo y el Privilegio General de Aragón, también en el siglo XIII, fueron otras importantes reglas para el comercio. En Inglaterra, la Carta Magna de Juan sin Tierra, en 1215 y la Carta Mercatoria, así como el Edicto de los Comerciantes, en 1285, fueron otras muy importantes. La formación de asociaciones comerciales y *trusts*, fue también característica de la Edad Media.

**B. Reglamentación de prácticas comerciales.-** El crecimiento desmedido del comercio y la práctica de distintas formas de comercializar, han hecho que en todo el mundo se practiquen distintos actos de comercio y con ello, confluyan ciudadanos de distintas naciones, es por ello, que el comercio internacional tenga la necesidad y obligación de reglamentar estas prácticas por medio de leyes, ordenanzas, cartas y estatutos que reciben nombres distintos, todos

---

<sup>20</sup> Ibidem. p. 16.

<sup>21</sup> Cfr. Mantilla Molina, Roberto. Ob. Cit. p. 24.

ellos, con el afán de hacer diligente y seguro el tráfico y reglamento de dichos actos.

A continuación, será necesario señalar algunas de las leyes reglamentarias:

**1. Leyes de Olerón.-** Al margen del Derecho Romano, algunos autores han puesto de manifiesto la posible influencia de los Roles de Olerón. La razón principal descansa en una nota final del Manuscrito del Fuero de Layron, versión castellana de los Roles de Olerón, conservado en el Escorial, en el que textualmente se dice:

“Aquí se acaba el fuero de Layron que habla sobre las cosas que son de librar entre los mareantes y las fustas que andan sobre la mar: con el cual, acuerdan las leyes que están en el Título de la Quinta Partida, al qual fuero por aquellas leyes es probado e manda que por él sean librados todos los mareantes, e los juycios por él se dieren que valan; que fue aquy escrito a lunes treze de agosto de milo e quatrocientos e treinta IV anos”.<sup>22</sup>

En contra de esta postura, diversos autores españoles han expresado su opinión. Así, Arias Bonet, “entiende que se trata de un error de transcripción, llegándose a confundir probablemente el Fuero de Layron con el Fuero de las Leyes, que sí podía ser citado en las notas adicionales de algún manuscrito de la V Partida. A mayor abundamiento, el propio Fuero de Layron apareció a finales del siglo XIV o principios del XV bajo la denominación de Fuero de las Leyes.”<sup>23</sup>

En otro orden de consideraciones, un argumento que avalaría la falta de influencia de los Roles de Olerón sería el contenido diverso de la regulación de ambos textos. Los temas recogidos en los Capítulos I, II, III, IV, VII, XXIII de los Roles no son tenidos en cuenta por las Partidas. A la inversa, las Leyes IX a

---

<sup>22</sup> Adame, Jorge. El Contrato de Compraventa Internacional. 2a. edición, Mc. Graw-Hill, México, 2005. p. 18.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 19.

XIII del Título IX de la Partida V no son contempladas en los primeros. El único punto en común es el de los casos de echazón.

Dentro de las Leyes o Roles de Olerón encontramos como obligación mercantil el contrato de fletamento, el cual, se encuentra regulado en la Ley LXXVII del Título XVIII de la Partida III. Existen además otras Leyes de la Partida V que también se refieren a este contrato, principalmente las Leyes III, XIII y XXIV del Título VIII y las Leyes I y IX del Título IX.

Aunque las disposiciones mencionadas no definen el contrato, es posible, sin embargo, extraer un concepto de la Ley LXXVII del Título XVIII de la Partida III, en la que se dice que:

“...Jordán maestro de nave, que ha de nombre Buenaventura, afretó esa misma nave a Alemán el mercader, para levar a él con todas sus cosas et con tanto quintales de cera...desde Sevilla fasta la Rochela...”<sup>24</sup>

El contrato de fletamento se celebraba, por tanto, entre el maestre de la nave y el mercader, para transportar desde un puerto a otro, a éste y a su carga. Así las cosas, puede afirmarse que el fletamento se presenta como un contrato de transporte cuyo objeto no lo constituye únicamente el transporte de las mercancías, sino también el del propio mercader con sus objetos personales.

Entre los sujetos que intervienen en la celebración del contrato debemos destacar, por un lado, la figura del maestro de la nave, al fletante, por ser él quien asume las prestaciones características del contrato en orden al transporte. Sobre el maestro pesan además una serie de obligaciones típicas de un capitán, avituallar, equipar la nave y observar ciertas reglas de navegación. Es, en definitiva, el jefe o director de la expedición marítima, sin que sea oportuno identificarle en todos los casos con la figura del señor de la nave; la distinción resulta clara especialmente en la Ley XIII del Título VIII de la Partida V:

---

<sup>24</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge. *Temas de Derecho Mercantil*. 3a. Ed. Edit. UNAM, México, 2000. p. 137.

“...si el señor de la nave la movise enante que venise el maestro que la habie de gobernar, no seyendo él sabidor de lo facer o estando hi el maestro non quisiere obedecer su mandamiento nin se guiar por su consejo...”<sup>25</sup>

**2. Leyes de Rodas.-** Como lo he señalado, el comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia y Cartago. Sin embargo, en estos pueblos sólo se encontraron normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

El primer cuerpo de Derecho Mercantil de que nos habla la historia, son las leyes marítimas de los Rhodios. Estas leyes que llegaron a formar un cuerpo de legislación reguladora del comercio marítimo, en el que ocupa el primer lugar tres siglos antes de Cristo en todo el Mediterráneo, por este motivo, esta legislación debió haber ejercido grande influencia sobre la de los demás pueblos marítimos y muy particularmente en el Derecho de los Romanos, con quienes los rhodios cultivaron relaciones pacíficas, hasta que la isla fue reducida a provincia romana, sin embargo, fuera de los fragmentos que de esa legislación Rhodia existen en los monumentos del Derecho Romano, ningún otro documento se creó.

Derrumbado el imperio romano de occidente y durante toda la era de las invasiones, la anarquía más espantosa se enseñoreó de Europa y ante las nuevas condiciones de vida (como el feudalismo) el magistral Derecho Romano, resultó insuficiente; surgió entonces, un nuevo Derecho, constituido primero por la costumbre, cristalizado después en ciertas leyes escritas, que recibieron el nombre de estatutos, y cuyo conjunto forma el llamado derecho estatutario, el cual, sentó algunas de las bases sobre las cuales se cimentó más adelante el Derecho Mercantil cómo tal.

---

<sup>25</sup> Ibidem. p. 139.

La necesidad de someter las costumbres a las formas precisas del Derecho escrito, se dejó sentir principalmente en el comercio de mar, y ello explica que a éste se refieran las complicaciones más importantes y de observancia más general que entonces se formaron.

“El Consulado del Mar es un conjunto de reglas a que los cónsules, o sea los jueces en asuntos marítimos debían ajustar sus decisiones, esta compilación alcanzó una autoridad célebre. No se conoce a punto fijo, la fecha en que esta colección fue redactada, aunque los más suponen que lo fue en el siglo XIII, Marsella y Barcelona se disputan el lugar de su nacimiento, pero es muy probable que su origen sea barcelonés; esta obra en definitiva fue una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del Mediterráneo y por esto fue aplicado por largos años en los puertos del Mediterráneo occidental.”<sup>26</sup>

Si el Consulado del Mar contenía el Derecho vigente en el Mediterráneo, el del Océano se consignó en los Juicios o Roolos de Olerón, escritos al parecer en el siglo XII por un escribano del tribunal marítimo de la isla de Olerón que tenía a su cargo registrar las sentencias del tribunal en rollos de pergamino (de ahí viene el nombre de rooles con que esta colección es designada) y aunque sí regularon el comercio marítimo, sobre todo en la costa atlántica francesa, dista mucho en importancia con el Consulado del Mar.

Durante el siglo XV surgió una compilación con el nombre de Leyes de Wisby aparentemente escrita en la isla de Gothland, cuya influencia se limitó a los mares del Norte, más específicamente a los de Suecia y Dinamarca, esta obra realizada por los negociantes y patronos de barcos de esa isla dista de ser original ya que más bien, es una adaptación o traducción de los Roolos, y por esto, su importancia es mínima en comparación con estos y con el Consulado.

Ya para fines de la Edad Media en el siglo XVI un autor desconocido redactó en Ruán una compilación conocida como el Guidon de la mer; esta obra no es como las anteriores una exposición integral concerniente al Derecho

---

<sup>26</sup> Cfr. Vázquez Pando, Fernando. El Nuevo Derecho Contractual Comercial. 4a. Ed. Edit., Trillas, México, 2001. p. 135.



Marítimo, pues tiene como especial objeto reglamentar el contrato de seguro, que sin duda había adquirido un gran desarrollo después de las compilaciones antes referidas, que no lo mencionan para nada.

En España surgieron legislaciones en esta materia a manera de ordenanzas, como son las de Burgos (1538), Sevilla (1554) y más tarde las de Bilbao (1737).

Ninguna de las compilaciones antes mencionadas tuvo fuerza obligatoria, en cuanto a que no eran sancionadas por el poder público. El Derecho, aunque ya formulado por escrito, sigue siendo consuetudinario, como lo demuestra la forma misma de redacción de estas colecciones. La principal de ellas el Consulado del Mar, sólo contiene definiciones, ejemplos, razones, como una obra doctrinal en que se consignan y explican al mismo tiempo los usos existentes. No hay allí ninguna regla con carácter de mandato.

**3. Ordenanzas del Colbert.-** Con el descubrimiento de América y el paso hacia las Indias Occidentales por el Cabo de Buena Esperanza la actividad comercial abandona el Mediterráneo la prosperidad de las Repúblicas italianas declina rápidamente y los Estados occidentales (España, Portugal, Francia, Holanda y Gran Bretaña) pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden, gracias a los felices atrevimientos de sus navegantes.

Francia se preocupó con este movimiento para encauzarlo y protegerlo por medio de sus leyes; así lo atestiguan sus ordenanzas principalmente las de Colbert (*Code Merchant*) las cuales, en 1673 comenzaron a regular el comercio terrestre y a partir de 1681, la segunda parte de estas ordenanzas rigió el comercio marítimo, siendo ambas verdaderos Códigos de Derecho Mercantil. Estas grandes obras trajeron consigo que los demás Estados comenzaron a legislar en materia Mercantil surgiendo así los primeros pasos firmes de la codificación en este ramo.

La promulgación del Código de Comercio Francés (*Code Napoléon*) de 1807 cambia radicalmente el sistema del Derecho Mercantil porque, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un Derecho de una clase determinada; la de los comerciantes, sino como un Derecho regulador de una categoría especial de actos: los actos de comercio. Esto es, ese ordenamiento pretende dar al Derecho Mercantil una base objetiva, que deriva de la naturaleza comercial intrínseca de los actos a los que se aplica.<sup>27</sup>

A imagen y semejanza del Código Francés, los demás Estados europeos promulgaron sus respectivos Códigos de Comercio, también sobre una base objetiva. Este Código Francés fue un Código de Exportación, como todas las leyes napoleónicas.

España en 1829, promulgó el Código obra de Pedro Sainz de Andino el cual refleja una clara influencia del Código de Napoleón; este fue sustituido en 1885.

En Italia, el Código Albertino de 1829 fue sustituido por el de 1865 y este por el de 1882, derogado por el Código Civil de 1984 que consagra la unificación del Derecho Privado Italiano.

En Alemania, al Código de Comercio de 1861 sigue el de 1900, que vuelve en cierta forma al sistema subjetivo, para configurar nuevamente al Derecho Mercantil tomando como base al comerciante.

Por último, merece citarse el Código de las obligaciones suizo de 1911, que regula conjuntamente las materias civil y mercantil.

**4. Lex Mercatoria.-** De manera general puedo decir que la Lex Mercatoria es aquél conjunto de reglas específicas del comercio internacional que son elaboradas sin la intervención de los Estados de origen, que constituyen una fórmula de solución a los conflictos de leyes.

---

<sup>27</sup> Ibidem. p. 136.

El mundo comercial de la actualidad nos demuestra la tendencia cada vez más frecuente con que los comerciantes deciden que para el caso de que surgieran controversias respecto de la celebración, validez, interpretación o ejecución de sus negocios mercantiles, las mismas sean resueltas recurriendo al arbitraje.

Los usos y costumbres entre comerciantes han hecho que en la concertación de sus negocios resulte muchas veces innecesaria la firma de los contratantes en los instrumentos privados, incluyendo al convenio arbitral, cuando el negocio se lo realiza a través de fax, télex, correo electrónico u otros medios técnicos similares de comunicación, porque en tal tipo de relaciones predomina el elemento confianza.

Los faxes y correos electrónicos son documentos unilaterales que un contratante que se encuentra en un sitio remite o envía al otro que se encuentra en otro sitio, no obstante lo cual, su contenido produce efectos jurídicos probatorios en el arbitraje. En el caso, si el fax y el télex son documentos que sirven para justificar adecuadamente la cláusula compromisoria acordada previamente entre comerciantes, nada impide que sean considerados también documentos idóneos para probar otros hechos y obligaciones en el proceso arbitral.

La razón es evidente: el desenvolvimiento del comercio en la época actual tiene como característica fundamental la celeridad, por lo que nada tiene de extraño que para celebrar negocios en dicho ámbito se acuda a los sistemas de comunicación modernos y más ágiles como el correo electrónico, el fax y el télex. Los usos y costumbres en el ámbito comercial ecuatoriano, como en todo el mundo, han hecho del fax, de la fotocopia, del e-mail, instrumentos de uso corriente a los cuales los comerciantes asignan un valor vinculante y con efectos jurídicos y se aceptan como medios de prueba que deben apreciarse con libre criterio por los árbitros según las circunstancias en que hayan sido producidos. El arbitraje no puede desconocer esta realidad en el mundo de los negocios mercantiles, más aún, cuando una de las bondades de la justicia

arbitral que más se pregona es precisamente la celeridad, que la convierte en la opción más rápida, técnica y confiable para resolver los conflictos de intereses entre los agentes de comercio.

Si el uso y las costumbres constituyen fuente de aplicabilidad para sustentar y demostrar el derecho de los comerciantes en el arbitraje interno, el pujante desarrollo del arbitraje internacional permite que actualmente se apliquen usos, terminologías y costumbres establecidos por los comerciantes respecto a la materia, condiciones y formas de sus transacciones en el comercio mundial, a punto tal que han logrado suplantar a las leyes nacionales de los diversos países del orbe.<sup>28</sup>

La aplicación de los usos y costumbres en los negocios internacionales de comercio, permiten afirmar a los tratadistas que ya no existen leyes de Ecuador, o de España, o de los Estados Unidos, que rigen las relaciones mercantiles entre personas o empresas de países diferentes, sino que habría un conjunto de normas y principios de aceptación general a los que las partes se someten expresa o tácitamente. Este conjunto de normas y principios tiene su origen 300 años antes de Cristo en las leyes marítimas de Rodas. El comercio marítimo ya exigía entonces regulaciones de aceptación general, a las que se les daría el nombre de *Lex Mercatoria*.

Hoy día, el mundo de las transacciones comerciales asiste a un regreso a los orígenes de ese *ius mercatorum* a través del cual, los agentes económicos, imponiendo sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscan fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver sus controversias sin aplicar las leyes de sus propios Estados. Esos agentes económicos -con tales reglas propias- han creado, de esta manera, a nivel internacional, lo que se conoce como la nueva *Lex mercatoria*.

---

<sup>28</sup> Cfr. Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo. El Régimen Jurídico del Comercio Exterior. 3a. Ed. Edit. UNAM, México, 2004. p. 361.

**5. Carta Mercatoria.-** Luego de la aparición de la moneda, otro cambio significativo fue la aparición del papel billete, y hoy en día el uso de las telecomunicaciones también ha afectado el comercio. En ese sentido, el uso de herramientas electrónicas utilizadas en reemplazo de los documentos no implican un cambio sustantivo para el comercio, por ejemplo el uso del documento de transporte electrónico, o la carta de crédito electrónico o la letra de cambio electrónica no alteran la estructura del comercio internacional.

En cuanto al envío de los bienes intangibles a través de la red, también será una operación de comercio internacional, siempre y cuando el software se aplique o se descargue en un territorio físico distinto al territorio físico donde se expidió el mismo. Cabe mencionar que los bienes intangibles no son objeto del derecho aduanero toda vez que no se pueden clasificar en una posición arancelaria por lo tanto escapan del concepto de mercadería, termino que en el derecho aduanero excluye a los bienes inmuebles y los intangibles.

Claro está que aquí se entra al tema de la fiscalización tributaria por el pago de regalías por las licencias de uso enviadas a una persona domiciliada en el extranjero. En cuanto a la elección entre el domicilio virtual y el domicilio físico debería primar el domicilio del cual se envíen los bienes y el domicilio donde se reciban o utilicen, de esta manera, el comercio internacional no se vería alterado en lo sustantivo.

En cuanto a la tendencia del comercio electrónico, soy de la opinión de una redefinición como contratación electrónica internacional, donde los conceptos de legislación y jurisdicción son los temas que cobran interés analizar. Sin embargo, tal cual sucediera con el comercio internacional la jurisdicción competente así como la legislación aplicable serán facilitadas por los mismos comerciantes quienes a través de sus usos y prácticas ya han comenzado a crear costumbres, las mismas que vienen siendo declaradas por Cibertribunales (como el caso del Cibertribunal Peruano) o por otros organismos internacionales. También es cierto que a través de la contratación

electrónica se están dinamizando las economías, acrecentándose el comercio entre todos los países del mundo. Es decir, más que comercio electrónico internacional o doméstico, estamos entre un comercio internacional que está convirtiéndose en comercio internacional electrónico.

Considero que lo expuesto en líneas anteriores no es sino una parte de la nueva *Lex Mercatoria* del comercio internacional. Como se aprecia el uso de las tecnologías de la información, ha conllevado a la aparición de nuevos usos y costumbres en el comercio internacional, los mismos que deberán formar parte del Derecho del Comercio Internacional, por ello los abogados especialistas en comercio internacional, tendrán que actualizarse para entender la nueva *lex mercatoria*, toda vez que la tendencia es que paulatinamente se deje de lado las figuras tradicionales del comercio.

Según Sara L. Feldestein de Cárdenas. “La Carta Mercatoria constituye un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional”.<sup>29</sup>

Muchos de estos principios no son escritos, como bien lo indica la cita con la cual inicio el presente trabajo, de ahí la importancia de la *lex mercatoria*. El desarrollo y uso de las tecnologías de la información se viene usando en forma consuetudinaria y recientemente las legislaciones nacionales han empeñado a recoger en su ordenamiento jurídico dichos principios, usos y costumbres de la era digital.

Como se aprecia, más que respuestas definitivas en el presente trabajo he propuesto una redefinición del comercio electrónico toda vez que pensamos que el mismo se deriva del comercio internacional. El uso de la tecnología de la información en el comercio internacional no puede crear un objeto de estudio llamado comercio electrónico, en nuestra opinión el llamado “comercio electrónico” no es más, que la expresión más resaltante de la Carta

---

<sup>29</sup> Cfr. Feldestein de Cárdenas, Sara. Ob. Cit. p. 189.

Mercatoria, o mejor dicho de los nuevos usos y costumbres que tienen los comerciantes a finales del siglo XX. Esta aparición de nuevos usos y costumbres electrónicas no hace más que reafirmar el carácter dinámico y consuetudinario, que ha caracterizado por siglos el derecho del Comercio Internacional.

Por ello pienso que el derecho informático se está diluyendo o mejor dicho esta irradiando sus instituciones en otras áreas del derecho, como en el presente caso, que ha irradiado sus conceptos a través de la *lex mercatoria*, al punto de confundirnos sobre la definición del comercio electrónico. Estamos ante una nueva redimensión del derecho del comercio internacional, donde la informática y los postulados del derecho informático forman parte de la nueva *lex mercatoria* del comercio internacional.

**6. Estatutos de Sable.-** El Estatuto de Sable, es un conjunto de reglas relativas a normar las prácticas comerciales por medio de contratos mercantiles internacionales.<sup>30</sup> El origen de este término se encuentra en la Edad Media, se utilizaba para designar los ordenamientos que regían a algunas ciudades y reinos de esa época. Estos ordenamientos particulares, integrados por costumbres locales o por leyes propiamente dichas, coexistían con el derecho romano bizantino, lo que dio lugar a numerosos problemas, pues este último era considerado como derecho común, de aplicación general, debido a que se le reconocía superioridad por su perfección técnica, su vinculación religiosa y su vocación universal, mientras que los primeros tenían validez y aplicabilidad restringidas al territorio para el que eran dictados.

Los problemas anteriores se resolvieron en virtud de la aplicación del principio *lex particularis derogat lex generalis*, por el cual los estatutos se consideraron derogatorios del derecho común; éste subsistió como derecho supletorio y como principio de interpretación en las cuestiones debatidas.

---

<sup>30</sup> Ibidem. p. 195.

Por otra parte, la movilidad de los habitantes de las ciudades y las necesidades propias del comercio, plantearon con frecuencia problemas que requerían para su solución el que se delimitara el ámbito espacial de los diversos ordenamientos locales entre sí; a estos problemas se les denominó conflictos de estatutos; los debates sobre su solución y fundamento originaron una doctrina muy abundante que se agrupa en las llamadas escuelas de los estatutos. Los problemas que son objeto de su estudio y la doctrina elaborada por estas escuelas, constituyen un antecedente directo de derecho internacional privado actual: tienen características similares, las soluciones propuestas por los estatutarios han servido como punto de partida a los estudios posteriores, aun cuando los elementos del problema no sean idénticos y el enfoque sobre un fundamento haya variado.

**7. Nueva Lex Mercatoria.** Esta nueva *Lex Mercatoria*, con sus usos y costumbres constituye un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. A esto ha contribuido, de manera significativa, el contenido de los Convenios Internacionales y de los Tratados multilaterales suscritos sobre el arbitraje, como fuentes de Derecho Internacional aplicables a la institución arbitral. Esta circunstancia ha provocado el surgimiento y desarrollo de una jurisdicción supranacional o anacional de Derecho Internacional Privado que encuentra en el arbitraje su instrumento más idóneo, ya que los árbitros aplican en sus decisiones, cada vez con más énfasis, los usos y costumbres creados por la comunidad de comercio internacional, las que garantizan una mayor efectividad y confiabilidad de los laudos arbitrales.<sup>31</sup> Producto de estos esfuerzos es el afianzamiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, como en la organización, procedimiento y designación de la ley aplicable al fondo del asunto.

---

<sup>31</sup> Cfr. Feldestein Cárdenas, Sara. Ob. cit. p. 197.



Las principales manifestaciones de la *Lex Mercatoria* se dan en los contratos-tipo como el propuesto por la IATA para el transporte aéreo de pasajeros que se utiliza por las compañías de aviación en todo el mundo. La Asociación de Transporte Aéreo Internacional IATA, por sus siglas en inglés (International Air Transport Association), se fundó en abril de 1945 en la Habana, Cuba.

El contrato de licencia para programas IBM, los contratos de fletamento, de *factoring*, de *joint ventures* o de *know how* internacionales, son ejemplos, entre muchos otros, de contratos-tipo que se utilizan en el tráfico mundial y cuyos términos de contratación y su desarrollo se ven favorecidos con el arbitraje, que tiende a resolver los conflictos surgidos de tales negociaciones con las normas propias del comercio internacional y de los usos y costumbres universalmente aceptados. Otro ejemplo de la aplicación de los usos y costumbres mercantiles se evidencia en la utilización de ciertos términos de contratación conocidos como INCOTERMS (*International Commercial Terms*) los que resumen mediante una sigla, las obligaciones y responsabilidades de las partes en la contratación internacional, convirtiéndose en verdaderas cláusulas que establecen de manera específica el alcance de tales responsabilidades, básicamente en el área del comercio marítimo. Resulta, pues, innegable, la íntima vinculación que existe entre el arbitraje como método preferente para la solución de conflictos internacionales, y la *Lex Mercatoria*, como ordenamiento adecuado a las necesidades de los negocios mercantiles en estos días.

No obstante, intentar una conceptualización del contenido de la *Lex Mercatoria* no es tarea sencilla, incluso entre quienes proclaman y apologizan su existencia. Así, Ole Landó quien afirma que “no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *Lex Mercatoria*”<sup>32</sup>, destaca no obstante que en su formulación se encuentran los siguientes principios generales:

- Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.
- Interpretación de buena fe de los convenios.

---

<sup>32</sup> Cfr. Olé, Landó. La *Lex Mercatoria*. 3a. Ed. Edit. Ángel editor, México, 2002. p. 219.

- Presunción de competencia internacional.
- La obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio.
- Presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales.
- Deber de cooperación de las partes.
- Exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
- Validez de la aceptación tácita del contrato.
- Reglas de interpretación de los contratos, tales como la buena fe, la verdadera intención de las partes, normas del efecto útil, regla *in claris non fit interpretatio*.
- Transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos.

Los defensores de la *Lex Mercatoria* sostienen que este nuevo orden, se nutre en las normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales, las que se han desarrollado consuetudinariamente y, en particular, en los principios generales del Derecho.

Otro grupo de sus defensores sostiene que este cuerpo normativo no sólo está constituido por los usos y costumbres, sino además, por las convenciones y las leyes uniformes internacionales, así como, por las normas sustantivas contenidas en los ordenamientos nacionales que resulten aplicables al caso concreto. Por tanto, desde el punto de vista de sus defensores, la *Lex Mercatoria* constituye: "...Un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional."<sup>33</sup>

Más allá de los pro y de los contra, no cabe duda que la *Lex Mercatoria*, enriquecida, perfeccionada y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a

---

<sup>33</sup> Ibidem. p. 239.

los nuevos conflictos del comercio internacional acudiendo para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto, puesto que los árbitros se muestran más inclinados a resolver los conflictos comerciales de orden internacional aplicando las normas de este derecho supranacional en lugar de las legislaciones locales.

**II.- Fuentes generadoras de obligaciones mercantiles.** De manera general, puedo decir que por fuente de obligaciones, debe entenderse a los hechos y los actos jurídicos que dan origen a la relación obligatoria; es decir, los supuestos de hecho, a los que el ordenamiento jurídico, atribuye el efecto de crear relaciones obligatorias.

También se suele denominar, fuentes de las obligaciones, a las razones que explican por qué una persona, es deudora de otra. Por ejemplo, el cumplimiento de la palabra dada, el daño causado sin derecho, el enriquecimiento injusto y el desempeño de ciertos actos, entre otros. Pero no es ése, en realidad, el concepto técnico de fuentes de las obligaciones, la teoría de las fuentes de las obligaciones, trata de dar respuesta a la siguiente interrogante:

En un ordenamiento jurídico, se trata de determinar, cuáles son los supuestos de hecho, que el derecho toma en cuenta, para que surja la relación jurídica, acreedor-deudor, facultando a una persona para exigir el cumplimiento de una determinada prestación, a cargo de un sujeto que contrae una deuda en favor de aquél, quien está facultado para exigir su pago, en forma coactiva, si el deudor no cumple voluntariamente lo que le incumbe.

El estudio de las fuentes de las obligaciones, tiende a dar respuesta a esta cuestión: ¿Cuándo se considera, conforme al derecho moderno, que una o más personas, son acreedoras o deudoras entre sí, unas de las otras? En términos generales, se podría decir, que el derecho objetivo, es la fuente de las obligaciones, puesto que constituye el punto de confluencia, entre el hecho y el efecto jurídico (relación obligatoria) que genera; sin embargo, no debe perderse

de vista, que el ordenamiento jurídico, por sí solo, no puede, en ningún caso, constituir fuente de obligaciones. La norma de derecho crea una regla de conducta general y abstracta, que requiere para su actualización, la realización del supuesto jurídico en ella previsto y así, para que nazca la obligación, es necesario realizar, el supuesto de hecho, que ella prevé. De ahí se concluye, que no es la norma jurídica por sí misma, fuente de la obligación; el origen de ésta, se encuentra en los hechos jurídicos.

“La problemática de las fuentes de las obligaciones ofrece la peculiaridad,

-observa Hernández Gil-, de que se refiere al nacimiento original de las relaciones jurídicas, a la causa generadora, primigenia de cada relación obligacional en particular, a la raíz misma de donde surgen estas relaciones jurídicas concretas y determina que constituyen la más amplia gama de la cooperación humana; su estudio nos acerca a la realidad de un determinado sistema social y a los principios básicos del intercambio de bienes y servicios”.<sup>34</sup>

En este sentido, el concepto fuente de las obligaciones, trata de indagar, cuáles son los motivos o los fundamentos racionales que el legislador toma en cuenta, para elevar a la categoría de fuente de las obligaciones, una determinada serie de hechos y actos jurídicos. Esta cuestión, lleva necesariamente a establecer una clasificación fundante de las fuentes de las obligaciones, y la correspondiente sistematización, de las mismas.

“En el *jus civile* primitivo, la clasificación de las fuentes, comprendía dos grandes categorías: los contratos y los delitos. En unos y otros, interviene, en alguna manera, la voluntad del obligado, para crear esa relación jurídica. Fue más tarde, cuando, sin dejar de tomar en cuenta el elemento voluntad, el jurisconsulto Gayo, adicionó al contrato y al delito, las *ex varis causarum figuris*. Posteriormente, los jurisconsultos bizantinos, colocaron junto a aquéllas, dos primitivas especies de fuentes, otras dos categorías. Las obligaciones que nacían, como de un contrato (*quasi ex contractu nascuntur*) y las que

---

<sup>34</sup> Cit. por Galindo Garfias, Ignacio. Teoría de las Obligaciones. 4a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2002. p. p. 20 y 21.

originaban como de un delito (*quasi ex delicto nascuntur*); en ellas, quedaron comprendidas las varias figuras de causas a las que se referían las *Instituta*, de acuerdo con la clasificación de Gayo (contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos)".<sup>35</sup>

Para dar continuidad a mi investigación doctoral, mencionaré las fuentes generadoras de las obligaciones mercantiles. Para ello; de acuerdo al tema en exposición, tiene el carácter de tal, en primer lugar, la ley, los usos y costumbres, la nueva ley mercatoria, los convenios, acuerdos y tratados internacionales, los contratos mercantiles, la doctrina, la jurisprudencia y otras fuentes, con influencia directa, en dichas hipótesis.

Si tenemos en cuenta lo que sobre el particular observa nuestro sistema jurídico vigente, son fuentes de las obligaciones mercantiles, el contrato; la ley; la declaración unilateral de voluntad; la responsabilidad objetiva; el enriquecimiento ilegítimo; la gestión de negocios y el acto ilícito.

Ahora bien, son a tal punto escasas las disposiciones generales, que en materia de obligaciones, contiene el Código de Comercio, que podría afirmarse, que no existe, en nuestro sistema jurídico, una teoría general de las obligaciones mercantiles distinta a la teoría de las obligaciones civiles; en consecuencia, y siempre de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2° y 81, y con las pocas salvedades previstas en los artículos 77 a 88 de nuestro Código de Comercio, son aplicables al Derecho Mercantil, las disposiciones generales del Derecho Común, en materia de obligaciones y contratos.

Existen disposiciones especiales para determinados actos y contratos comerciales, pero algunas difieren e incluso son contradictorias, de las civiles; empero, por su carácter específico, se examinarán más adelante.

Si a lo anterior, se añade que, la revisión de la teoría general, por lo visto, sólo sería una repetición de las obligaciones civiles, encontrará plena explicación, la circunstancia de que aquí no realice un desarrollo sobre el particular, pero si una referencia a algunos puntos que considero interesantes.

---

<sup>35</sup> Cfr. Bonfante, Pedro. Ob. cit. p. 406.

Si bien en su lugar explicaré lo pertinente, conviene destacar que el expresado elenco de fuentes de las obligaciones mercantiles, que lo son también, de las civiles, no coincide con lo expuesto, y en ocasiones insinuado, por modernos autores; así, algunos apuntan la existencia de una especial forma de acuerdo de voluntades, en el acto constitutivo de una sociedad mercantil, lo cual, a su juicio, no es contrato, sino acto colectivo, y que de ese modo, quedaría configurado, como una especial fuente de obligaciones.

**A.- Ley.-** La ley, como fuente generadora de obligaciones, la definió, como aquella norma de derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública, aun sin el consentimiento de los individuos; cuya finalidad, es el encauzamiento de la actividad social hacia el bien común. De acuerdo con esta definición, señalo como caracteres de la ley, los siguientes:

- a) Es una norma jurídica.
- b) Emanada del poder público, quien la dicta, la promulga y la sanciona.
- c) Tiene como finalidad la realización del bien común.

*Que la ley es una norma jurídica quiere decir que es un mandato, una regla que rige la vida social; pero dicha regla es una parte del Derecho, es el Derecho mismo convertido en mandato, es, en otras palabras, un jirón del Derecho".<sup>36</sup>*

La ley emana del poder público, es quien la dicta; la establece a través del órgano adecuado, que, es el Poder Legislativo, el cual elabora la ley, y toca al Poder Ejecutivo, promulgarla, ordenando que se le dé, su debido cumplimiento.

Aunque la facultad de dictar la ley, corresponde al primero de dichos Poderes, en ocasiones, el Ejecutivo, representado por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le concede el

---

<sup>36</sup> Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2002. p. 43.

Legislativo, puede dictar la ley. Las normas emanadas del Ejecutivo, tienen la misma fuerza que toda ley, llamándose, entonces, decretos.

En México, asimismo, entes políticos de menor categoría, pueden dictar la ley, como, los Ejecutivos locales o los Presidentes Municipales; pero cuando el Poder Ejecutivo, sea Federal o local, dicta la ley, se trata de una delegación de poder. El Ejecutivo también puede dictar normas secundarias, que reciben el nombre de reglamentos y circulares.

He dicho que uno de los rasgos característicos de la ley, es la sanción. “Toda norma jurídica debe ser obligatoria, pues de no serlo perdería su carácter. La sanción distingue a la norma jurídica de las otras normas de carácter social que también existen y de las que hemos hablado al principio de este curso. Es la sociedad organizada quien da a la ley a través del poder público, su apoyo. La sanción es el medio coactivo de que se vale la autoridad para imponer la norma; es decir, para hacerla obligatoria”.<sup>37</sup>

Toda norma jurídica, debe ir acompañada de una sanción, ésta tiene diversas manifestaciones y es más o menos enérgica, según la naturaleza de la ley a la que apoye. En muchos casos, el individuo cumple con la ley voluntariamente y entonces la sanción no aparece; pero cuando aquél, deja de cumplir la ley o se resiste a hacerlo, puede la sanción llegar hasta la coacción. Por ejemplo: existen sanciones de multa y prisión, para las personas que estando obligadas, no cumplen con la Ley del Servicio Militar, que rige en México. Si voluntariamente se cumple con dicha ley, la sanción no aparece, pero si el individuo se niega a cumplirla, la sanción se convierte en coacción, es decir, en la violencia que se hace a la persona, para que cumpla con el precepto, aun en contra de su voluntad.

La ley se dicta, aun sin el consentimiento de los particulares. Al poder público no debe interesarle que el particular esté dispuesto o no, a cumplir la ley, basta que ésta sea necesaria al bien de la comunidad, para dictarla; si el particular no la acata, entonces aparece la sanción.

---

<sup>37</sup> Ibidem. p. 44.

La ley se justifica para su fin social, el cual es el bien de la comunidad, o, por lo menos, de la mayoría. El bien que persigue la ley, es común, pertenece a toda la colectividad, de dicho bien, todos pueden disfrutar. Así, la ley tiene esta finalidad altísima: establecer y coordinar, en vista de ese bien común, los derechos y obligaciones de los individuos entre sí y de éstos, con la colectividad.

Por ley mercantil se debe entender, según Rafael de Pina, la norma emanada de los órganos del Estado, destinada a regular la materia mercantil.<sup>38</sup>

Al hablar de ley mercantil, me refiero a la norma jurídica emanada del Poder Legislativo, en uso de la facultad que le es propia, y a todas las establecidas por el Estado, entre las que se incluyen también, las dictadas por el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de su facultad reglamentaria. Esto es, empleo el término ley en un sentido amplio.

Al afirmar que la ley es fuente del Derecho Mercantil, incluyo a nuestro Código de Comercio vigente, y a todas las demás leyes mercantiles especiales que lo complementan, y que regulan la materia mercantil, en su conjunto.

En este sentido, De Pina afirma, “es fuente del Derecho Mercantil Mexicano el Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889, en vigor desde el día 1° de enero de 1890. De él se ha dicho que es un código muerto, convertido en algo así como un esqueleto del que penden sólo unos jirones, pues le han arrancado las materias más importantes”.<sup>39</sup> Con lo cual estoy de acuerdo, ya que las materias relativas a sociedades mercantiles, títulos y operaciones de crédito y bancarias, seguros, comercio marítimo, concursos mercantiles, están reguladas actualmente por diversas leyes especiales, que han derogado en lo conducente, las disposiciones del Código de Comercio, y que constituyen también, fuentes del Derecho Mercantil Mexicano.

---

<sup>38</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. cit. p. p. 12 y 13.

<sup>39</sup> Ibidem. p. p. 12 y 13.



Entre las múltiples normas mercantiles, además de las contenidas en el Código de Comercio, cito de forma enunciativa las siguientes:

Ley de la Propiedad Industrial. D. O. F. 27 de junio de 1991.

Ley de los Impuestos Generales de importación y de Exportación. D. O. F. 18 de junio de 2007.

Ley de Navegación y Comercio Marítimos. D. O. F. 1 de junio de 2006.

Ley de Protección y Defensa de Usuarios de Servicios Financieros. D. O. F. 18 de enero de 1999.

Ley del Mercado de Valores. D. O. F. 30 de diciembre de 2005.

Ley Federal del Derecho de Autor. D. O. F. 24 de diciembre de 2006.

Ley General de Sociedades Mercantiles D. O. F. 4 de agosto de 1934.

Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior. D. O. F. 20 de enero de 1986.

Ley Sobre el Contrato de Seguro. D. O. F. 31 de agosto de 1935.

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos. D. O. F. 27 de julio de 1931.

Ley de Protección al Comercio y la Inversión de normas extranjeras que contravengan el derecho Internacional. D. O. F. 23 de octubre de 1996.

Ley del Banco de México. D. O. F. 23 de diciembre de 1993.

Ley Sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica. D. O. F. 2 de septiembre de 2004.

Ley de la Casa de Moneda de México. D. O. F. 20 de enero de 1986.

Ley federal de Competencia Económica. 24 de diciembre de 1992.

Ley de Concursos Mercantiles. 12 de mayo de 2000.

Ley federal de Instituciones de Fianzas. 29 de diciembre de 1950

Ley Aduanera. 15 de diciembre de 1995.

Ley de Comercio exterior. 27 de julio de 1993.

Ley de Instituciones de Crédito. 18 de julio de 1990.

Ley de la Comisión Bancaria y de Valores. 28 de abril de 1995.

Ley Federal de Protección al Consumidor. 24 de diciembre de 1992.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

**B.- Usos y costumbres.-** Desde el punto de vista de su ámbito espacial de vigencia, los usos mercantiles pueden clasificarse en generales o, nacionales y regionales, que son comunes a todo un país o región, los locales, propios de una plaza determinada.

Por el ámbito material de su vigencia, clasifico a los usos en generales, propios de toda la actividad mercantil, y especiales, los que se refieren a una clase particular, de actividad mercantil.

El uso especial debe prevalecer siempre sobre el uso general. Así lo reconoce expresamente la fracción III del artículo 2° de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer la primacía de los usos bancarios (usos especiales) sobre los mercantiles (usos generales). En igual forma la Ley del Mercado de Valores se refiere a usos bursátiles (especiales) y mercantiles (generales), y el artículo 5° de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito a usos bancarios (especiales y mercantiles generales).<sup>40</sup>

También existen los usos internacionales, vinculados con las prácticas obligatorias, nacidas del comercio entre las naciones.

Por costumbre se entiende el procedimiento consuetudinario de creación del derecho; sin embargo, es frecuente que con el término costumbre se aluda no sólo al procedimiento consuetudinario sino al resultado de dicho procedimiento, esto es, a la norma jurídica así creada.<sup>41</sup> Para evitar equívocos, sería conveniente que al hecho productor de derecho, se le llame procedimiento consuetudinario y a la norma jurídica resultante, se le denomine norma consuetudinaria.

En tanto método creador de derecho, el procedimiento consuetudinario, constituye una de las fuentes formales del derecho; distinta al proceso legislativo, al jurisprudencial o de precedente judicial y a la doctrina.

---

<sup>40</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Ob. cit. p. 17.

<sup>41</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. A-CH. 10a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM, México, 2000. p. 764.

Si bien en épocas anteriores, el procedimiento consuetudinario fue, una de las fuentes principales de producción jurídica, a partir de los grandes procesos de codificación y del establecimiento de instancias centrales de creación de derecho; con las diversas asambleas legislativas; ha disminuido su importancia, especialmente en los sistemas de tradición romano-canónica, a diferencia de lo que ocurre en los del *common law*, donde varios sectores están normados consuetudinariamente, sin embargo, predomina el régimen, de precedente judicial.

Independientemente de las diversas definiciones, de costumbre y del significado habitual que se le atribuye, afirmo que esta expresión, connota un procedimiento de creación jurídica, ajeno al legislativo o al de precedente judicial. “Tal aseveración ha provocado que frecuentemente se identifique al derecho consuetudinario con el derecho no escrito. Pero este criterio es equívoco en cuanto que puede haber cierto derecho no escrito, por ejemplo, un contrato consensual, el cual quizá nadie haya pensado como constitutivo de alguna costumbre; al mismo tiempo, nos encontramos con determinadas prácticas, como las gubernamentales, que constan por escrito y, no obstante, se estima que algunas de ellas constituyen un procedimiento consuetudinario de creación jurídica”.<sup>42</sup>

Es así como se afirma, que la costumbre es, por definición, conducta repetida. No obstante, las conductas o los acontecimientos, no son exactamente idénticos y, por tanto, no pueden repetirse.

En relación a la costumbre mercantil, ésta, como ley, es la exteriorización de una norma jurídica; pero en vez de ser una creación deliberada y reflexiva de organismos competentes, es un producto espontáneo de las necesidades del comercio.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Ibidem. p. 767.

La costumbre comercial, como fuente del Derecho Mercantil; no es una institución legendaria e intocable, sino un ente vivo que se enriquece día a día. La costumbre constituye el derecho viviente de manera tal, que el Derecho Comercial, es una perenne codificación de los usos, hay operaciones que nacen, antes que la ley misma, la realidad demuestra la existencia de actos fuera de la ley, que la empujan, la anteceden; “nuestro Código de Comercio, de quince de septiembre de 1889, no hacía mención a las siglas como F.O.B., C.O.D., etc., que son universales y que en muchos casos su solo uso determina las condiciones del contrato. No puedo estudiar el Derecho Mercantil..., viendo únicamente la ley, es necesario revisar la vida comercial, los usos y las prácticas mercantiles y bancarias. No es jurista puro el que se encierra en un salón y a través de un lápiz, papel y libros trata de resolver los problemas de la vida jurídica. Llegaríamos al absurdo en nuestra existencia normativa, de encontrar contradicciones entre la realidad y la norma”.<sup>44</sup>

Los elementos mencionados, son primordiales para que la costumbre, sea considerada como fuente de derecho, y en Derecho Mercantil, es fuente autónoma, ya que no necesita del reconocimiento del legislador, para que su aplicación sea obligatoria; aunque, si bien es verdad, que el artículo 10 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario, también lo es que, interpretado dicho artículo a *contrario sensu*, se infiere que cuando la costumbre no contraviene la ley, su observancia es obligatoria, independientemente de que exista o no, disposición legal que lo autorice. Empero, aún sin esa interpretación, en materia mercantil, existen normas legales que en forma expresa, autorizan la aplicación de la costumbre o usos mercantiles como fuente supletoria, según se desprende, del artículo 2° fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o como fuente interpretativa de la ley en materias especiales.<sup>45</sup>

Un gran sector de la doctrina, se inclina por dar distinto significado a las locuciones costumbre comercial y usos comerciales y los argumentos de

---

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Cfr. Guitrón Fuentevilla, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. Revisado, Actualizado y Acotado por el autor en cita. 73a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2006. p. 8.

diferenciación que expresan son tan ambiguos, que difícilmente se puede advertir su disimilitud, a más que dichos argumentos no se compadecen unos con otros.<sup>46</sup> A mayor abundamiento, la ley utiliza dichos vocablos como sinónimos, por lo que me inclino a darles una connotación equivalente, por ser más asequible para su estudio.

Según José Barrera Graf comparte su afirmación, “son cuatro los criterios de distinción para las costumbres o usos comerciales a saber:

1.- Por su ámbito de vigencia: aquí se ubica a los usos internacionales, que tienen especial aplicación en el Derecho Mercantil debido a esas constantes importaciones y exportaciones que cotidianamente realizan los países de todo el mundo, por ejemplo, podríamos mencionar los llamados créditos documentarios (artículo 114 LIC), la compraventa CIF, FOB, o aquellas otras materias reguladas por convenciones internacionales, como es el caso de la propiedad industrial.

También se encuentran en este inciso los usos nacionales y los locales o regionales. Los primeros tienen su ámbito de aplicación dentro de la República y como ejemplo de los mismos tenemos el endoso para transmitir derechos que constan en documentos que no son títulos de crédito como es el caso de las facturas. Los locales o regionales se aplican limitadamente a ciertas zonas y surgen con motivo de la especialización geográfica de actividades económicas, por ejemplo, el considerar como lugar de entrega de las mercancías objeto de una compraventa CIF internacional, el puerto de destino en México, y no el barco que las transporte a dicho puerto de destino; así como lo previsto por los artículos 304 y 333 del Código de Comercio que indican, respectivamente: “Salvo pacto en contrario, todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su trabajo. En caso de no existir estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde se realice la comisión”; “salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, la cual se arreglará a los términos del contrato, y, en su defecto, a los usos de la plaza en que se constituyó el depósito.

---

<sup>46</sup> Ibidem. p. 88.

2.-Por su contenido intrínseco: se distinguen en este apartado los usos generales de los usos especiales. Los primeros se refieren a toda una rama de derecho como podría ser; usos civiles, usos administrativos, usos mercantiles y los especiales, como su nombre lo indica, regulan una determinada y concreta actividad, por ejemplo, usos bancarios industriales, etc. El artículo 2º fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, hace referencia a esta distinción al enunciar: “Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen: III. Por los usos bancarios y mercantiles...”

3.- Por la amplitud de las relaciones que regulan: aquí distinguimos los usos normativos de los interpretativos o negociales. Los primeros constituyen una fuente de derecho de carácter autónomo y obligatorio, que el Juez debe aplicar aunque no sean invocados por las partes; no están ellos subordinados a la prueba que de su existencia aporten las partes, aunque por su carácter no estricto, es evidente la utilidad de su invocación y de su prueba, a efecto de que el juzgador los conozca o los recuerde.

Los interpretativos o negociales, se aplican a concretas y particulares relaciones existentes entre personas determinadas, sin constituir propiamente una fuente del Derecho Objetivo, sino meros criterios de interpretación de la voluntad de los particulares en el negocio concreto de que se trate. Por esta razón, los usos interpretativos deben ser probados por quien los invoca, y el Juez está facultado para desecharlos si se le acredita la voluntad contraria de las partes, porque ellas están en libertad de acogerlos o de rechazarlos.

4.- Por último, por la función que les toca realizar se distinguen los usos complementarios o integrativos, de los usos derogatorios.

En cuanto a los usos derogatorios, el artículo 10 del Código Civil para el Distrito Federal, los prohíbe en nuestro derecho. Por lo que corresponde a los usos complementarios o integrativos, se aplican como supletorios de la ley, en omisiones y deficiencias de ésta.<sup>47</sup>

En resumen, la costumbre es el modo originario de manifestación de la voluntad social.

---

<sup>47</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil. 8a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2001. p. 265.

En cuanto al Derecho Mercantil, de formación eminentemente consuetudinaria, es porque gran parte de sus normas, tienen su origen, en los usos comerciales.

Hasta la época de las grandes codificaciones, la costumbre tuvo un papel preponderante en la reglamentación de las relaciones humanas, especialmente en lo que se refiere al comercio, preponderancia perdida posteriormente, por la supremacía de la ley escrita, establecida por el Estado.

Entiendo por costumbre, la norma creada e impuesta por el uso social. Como fuente del derecho, comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores, ni expuestas por los jueces de formación jurídica, sino que han surgido de la opinión popular y están sancionadas por un largo uso, respecto al Derecho Mercantil, la costumbre es un producto espontáneo, de las necesidades del comercio.

Las normas consuetudinarias, se manifiestan por la repetición constante de ciertos actos, acompañada de un sentido de obligatoriedad (convicción jurídica). La repetición constante y suficiente, de un determinado proceder, es el elemento objetivo de la costumbre, empero, la sola existencia de este elemento, no basta. En efecto, hay actos que se repiten continua y regularmente, sin constituir, por ello, una costumbre jurídica o una norma consuetudinaria. Para que ésta nazca, se requiere la existencia del elemento subjetivo, psicológico, que es la convicción jurídica. Es decir, se requiere que la repetición, se efectúe con el convencimiento de que tal conducta es obligatoria; que otro sujeto pueda exigirla, y no depende, por tanto, del mero arbitrio subjetivo.

**C.- Nueva Lex Mercatoria.-** Como es sabido, el importante desarrollo del comercio internacional del siglo XX, reveló la inadecuación de las reglas del Derecho Internacional Privado, para resolver los litigios, susceptibles de plantearse en materia tan específica. “Las partes -comerciantes, bancos-elaboraron entonces, por medio de sus agrupaciones, -cámaras de comercio,

asociaciones de banqueros-, reglas aplicables al comercio internacional; Por ello, en 1953, la Cámara de Comercio Internacional, estableció los Incoterms (*International Commercial Terms*), que constituyen una lista de términos, utilizados en los contratos de venta internacional. De la misma forma, fueron elaborados los llamados contratos tipo, tal vez como los contratos para venta de granos hechos por la *London Corn Trade Association*, o los contratos de transporte internacional, redactados por la *International Air Transport Association*; de la misma manera el crédito documentario está reglamentado por normas de la Cámara Internacional de Comercio.<sup>48</sup>

La doctrina dio a dichas normas privadas, el nombre de *lex mercatoria* o *new law Merchant*, conocida como el conjunto de reglas propias del comercio internacional elaboradas sin intervención de los Estados y que constituyen un método de solución a los conflictos de leyes.<sup>49</sup>

La naturaleza de la *lex mercatoria*, es materia de gran discusión, entre autores, reglas que carecen en su elaboración, de la intervención de una autoridad estatal competente.

“Algunos autores asimilan la *lex mercatoria* al derecho, considerando, por un lado, que está constituida por los usos y costumbres mercantiles a nivel internacional y, por otro lado, que el principio de la autonomía de la voluntad fundamenta dicha facultad de elaborar reglas propias, de la misma manera, que por medio de la cláusula compromisoria, las partes de un contrato internacional pueden designar al juez competente o al árbitro para resolver los eventuales litigios”.<sup>50</sup> La libertad de las partes, tiene como únicas limitaciones, las normas de aplicación inmediata, de los sistemas jurídicos con los cuales el contrato puede tener vinculación. Tal tendencia, considera a la *lex mercatoria*, como conjunto de reglas materiales, de creación *sui generis*.

Otros autores, al contrario, “niegan el carácter jurídico de la *lex mercatoria* al considerar que la ausencia de la intervención estatal es

---

<sup>48</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. I-O. Ob. cit. p. 1961.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 762.

<sup>50</sup> Idem.



fundamental en la elaboración de las normas jurídicas. Tal ausencia se ve agravada en la práctica por la aplicación de dichas normas por árbitros y no por jueces. Conforme a esa tendencia cabe mencionar el rechazo de algunos Estados hacia el arbitraje internacional (Argelia y China) y también la actitud de algunos jueces y autores en contra de la *lex mercatoria* y del contrato sin ley”.<sup>51</sup>

Estas dos tendencias, totalmente opuestas, no parecen, sin embargo, tener posiciones muy extremas. Si bien es cierto, que en numerosos casos, la *lex mercatoria*, puede aparecer, como el derecho de los poderosos, no es dable, negar su carácter jurídico. En efecto, si las partes en un contrato, no llegan a una ejecución forzosa de dicho laudo, será posible, resolverlo únicamente por medio de la intervención de un juez; en tal caso, la intervención es total, si existe. Por otra parte, no se puede desconocer la efectividad de tales reglas, ya que la gran mayoría de los contratos internacionales las incluyen siempre; sin embargo, aquéllas, no pueden proveer todos los aspectos de un eventual litigio, por lo tanto, el contrato se vincula con un derecho nacional, que se aplica en tal hipótesis, sea por designación de las partes, o por determinación de la ley aplicable, por medio de las reglas de conflicto, del juez que conoce del asunto. La *lex mercatoria*, constituye, un método de solución a los conflictos de leyes, complementario, del sistema tradicional.

**D.- Convenios, Acuerdos y Tratados Internacionales.-** La liberación económica, iniciada en 1983, ha cambiado la relación económica del país, con el exterior, de una manera definitiva. México ha demostrado interés, en la intervención del comercio internacional y ha avanzado mucho, en esta etapa de transición; sin embargo, reconozco, que falta mucho por hacer, en materia de convenios, acuerdos y tratados internacionales, ya que para tener una buena participación, es necesario colocarse al mismo nivel de las otras naciones, que accionan en dicho mercado. Para lograrlo, se necesita del gobierno, y sus gobernados, como elementos *sine qua non*, ya que desde comerciantes, agricultores y básicamente los profesionistas, necesitan, una preparación, para

---

<sup>51</sup> Cfr. Cervantes Martínez, Jaime Daniel. El Arbitraje en Materia Concursal Mercantil. 9a. Ed. Edit. Cárdenas Editor, México, 2004. p. 231.

evitar, y en su caso, enfrentar, los problemas que surjan, como resultado de estas relaciones.

De acuerdo con Jaime Daniel Cervantes, “al hablar de litigio comercial internacional, resulta indispensable reconocer la experiencia y capacidad de los jueces, así como la funcionalidad de los sistemas judiciales de cada país, pues en algunos países los jueces están altamente capacitados y garantizan una solución justa. Por el contrario, en otros países, los representantes del sistema judicial no tienen lo mismo que ofrecer. Desgraciadamente, en todos los casos aparece el riesgo de la influencia de factores políticos, económicos y sociales de los países de origen de las partes; igualmente, las personas responsables de solucionar la controversia, puede utilizar un criterio nacionalista (vis a vis internacionalista) contrario a la imparcialidad que debe ser característica en la solución de cualquier conflicto”.<sup>52</sup>

Mi tesis, es que este mecanismo, trae aparejado más problemas de equidad y justicia para la solución del conflicto, que los demás, porque es tan grande y variada, la legislación de los distintos países, y en ocasiones tan lento, costoso e ineficaz, el procedimiento, que provoca que la solución, no esté de acuerdo con la real voluntad de las partes. Por otro lado, los gastos se pueden elevar mucho por los abogados, y la sentencia afectar la vida pública de los participantes. Considero que es un método que propicia corrupción, principalmente en países en vías de desarrollo. Lo anterior, se traduce en que se da la solución al problema, la cual es obligatoria; pero no garantiza una completa satisfacción, para las partes.

Sostengo, que las opciones para la solución de conflictos, pueden ser benéficas, pero su elección varía, según la naturaleza del problema a resolver, por lo que se deberán tomar en cuenta, distintos criterios; *verbi gracia*; el número de partes involucradas, si son muchos, es difícil llegar a un acuerdo entre las partes su naturaleza, tratándose de negociaciones con poca inversión, no vale la pena gastarla en mecanismos costosos, y; la materia de la disputa,

---

<sup>52</sup> Ibidem. p. 232.

ya que la especialización del objeto de la controversia, puede ser tal, que no requiera de un mecanismo muy complicado.

Por lo anterior, se debe acudir a los convenios, acuerdos y tratados internacionales, donde las partes, de acuerdo a la buena redacción y elaboración de los dos primeros, se evitan controversias y se sujetan a los tratados internacionales, para obtener una sentencia justa, corresponderá definir los conceptos antes vertidos.

Por convenio, se entiende, el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Las definiciones doctrinales coinciden con la que estipula el ordenamiento civil. Es, pues, un género particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones. Los contratos son una especie de este género.<sup>53</sup>

Por otro lado y con la misma posición ideológica, en el Derecho Romano, eran considerados como fuente de obligaciones de inferior categoría los contratos, en virtud de que por sí solos, no generaban obligaciones, para ello, era necesario que: a) estuvieran unidas a un contrato principal (*pacta adiecta*); b) los amparara el derecho pretorio (*pacta pretoria*), o c) los amparara, el derecho imperial (*pacta legitima*). Para que surtieran efectos, iban acompañados de palabras solemnes o menciones escritas y su cumplimiento se garantizaba a través de estipulaciones penales, de la entrega de arras, de la constitución de hipoteca o permuta, o del aval de una tercera persona.<sup>54</sup>

El arbitraje de origen convencional, surge, cuando las partes de común acuerdo, deciden acudir a este medio, para solucionar su controversia, pudiendo expresarlo antes de que surja ésta o con posterioridad. Este tipo de arbitrajes representa la autonomía de la voluntad de las partes en su máxima expresión. En el derecho internacional público, este tipo de arbitraje generó la creación de los pactos bilaterales de arbitraje a principios de siglo, para

---

<sup>53</sup> Cfr. Sánchez Medal, Ramón. Contratos Civiles. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2002. p. 76.

<sup>54</sup> Ibidem. p. 77.

materias derivadas de un tratado o para cualquier controversia que pudiere surgir entre las partes. En el derecho internacional privado, generó la creación de la cláusula arbitral y del compromiso arbitral.<sup>55</sup>

El arbitraje de origen legal, también conocido como oficial, aparece cuando determinada legislación, invita a las partes a acudir al arbitraje, para solucionar el conflicto surgido entre ellas, existiendo por supuesto, la posibilidad de no aceptar dicha invitación, e ir directamente al proceso judicial. En nuestra legislación interna, encontramos varios ejemplos de este tipo de arbitraje, con mención expresa de determinados organismos, que actúan como árbitros.

El acuerdo arbitral es la base que soporta la estructura del arbitraje y es un convenio en toda la extensión de la palabra. Este convenio tiene como finalidad que las partes consientan y expresen su voluntad de resolver la controversia utilizando este medio universalmente conocido y recomendable.<sup>56</sup>

La legislación internacional y las nacionales, de la mayoría de los países que intervienen en el arbitraje comercial internacional, reconocen que el acuerdo arbitral, debe satisfacer tres requisitos básicos: "(I) que sea por escrito; (II) que la materia del conflicto sea susceptible de arbitraje, y; (III) el acuerdo debe ser válido y ejecutable, como debe ser el laudo que pone fin al procedimiento".<sup>57</sup> Para determinar la validez, se debe analizar la capacidad de las partes y el hecho de que no esté, en contra de principios de orden público.

Es importante mencionar, que la legislación mexicana, en el artículo 1051 del Código de Comercio, considera la posibilidad de que las partes resuelvan sus controversias, mediante este tipo de compromiso.

Los efectos más importantes del acuerdo arbitral son los siguientes:

---

<sup>55</sup> Cfr. Rodríguez González Valdez, Carlos. México ante el Arbitraje Comercial internacional. 4a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003. p. 51.

<sup>56</sup> Ibidem. p. 52.

<sup>57</sup> Ibidem. p. 55.

1. Los jueces que reciben algún asunto en donde las partes hayan celebrado este acuerdo, deberán desistirse sin tener competencia para oírlo >declararse incompetente<. El juez solo podrá tener competencia si se declara inexistente o nulo el acuerdo arbitral; el momento procesal de solicitar la inexistencia o nulidad del acuerdo arbitral es al contestar la demanda, si se solicita ante el tribunal arbitral o en cualquier momento, si solicita al juez competente, siempre y cuando no se pueda concluir que ha aceptado el procedimiento arbitral.
2. El acuerdo arbitral obliga a las partes a resolver la controversia mediante arbitraje, de conformidad con los términos del acuerdo y no pueden, de manera unilateral, cambiar ni este efecto, ni cualquier otro (*pacta sunt servanda*). Al respecto, nuestra opinión es que en Latinoamérica, quizás por ignorancia del tema, las partes en ocasiones no le dan la importancia a esta consecuencia del acuerdo arbitral, aunque sea un efecto obvio para los conocedores del tema. En efecto, en muchas ocasiones los abogados mexicanos y en general los latinoamericanos, por no tener contacto directo con este mecanismo, se preocupan por la negociación del resto de las cláusulas del contrato, objeto futuro de la controversia, y no se preocupan del acuerdo arbitral. En ocasiones ni se preocupan por considerar el arbitraje y prefieren utilizar métodos tradicionales más vale malo por conocido que bueno por conocer. Definitivamente esta idea debe cambiar lo antes posible.<sup>58</sup>

La característica fundamental del arbitraje, es su naturaleza consensual; es decir, nace de la voluntad de las partes, la cual debe ser exteriorizada, para tener efectividad. Dicha exteriorización, de acuerdo con varios autores, entre ellos Humberto Briseño Sierra, puede darse de varias formas. En otras palabras, el acuerdo arbitral puede presentarse en las modalidades siguientes:

1. La cláusula arbitral.
2. El compromiso arbitral.
3. El convenio arbitral".<sup>59</sup>

Sobre los tratados internacionales, la Convención de Viena de 1969, precisa en su artículo 2º, que se entiende por Tratado, un acuerdo internacional

---

<sup>58</sup> Cfr. Goldman, Marvin. El Arbitraje en las Relaciones Comerciales. En Revista Jurídica Interamericana. Vol. XII. Marzo-Abril. Venezuela, 2000. p. 88.

<sup>59</sup> Cfr. Briceño Sierra, Humberto. El Arbitraje Mercantil en México. En Revista Jurídica-Anuario. Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1998. p. 27.

celebrado por escrito, entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

De la definición, se derivan algunos comentarios. En primer lugar cabe advertir que la definición se elaboró para efectos de la Convención de Viena, lo que quiere decir que pueden existir otro tipo de acuerdos que sin quedar cubiertos por la definición se consideran tratados internacionales.<sup>60</sup> Esto ocurre con los acuerdos que celebran las organizaciones internacionales. La Convención de Viena cita acuerdos entre Estados, pero ello obedece al hecho, de que los tratados que celebran las organizaciones internacionales, ofrecen particularidades respecto a los mecanismos de concertación; por lo tanto, se prefirió dejar esos acuerdos al régimen específico de las organizaciones internacionales, sin que la definición citada afecte el carácter de tratados. Es más, la propia Convención, en el artículo 5, especifica que su régimen se aplicará, en lo conducente, a los tratados consecutivos de organizaciones internacionales y a los celebrados dentro de su ámbito.

Asimismo, la definición establece que el tratado debe celebrarse por escrito, requisito igualmente legible, para efectos de la Convención, ya que nada impediría, que con los avances tecnológicos, un acuerdo entre Estados, pudiera contenerse en una forma distinta, verbigracia en una grabación, sin que se afectara el carácter de tratado de ese acuerdo. Lo importante, es la manifestación de la voluntad de los Estados.

La definición citada, brinda elementos que requieren ser analizados. Se establece que el tratado debe ser regido por el derecho internacional, esto obedece a que hay acuerdos entre Estados, que pueden quedar gobernados por el derecho interno, como acontece con las transacciones comerciales, que frecuentemente se contienen en contratos privados y se sujetan al derecho interno de alguno de los Estados contratantes. Incluso se dice en la definición, que el tratado es un acuerdo internacional, para diferenciarlo de contratos privados.

---

<sup>60</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. P-Z. Ob. cit. p. 3149.

Otro elemento, establece que “el tratado puede constar en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos. Ello se explica en virtud de que los tratados tradicionales, de gran solemnidad, necesariamente contienen el régimen en un solo instrumento, sin que los derechos y las obligaciones se dispersen en documentos diversos. Sin embargo, la celeridad de las relaciones internacionales ha impuesto diversos instrumentos. Esto ocurre con el intercambio de notas, caso en el que el régimen queda integrado con varios documentos, según lo expresa la propia denominación de intercambio de notas”.<sup>61</sup>

Por último, se establece lo que será tratado como un acuerdo internacional, independientemente de su denominación particular. La práctica brinda una nomenclatura extraordinariamente variada, para la denominación de los acuerdos internacionales. Así existen diversas denominaciones, para el mismo acto jurídico: tratado, convención, convenio, acuerdo, pacto, carta, declaración, protocolo e intercambio de notas. Al margen del nombre, los acuerdos serán obligatorios y considerados como tratados.

La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados hace explícito que la capacidad para celebrar tratados es una expresión de soberanía de los Estados. En este sentido el artículo 6 señala: Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados.<sup>62</sup>

La teoría general de los tratados, establece que el régimen para la celebración de los tratados es definido de acuerdo con la soberanía estatal, y toca a las constituciones internas regular los mecanismos por los cuales un Estado asume compromisos hacia el exterior, vía convenciones internacionales.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Ibidem. p. 3140.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

Es de interés, destacar en la Convención, la tendencia a favor de la primacía de los tratados sobre el derecho interno. Particularmente, el artículo 27 ordena:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Y todavía más importante, es el artículo 46, que contempla el caso de las ratificaciones irregulares, o sea, la manifestación de la voluntad de un Estado para obligarse por un convenio en violación a las disposiciones internas relativas a la celebración de los tratados:

El hecho de que el consentimiento de un Estado, en obligarse por un tratado, haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado, como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental, de su derecho interno.<sup>64</sup> Este artículo, recoge como tendencia principal, que un tratado sea válido, y que un Estado, no podrá aducir como vicio de su consentimiento, haberlo celebrado, en violación a las disposiciones internas sobre la materia. Esta es la tendencia principal, pero se presenta una salvedad, al prescribir que la violación al derecho interno, debe ser manifiesta y que afecte a una norma de importancia fundamental. Con todo, la balanza se inclina a favor de la primacía de los tratados.

“Los tratados se rigen por tres principios: la norma *Pacta sunt servanda*, contenida en el artículo 26: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El segundo principio, dispone, que un tratado produce efectos, únicamente entre las partes, según lo dispone el artículo 34; un Tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado, sin su consentimiento.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Ibidem. p. 141.

<sup>65</sup> Cfr. Sepulveda, Cesar. Derecho Internacional Público. T. II. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003. p. 237.



El tercer principio, ordena que el consentimiento, es la base de las obligaciones convencionales. Este principio, rige para la celebración original del tratado, y para las diversas figuras, sobre derecho de los tratados: la adhesión, la terminación, la modificación, etc.

**E.- Contratos Mercantiles.** Definido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil del Distrito Federal, el contrato, es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles.

Conforme a aquéllos preceptos, el contrato es una especie del género convenio. El primero debe emplearse para los acuerdos de voluntades, que producen o transfieren obligaciones o derechos y cuando estos, se modifiquen o extingan se denominarán convenios.

Apenas si hace falta detenerse en consideraciones, sobre los inconvenientes de la dualidad de expresiones, cuyo empleo, en estrictos términos legales, podría ofrecer en la práctica, dificultades a veces insuperables. ¿Cómo llamar al acuerdo de voluntades, para modificar o extinguir derechos?, no será contrato, por cuanto no se producen o transfieren obligaciones y derechos; tampoco será convenio, puesto que el mismo implica acuerdo de voluntades para crear, transferir, etc., obligaciones, pero no derechos. Por otra parte, ninguna razón justifica la dicotomía legal, luego es perfectamente válido e inatacable, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1793, un contrato para modificar o extinguir obligaciones.

Ahora bien, dentro del amplio mundo contractual, existen, en la moderna vida mercantil, acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades, para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término contrato; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas, no disponen de libertad (generalmente, por efecto de taxativas legales), para convenir los términos del contrato y, en algunos caso, ni siquiera para decidir libremente, si lo celebran o no.

Ejemplo del primer supuesto, son las cartas de intención, cartas de compromiso, pactos de caballeros y algunos otros, trasvasados de la práctica angloestadounidense, esto es, surgidos en un medio jurídico de derecho consuetudinario, e indudablemente por ello, presentados con una terminología extraña a nuestro sistema. Con todo, no cabe duda, que en la mayoría de los casos, configuran verdaderos contratos o, con mayor propiedad, promesas de contratos, ya que involucran compromisos de asumir en lo futuro, obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a condiciones suspensivas, de la más diversa índole.

En cuanto a los segundos, son contratos, que constituyen el único medio de obtención de indispensables satisfactores. En otras palabras, para la formación de los contratos mercantiles deberán aplicarse las mismas normas generales de la materia civil, de la cual forma parte el derecho general de las obligaciones, lo anterior está referido a los elementos esenciales del contrato, el consentimiento y el objeto.

**F.- Doctrina.-** La doctrina, también es fuente importante de las obligaciones mercantiles, es decir, es auxiliar de la teoría general de obligaciones, por que ayuda a dilucidar y esclarecer, la verdad jurídica sobre un caso concreto o controversia determinada, es auxiliar del legislador, del jurista, del juzgador, del estudiante y del derecho en general.

Por extensión se aplica al conjunto de opiniones suscritas por uno o varios autores de reconocida autoridad sobre cualquier materia. En este sentido, la doctrina se usa normalmente para indicar lo que se enseña en materia teológica, filosófica o científica. La expresión implica siempre la idea de un cuerpo de dogmas o verdades organizadas de forma consistente, frecuentemente relacionadas con la acción. Con respecto a esto último, se trata de distinguir entre ciencia y doctrina: aquella constata y explica; ésta, juzga y prescribe.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Cfr. Colin y Capitan, Henry. Vocabulario Jurídico. 8a edición, Trad. de Horacio Guaglione. Depalma, Argentina, 2003. p. 233.

En la literatura jurídica, se entiende por doctrina, primeramente, el conjunto (*Corpus*) de conceptos e ideas que formulan los juristas y transmiten en la enseñanza del derecho. La doctrina, así, entendida, constituye el aparato dogmático para el estudio y aplicación del derecho.<sup>67</sup> En este sentido, doctrina se opone a la legislación y a la jurisprudencia, esto es, el material jurídico dado.

En un sentido más restringido, se llama doctrina a las tesis sostenidas por una escuela (Exégesis francesa, Historicismo alemán, Realismo escandinavo) o por un jurista de renombre con respecto a un punto discutible o controvertido.<sup>68</sup>

La doctrina en nuestros días, recibe la fuerza de convicción que posee, en base a la autoridad y respetabilidad del jurista. Los juristas explican el derecho y en este quehacer, fijan o establecen el sentido de las disposiciones o normas que describen, pero a pesar de ello, no puede considerarse, como una fuente formal del derecho. La Escuela de la libre investigación científica y del derecho libre, otorgan mayor peso a la doctrina, cuya función fundamental, consiste en el establecimiento de las reglas (metarreglas) para el intérprete. La palabra doctrina, se usa también como sinónimo de ciencia del derecho

En este sentido, puede caracterizarse como la disciplina que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Un claro entendimiento, de las disposiciones jurídicas que constituyen una institución jurídica cualquiera, presupone el manejo de los conceptos, nociones, ideas y tradiciones jurídicas, que conforman dicha institución. Los conceptos, nociones, dogmas o presupuestos, que conforman una institución jurídica, son suministrados por la dogmática jurídica: ella constituye la doctrina aplicable a dicha institución.

---

<sup>67</sup> Ibidem. p. 234.

<sup>68</sup> Idem.

El material jurídico se encuentra escrito, por decirlo así, en caracteres codificados, para leerlos, es necesario descifrarlos. El código, -en el sentido de vocabulario de un léxico- para tal lectura, es proporcionado por la dogmática jurídica y su historia, es decir, por la doctrina.

El lenguaje en el que se encuentran escritas las instituciones jurídicas

>cualesquiera que éstas sean< sólo puede ser entendido por medio de su propia semántica >y el análisis de sus usos y contextos pragmáticos<. La lectura apropiada de las normas que constituyen y rigen el funcionamiento de un determinado instituto jurídico, sólo es posible si se tiene presente el *corpus* de doctrina, el cual proporciona a tales institutos, >o al lenguaje en que se encuentran escritos<, su sentido específico.

Este argumento permite sostener la tesis, de que, el lenguaje, en que el derecho se formula, se distingue claramente del común, >del cual, aquél toma su vocabulario<. El lenguaje del derecho, se interpreta, según un metalenguaje diferente, al del lenguaje ordinario. La idea que subyace, es que justamente la función de la ciencia del derecho, consiste en encontrar y aplicar a los principios de interpretación, la doctrina adecuada a cierto derecho.

**G.- Jurisprudencia.-** Según la definición romana clásica del concepto de jurisprudencia, elaborada por Ulpiano, afirma que, ésta es la noticia o conocimiento de las cosas humanas y divinas, así como la ciencia de lo justo y de lo injusto (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justae et injustae scientia*).<sup>69</sup> De acuerdo, con la connotación clásica, de jurisprudencia, ésta se revela, como una ciencia, como un conjunto de conocimientos o sabiduría, respecto a determinadas materias. Si tomo con todo rigor, la traducción literal de la definición latina y me ciño a su alcance, llego a la conclusión de que el concepto de jurisprudencia, tal como lo formuló, dicho jurisconsulto, denota que es un conjunto de conocimientos científicos de una extensión exorbitante, por que abarcaría las cosas humanas y divinas, en las cuales, estarían

---

<sup>69</sup> Cfr. Floris Margadant S, Guillermo. Ob. cit. p. 116.

comprendidos los objetos de múltiples disciplinas positivas y filosóficas, que sería prolijo mencionar.

A nadie escapa la importancia y trascendencia de la función jurisprudencial de los tribunales. Merced a ella, éstos interpretan la norma jurídica objetiva, con el auxilio imprescindible de la ciencia del derecho y demás disciplinas culturales, integrando el orden jurídico positivo, mediante la elaboración de reglas generales, abstractas e impersonales.

Estas se originan en el campo de la casuística; es decir, por los múltiples y variadísimos casos concretos que se registran en la dinámica de un país. Al analizar cada uno, en sus modalidades específicas y al enfocarlo en la legislación, los órganos judiciales del Estado, dictan la sentencia que dirime el conflicto, o la controversia que se haya suscitado en el supuesto examinado. Para llegar a este resultado, los tribunales deben de interpretar la ley; extraer su sentido mediante la utilización de una metodología determinada, para proyectar el sentido que se establezca, al caso concreto. Puede suceder, y ocurre con frecuencia en la realidad, que la ley sea omisa en el tratamiento normativo de cuestiones, que el legislador no previó; pero que plantea la vida del derecho, que es esencialmente dinámica y está en perenne evolución o transformación. Ante cualquier omisión o imprevisión de la ley, los tribunales deben integrarla, creando el derecho.

Se advierte de las ideas expuestas, que la jurisprudencia tiene, cuando menos, dos finalidades esenciales, interpretar el derecho legislado y crear el derecho, en los casos concretos, sometidos al conocimiento de los tribunales. Para conseguirlo, los juzgadores deben aplicar, los conocimientos inherentes a la ciencia jurídica y los que conciernen a todas las disciplinas culturales o científicas, incluso tecnológicas, que hayan aportado el contenido substancial, de las normas del derecho.

De acuerdo a lo anterior, bajo el aspecto que estoy tratando, se revela como la uniformidad de interpretación y consideración jurídicas, en varios casos concretos análogos, respecto a una cuestión específica de

derecho, hecha o formulada por una autoridad judicial, para resolverlos. Por ende, puedo afirmar, que, en atención a la amplitud de la idea expuesta, cada autoridad judicial, independientemente de su categoría o grado, puede sentar jurisprudencia.

Sin embargo, dentro de un terreno estrictamente legal, no a toda autoridad judicial le es dable sentar jurisprudencia, a pesar de la uniformidad interpretativa y considerativa de que he hablado. Solo cuando tal uniformidad se imputa legalmente a cierta categoría de autoridades judiciales, generalmente las supremas, en los fueros federal y común, es cuando las interpretaciones y consideraciones jurídicas vertidas en cierto número de casos concretos semejantes, en relación con un punto de derecho determinado, constituyen el contenido de la jurisprudencia. Consiguientemente, éste se norma mediante las mencionadas interpretaciones y consideraciones jurídicas, que hace una autoridad judicial, a cuyas decisiones uniformes en su parte considerativa, la ley expresamente ha reputado, jurisprudenciales.

En otras palabras, y a manera de resumen, la jurisprudencia no es la simple aplicación del derecho en forma aislada, sino que implica una reiteración, un criterio uniforme en la interpretación de la ley, para aplicarla.

No obstante que la aplicación de las leyes, corresponde a los tribunales, es decir, a todos los jueces que forman el poder judicial, conforme a nuestro derecho, sólo pueden establecer jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno, o en salas, de acuerdo a los artículos 192 de la Ley de Amparo, o bien, los Tribunales Colegiados de Circuito, en materia de su competencia, según el artículo 193 de la ley mencionada. La Jurisprudencia se forma, cuando el criterio de interpretación es en el mismo sentido en cinco ejecutorias, sin interrupción intermedia.

Las sentencias que forman jurisprudencia, son un antecedente al cual deben sujetarse los tribunales, pero no es la forma, en que se manifiesta la norma jurídica, porque la sentencia vincula, sólo a las partes que intervinieron en el proceso y no es de imposición general. Por otra parte, la jurisprudencia

puede variar, esto es, ser interrumpida en los términos que la propia ley de amparo, señala en su artículo 194.

Esta fuente de derecho, es material, en cuanto base, para que el legislador recoja las resoluciones consagradas por ésta, para formar las leyes.

**H.- Otras fuentes.** Sin lugar a dudas, existen otras fuentes generadoras de las obligaciones mercantiles, como, el arbitraje comercial internacional, la cláusula compromisoria, la conciliación y la mediación, las cuales, una vez que las partes se someten a su jurisdicción o resolución de controversia, se convierten en fuentes generadoras de obligaciones, las cuales, serán motivo de estudio en el capítulo siguiente

**III.- Obligaciones mercantiles.-** Para ampliar lo expuesto, es oportuno precisar algunos conceptos, que sobre las obligaciones mercantiles se han vertido, su definición, naturaleza jurídica y clasificación, para tener una comprensión adecuada y dominio del tema en estudio.

**A.- Concepto.-** En relación al concepto de obligación, por antonomasia, es el vínculo jurídico por virtud del cual, una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo a favor de otra persona, llamada acreedor.<sup>70</sup>

La obligación es, una situación jurídica, donde confluyen derechos y obligaciones; ésta supone, necesariamente, la existencia del deudor y del acreedor. Es una liga entre ambos extremos de la relación, de ahí que forzosamente, deban existir los dos. Deudor y acreedor, deben aparecer en el marco de la buena fe, clima o el ambiente dentro del cual, la relación obligatoria debe desenvolverse, siendo la buena fe, lo ideal de toda conducta del hombre.

---

<sup>70</sup> Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 10a.Ed. Edit. Porrúa, México, 2004. p. 15.

En el Derecho Romano, se definió la obligación, en la Instituta de Justiniano, de la siguiente manera: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae secundum nostrae civitatis iura*, es decir; la obligación es un vínculo de derecho, por el cual, somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa, según las leyes de nuestra ciudad. En este concepto, la obligación estaba ligada a un derecho de crédito, es decir, a una situación de carácter económico.<sup>71</sup>

Esta definición, pone de relieve el elemento esencial de la obligación, que consiste en un vínculo, derivado de una relación jurídica.

La obligación es considerada como un vínculo jurídico, una relación y una necesidad jurídica, según los diferentes criterios sustentados por los tratadistas. Desde mi punto de vista es una relación jurídica, productora de un vínculo de derecho. El *iuris vinculum*, es consecuencia de la relación jurídica.

Por otro lado, la obligación es una relación jurídica, constituida por ciertos hechos o actos entre dos o más sujetos; denominado acreedor, que puede exigir de otro, llamado deudor, determinada prestación.

Para la Suprema Corte de Justicia, la obligación es un vínculo jurídico que nos constituye en la necesidad de dar, hacer o prestar alguna cosa, por lo que cada obligación supone: a) Un lazo jurídico que liga necesariamente al deudor con el acreedor y del que se deriva el derecho que éste tiene para exigir que aquél le dé, haga o preste, y el deber jurídico que corresponde al deudor, de dar, hacer o prestar; b) Un hecho reductible a valor pecuniario, que es el objeto o fin del lazo jurídico. Desde este punto de vista esencial, lo característico de las obligaciones, se patentiza en el *vinculum juris* y en el *onus conventionis* de la doctrina, por lo cual, para que la obligación de origen al ejercicio del derecho en ella contenido se hace indispensable acreditar ambos elementos.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Cfr. Petit, Eugene. Ob. Cit. p. 262.

<sup>72</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación. T. LVII Vol. IV, 2a. Sala, Octava Época, Mayo-Junio, México, 1994. p. 286.



En este sentido, según Borja Soriano, la obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual, una de ellas llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.<sup>73</sup>

El maestro Oscar Vásquez del Mercado por su parte, establece que la obligación es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta respecto de otra, a una prestación, a un hecho o a una abstención y esta otra, no es sino aquella que tiene un derecho personal. O en otras palabras, es la relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual una persona llamada deudor, queda vinculada para cumplir una prestación de carácter positivo o negativo, frente a otra llamada acreedor.<sup>74</sup>

En tal virtud, establezco que la obligación, es un lazo jurídico que atañe o involucra a dos partes y que les permite, exigirse mutuas prestaciones de dar, hacer o no hacer.

**B.- Naturaleza Jurídica.-** La naturaleza jurídica de la obligación, ha sido estudiada ampliamente por los tratadistas y constituye uno de los temas más importantes y atractivos del Derecho Civil, Mercantil y del Derecho en general.

Sobresalen sobre este punto, dos teorías, la subjetiva y la objetiva. La primera, es la originaria, romana y la segunda, la moderna, que ha sido y es, discutidísima.

El Derecho Romano, según Florís Margadant vio en la obligación un vínculo entre personas; pero el germánico y el moderno tienden a destacar el compromiso objetivo de crédito o deuda, estimándolo más bien que como una voluntad ligada a otra, como un vínculo entre dos patrimonios, considerados como personalidades abstractas.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Cfr. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003. p. 84.

<sup>74</sup> Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar. Ob. cit. p. p. 148 y 149.

<sup>75</sup> Cfr. Florís Margadant S, Guillermo. Ob. cit. p. 219.

La doctrina llamada objetiva, tiene en Gaudemet, uno de sus representantes más caracterizados. Afirma este autor, como tesis fundamental, que si bien originariamente era la persona la que debía a la persona, en la actualidad se considera que es el patrimonio el que debe al patrimonio, lo que equivale a afirmar la posibilidad de una relación entre patrimonios que no puede ser aceptada en ningún caso, puesto que es evidente que la relación jurídica (y, por lo tanto, la relación obligatoria) no puede aceptarse ni existir más que entre personas.<sup>76</sup>

Los partidarios de la teoría objetiva, como se ha hecho notar acertadamente, al considerar el derecho del acreedor como un derecho sobre los bienes del deudor, consideran solamente las hipótesis del incumplimiento por parte de éste, quedando sin posible explicación con esta teoría el caso del cumplimiento voluntario del deudor, en que de modo efectivo se realiza un acto del mismo y sin que tenga entonces ninguna manifestación ese derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor.<sup>77</sup>

Ahora bien, cuando de la hipótesis del cumplimiento pasamos a la del incumplimiento, en la que se centra la teoría objetiva, tampoco es admisible, pues, prescindiendo de más amplias consideraciones basta pensar en la obligación de hacer de carácter personalísimo, para comprender que la voluntad de las partes a lo que se dirige, es precisamente al acto del deudor; por ejemplo, la obligación de pintar un cuadro contraída por un pintor célebre.<sup>78</sup>

Para mí, la naturaleza jurídica de la obligación, al seguir su concepto civil me permite considerar que la mercantil, constituye el vínculo jurídico por el cual, un sujeto, debe cumplir frente a otro, una prestación que trasciende al ámbito mercantil, porque el acto que origina es de esa naturaleza, con independencia de la característica de las partes que intervienen, es decir, sean o no comerciantes.

---

<sup>76</sup> Cfr. De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. III. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003. p. 28.

<sup>77</sup> Ibidem. p. 28.

<sup>78</sup> Idem.

**C.- Clasificación.** El concepto de obligación en Derecho Mercantil, es el mismo que en Derecho Civil. La obligación, es un vínculo jurídico por el cual, una persona llamada deudor, se constituye en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, en beneficio de otra, llamada acreedor. El término obligación se aplica a la relación entre deudor y acreedor: desde el punto de vista de aquél, se llama obligación, y respecto del segundo, recibe el nombre de crédito. Recuérdese que la palabra obligación, tiene otro significado en materia de títulos de crédito, en donde se aplica a un título especial.

Cuando la relación jurídica entre acreedor y deudor, se origina en un acto de comercio, la obligación tiene carácter mercantil.

Por su objeto, las obligaciones se clasifican en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Las de dar, consisten en la traslación de la propiedad de cosa cierta y en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta y en la restitución de cosa ajena o en el pago de cosa debida. En las de hacer, el deudor debe realizar un hecho. En las de no hacer, el deudor debe abstenerse de realizar un hecho (Artículos 2011, 2027 y 2028 del Código Civil). Por ejemplo, el comerciante que vende determinada mercancía, está obligado a dar, puesto que debe transmitir la propiedad de la mercancía y entregarla; el comisionista, se obliga a hacer, a realizar los actos de comercio que le encomendó el comitente; el comerciante que vende su establecimiento y se compromete a no abrir uno similar en la misma calle o población, está obligado a no hacer. No insisto en estos puntos, ni entro a su desarrollo, en virtud de que son asuntos que corresponden al Derecho Civil.

Las obligaciones pueden estar sujetas a modalidades que son el término y la condición. El término es un acontecimiento futuro y de realización cierta que suspende, sea la exigibilidad, sea la extinción de una obligación, y que produce sus efectos sin retroactividad. La condición es un acontecimiento futuro y de realización incierta que suspende, sea el nacimiento, sea la resolución de una obligación, y que produce sus efectos retroactivamente.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> Cfr. Puente, Arturo y Calvo, Octavio. Ob. cit. p. 226.

El término puede ser, suspensivo o extintivo. Es suspensivo cuando la obligación no se hace exigible sino hasta que se venza el término. El extintivo cuando el vencimiento del término da fin a la obligación. Ejemplo: celebro un contrato de arrendamiento por el plazo de un año; al vencer el plazo, termina el contrato.<sup>80</sup>

La condición puede ser suspensiva o resolutoria. Es suspensiva, cuando el nacimiento de la obligación depende de que se cumpla la condición. Es resolutoria, cuando cumplida la condición resuelve la obligación volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido. Ejemplo: Te doy mil pesos siempre que no produzcan una mercancía similar a la que yo fabrico (Artículo 1939 y 1940 del Código Civil).<sup>81</sup> Las obligaciones que no están sujetas a modalidad se llaman puras y simples.

Por lo antes citado y por las razones y fundamentos que preciso a lo largo del trabajo, sugiero que existan reglas generales de aplicación común a los contratos mercantiles internacionales, es decir, una teoría moderna, para la unificación contractual. Es la tesis que se desarrolla en los siguientes Capítulos.

---

<sup>80</sup> Ibidem. p. 227.

<sup>81</sup> Cfr. Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. cit. p. 119.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MERCANTILES INTERNACIONALES (MASCMI)**

Para abordar este tema que denomino como “Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales”, por sus siglas MASCMI, es menester referirme, a la impartición de justicia en nuestro país, con relación a los antecedentes de las diversas formas de solución de controversias, ello desde el punto de vista constitucional, precisamente porque sus orígenes son constitucionales, como se estableceré en su oportunidad, sin dejar de analizar la legislación vigente y las instituciones que operan MASCMI (medios alternativos de solución de controversias mercantiles) en México, con miras a establecer una teoría de los medios alternativos de solución de controversias mercantiles Internacionales.

**I.- La Impartición de Justicia.-** Es necesario reconocer que en las relaciones jurídicas que sostienen con terceros y con los órganos de gobierno del Estado, resulta natural que los gobernados tengan conflictos o controversias, que en muchos casos afectan su esfera jurídica, de tal manera que en todo régimen de Estado de Derecho, como el que caracteriza a nuestro país, es de suma importancia que los gobernados cuenten con leyes e instituciones idóneas para su resolución, pero que realmente les garanticen la impartición de justicia, pero no solamente ante sus pares, sino ante el propio poder público, para el caso de que éste no respete o viole las garantías de los gobernados.

De esta manera, es de puntualizarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene una serie de normas para la convivencia democrática de sus habitantes y su desarrollo armónico en sociedad, destacándose desde luego las relativas a las garantías constitucionales, con su salvaguarda a través del juicio de amparo, así como otros medios jurisdiccionales de control de la Constitución, a saber: controversia constitucional; acción abstracta de inconstitucionalidad; controversia en materia electoral; juicio político y; facultades de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para el caso de violaciones graves de garantías constitucionales y asimismo, la Constitución establece normas que regulan la organización y funcionamiento del Estado.

Amén de otros órganos que también procuran la impartición de justicia, como son las Procuradurías: del Consumidor, Agraria, Fiscal, General de la República, General de Justicia, de la Defensa del Menor, de la Defensa de la Mujer y la Familia, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales, que también velan por el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus equivalentes en los estados del país, Derechos Humanos y Amnistía Internacional y otras de igual carácter, a nivel internacional. Esta es la base y el sustento jurídico de nuestras leyes e instituciones y entre éstas se instrumentan los tribunales instituidos ex profeso para la impartición de justicia.

Es así que, acorde con nuestro Estado de Derecho, el artículo 17 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíbe la *vindicta privata* >venganza privada<, que caracterizó tiempos antiguos, ya que establece, esencialmente, que ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma y además que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, lo cual se encuentra asociado al postulado del segundo párrafo del artículo 14 de la propia Carta Magna, que dispone:

“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expeditas con anterioridad al hecho”.

En este orden de ideas, las controversias entre los gobernados y los órganos del Estado, cuando éstos violan garantías constitucionales de los primeros, afectando su esfera jurídica, se ventilan a través del juicio de amparo, mientras que aquellas que se suscitan entre gobernados, tradicionalmente se habían sometido a proceso ante los tribunales jurisdiccionales del propio Estado. Sin embargo, existe la tendencia de las partes en conflicto, de someter sus controversias a otras formas de solución, ya sea ante los propios tribunales estatales, instituciones sean públicas o privadas o bien ante personas físicas; en otras palabras, los conflictos o controversias entre las partes, ya no se resuelven exclusivamente mediante el proceso.

Aquí es conveniente hacer un paréntesis, en términos generales entiendo por controversia, un desacuerdo, una diferencia, o un conflicto o pugna de intereses que surge entre las partes; cabe señalar que la doctrina ha utilizado indistintamente las palabras controversia y litigio. De acuerdo con Carnelluti, litigio es el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro.<sup>82</sup> Mientras que el conflicto, según la autora Ma. Guadalupe Márquez Algara, se manifiesta como una incompatibilidad entre conductas, percepciones, objetivos y/o afectos entre individuos y/o grupos, que definen estas metas como mutuamente incompatibles.<sup>83</sup>

Esta tendencia para solucionar las controversias, a través de formas diferentes a la acostumbrada, no es contraria, desde luego, a lo dispuesto por el artículo 17 de nuestra Constitución Federal, ya que si bien éste prohíbe la venganza privada, concediendo a los gobernados el derecho a la administración de justicia mediante tribunales estatales previamente establecidos, por otro lado no impide que estos puedan dirimir sus conflictos o controversias a través de los diversos mecanismos que la ley instrumenta o bien que ellos determinen consensualmente, en tanto no sean contrarios a la Constitución o a las leyes y así hablamos de “Medios Alternativos de Solución de Controversias”, por sus siglas MASC, en nuestra legislación principalmente son, a saber: la conciliación, la negociación, la avenencia, la mediación y el arbitraje.

La premisa de que no implica violación al artículo 17 de la Constitución Federal, el hecho de que las partes en conflicto opten por el arbitraje para solucionar sus controversias, a pesar de que quienes actúan como árbitros, personas físicas y morales e instituciones públicas y privadas, se constituyen como verdaderos tribunales, resolviendo el fondo de la controversia, se hace extensiva a lo establecido por el artículo 13 Constitucional, que en salvaguarda de la garantía de igualdad, prohíbe el establecimiento de tribunales especiales, ya que los tribunales arbitrales no tienen ese carácter, máxime que los laudos que emiten deben ser homologados por los órganos jurisdiccionales correspondientes, para que adquieran obligatoriedad y puedan ser ejecutados, como así lo ha reconocido nuestro Máximo Tribunal, en el siguiente criterio.

---

<sup>82</sup> Cfr. Medina Lima, Ignacio. Diccionario Jurídico Mexicano, 15a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM México 2001. p. 2050.

<sup>83</sup> Cfr. Márquez Algara, María Guadalupe. Mediación y Administración de Justicia. 1a. Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes. México 2004, p. 32. La autora realiza un amplio análisis del conflicto y particularmente de la mediación.

**ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.-**

Si se parte de la base que el juicio arbitral es aquel que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo, no actúan como tales, sino como personas de derecho privado, es inexacto que los preceptos reclamados, al establecer la posibilidad de que los particulares sujeten sus controversias al arbitraje comercial, otorguen a los tribunales arbitrales la calidad de tribunales especiales, pues quienes emiten dichos laudos son personas o instituciones designadas para resolver controversias entre particulares, ya sea como amigables componedores o en conciencia, sólo si las partes las han autorizado expresamente para hacerlo en términos del artículo 1445, párrafo tercero, del citado código. Estos laudos deben ser reconocidos u homologados por los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de que adquieran la fuerza jurídica necesaria para su completa obligatoriedad, y a efectos de su ejecución de conformidad con los artículos 1461 a 1463 del ordenamiento mencionado. De ahí que el arbitraje comercial regulado en el Código de Comercio no contraviene el artículo 13 de la Constitución, que como garantía de igualdad, en el aspecto jurisdiccional, prohíbe los tribunales especiales. Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXI, Enero de 2005 Tesis: 1a. CLXXVI/2004 Página: 411 Materia: Constitucional, Civil Tesis aislada.

**Precedentes.-** Amparo en revisión 237/2004. Emilio Francisco Casares Loret de Mola y otros. 28 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Por lo contrario, históricamente los MASC, no solo no han sido contrarios a la constitución, sino que como ya lo anuncié, sus antecedentes y más que ello, sus fuentes, son precisamente constitucionales y aún en forma expresa, por lo que hace a la conciliación y al arbitraje, como se expone en seguida, en la inteligencia de que en el apartado III de este mismo Capítulo, expongo el análisis de los ordenamientos constitucionales que establecen los MASC:

La conciliación, que previa al juicio la contemplaron estos ordenamientos: Constitución de Cádiz de 1812; Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1823; Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824; Proyecto de Reforma de 1840; Primer Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana de 1842 y; las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

El arbitraje fue previsto en los siguientes ordenamientos: Constitución de Cádiz de 1812; Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1823; Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana de 1823; Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 y; Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856.



Aquí es necesario hacer un paréntesis, como lo expondré en el número III, inciso A, de este mismo Capítulo, la Constitución de Cádiz de 1812, en franca desigualdad jurídica sobre los habitantes de la Nueva España, si bien estableció tanto la conciliación como al arbitraje, esto fue exclusivamente en favor de los españoles, quienes eran los únicos que gozaban del estatus de ciudadanos, ya que no se reconoció siquiera la existencia de los indígenas de las colonias americanas, de los esclavos y extranjeros, es decir, todos éstos simplemente fueron ignorados.

Es preciso señalar, que a pesar de que en las Constituciones de 1857 y de 1917, no se contemplan la conciliación y el arbitraje, como medios alternativos de solución de controversias, sino únicamente el proceso ante los tribunales jurisdiccionales, ello no fue impedimento sobre todo en ésta última, para que las leyes los regularan y menos que las partes en conflicto pudieran pactarlos en convenios, contratos y otros instrumentos jurídicos, porque se insiste, los medios alternativos de solución de controversias, no son contrarios a los ordenamientos constitucionales, sino que emanan de ellos.

**II.- Formas de solución de controversias.-** Como corresponde a la natural evolución de las instituciones jurídicas, a los medios de solución de controversias alternos al proceso jurisdiccional, la doctrina les ha asignado diversas denominaciones y formas, por lo cual, para precisar la denominación que actualmente les corresponden, es útil recurrir a las formas de solución de controversias en general, desarrolladas por el autor español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien indica que las controversias pueden solucionarse por los propios litigantes o mediante decisión imperativa de un tercero y estas formas de solución, las clasifica en: autocomposición, autodefensa y heterocomposición,<sup>84</sup> las que a continuación me permito exponer:

Clasificación de las formas de solución de controversias de Niceto Alcalá-Zamora:

Solución por las partes (vertientes de solución parcial):

- ✓ *Autocomposición.-* Cuando uno de los litigantes consiente el sacrificio de su propio interés y es unilateral si el sujeto atacante se desiste o el sujeto atacado se allana, o bien bilateral cuando ambos litigantes celebran una transacción.

---

<sup>84</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa, UNAM, México 1991. pp. 12 y 15.

- ✓ *Autodefensa.*- Cuando el litigante impone el sacrificio del interés ajeno y es unilateral cuando el atacante actúa por estado de necesidad y el atacado en legítima defensa, o bien bilateral cuando ambos convienen en un duelo (batirse a tiros dos personas), que fue una forma de hacerse justicia por sí mismo, muy típica en la Edad Media. Por cierto, la autodefensa es un vocablo formado por yuxtaposición del prefijo auto y el sustantivo defensa, que equivale a defensa propia o por sí mismo.<sup>85</sup>

Decisión imperativa de un tercero:

- ✓ *Heterocomposición.*- Implica la intervención de órganos jurisdiccionales o de árbitros para solucionar el litigio mediante un proceso.

Para precisar en qué consisten los medios alternativos de solución de controversias en nuestro sistema jurídico, orientados desde luego a la materia mercantil, tomaré en cuenta las formas de solución autocomposición y heterocomposición desarrolladas por el autor Niceto Alcalá >por lo tanto excluyo a la autodefensa pues se refiere a la materia penal< y asimismo, con base en los diversos medios alternativos de solución de controversias para las partes en conflicto, establecidos por la legislación mexicana, esta es la clasificación que desde mi punto de vista corresponde a las formas de solución de controversias, aplicables a la materia mercantil:

- ✓ *Autocomposición.*- Consiste en la decisión bilateral de las partes, ya que ambas manifiestan su voluntad para solucionar la controversia, tal decisión pueden tomarla en cualquiera de estos momentos; antes de producirse la controversia, durante el proceso y aún al final del mismo. Corresponden a la autocomposición, como medios alternativos de solución de controversias: la negociación, la avenencia, la mediación y la conciliación.
- ✓ *Heterocomposición.*- Por lo contrario, en esta otra forma de solución, las partes en conflicto no deciden la solución de la controversia, sino que ésta tarea queda a cargo de un tercero imparcial, ya sean órganos jurisdiccionales estatales o árbitros, según lo prevenga la ley. Por lo cual, en este caso forman parte de la heterocomposición el proceso y el arbitraje.

---

<sup>85</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo. Ob. Cit., p. 47

Debo aclarar que en la autocomposición ubiqué a la negociación, la avenencia, la mediación y la conciliación, en las que se requiere la bilateralidad de las partes en conflicto, es decir, de la manifestación de la voluntad de ambas para solucionar la controversia.

Cabe señalar que algunos autores, entre ellos el propio autor español Niceto Alcalá, dentro de la categoría de la autocomposición incluyen a la transacción, como otro medio alternativo de solución de controversias, sin embargo, para nuestra legislación en realidad estamos en presencia de un contrato regulado por el artículo 2944 tanto del Código Civil, como del Código Civil Federal,<sup>86</sup> que se celebra por acuerdo de las partes, ya sea durante un proceso jurisdiccional, en un proceso arbitral o como resultado de una conciliación, de una mediación o de una avenencia o negociación, por lo cual estimo que en sí misma, la transacción no es un medio para solucionar controversias, sino que, más bien, es el instrumento jurídico en que se concretiza la solución de la controversia, como también lo es el convenio o el acuerdo a que lleguen las partes en conflicto.

De igual manera, algunos autores consideran a la amigable composición, como otro de los medios alternativos de solución de controversias, sin embargo, desde mi punto de vista no es acertado, porque la amigable composición, no es otra cosa que la forma en que actúa quien interviene en la controversia, o bien, la forma en que se resuelve la controversia; esto ocurre en la generalidad de los casos, en contraposición al actuar o resolver en estricto derecho, como así se desprende de los ordenamientos que enseguida analizo.

*Ley de Concursos Mercantiles.*- Respecto de la forma de proceder en amigable composición, de quien interviene en la controversia, la encontramos en el artículo 312 de la Ley de Concursos Mercantiles,<sup>87</sup> mismo que dispone que el comerciante que enfrente problemas económicos o financieros, podrá acudir ante el Instituto, a efecto de elegir a un conciliador, de entre aquellos que estén inscritos en el registro del Instituto, para que funja como amigable componedor entre él y sus acreedores. Todo acreedor que tenga a su favor un crédito vencido y no pagado también podrá acudir ante el Instituto para hacer de su conocimiento tal situación y solicitarle la lista de conciliadores. La Ley se refiere al Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles. Entonces, siendo la actuación del conciliador

---

<sup>86</sup> Por la transacción, las partes se hacen recíprocas concesiones y terminan una controversia presente o previenen una futura.

<sup>87</sup> Publicada en D. O. F. de fecha 12 de mayo de 2000.

la de amigable componedor, el medio alternativo para solucionar la controversia lo es la conciliación, más no la amigable composición, porque ésta es la forma en que debe actuar el conciliador.

Es conveniente tener en cuenta que la amigable composición, como forma de proceder del conciliador, no significa que éste adolezca de inexperiencia o desconocimiento del derecho en la materia mercantil, puesto que la situación del comerciante lo puede llevar a la quiebra, por lo que éste debe contar, como lo asevera el autor Jaime Daniel Cervantes Martínez, con los servicios de conciliadores competentes, debidamente preparados, que entiendan que todas sus propuestas, que cuenten con estudios e investigaciones de respaldo sobre la empresa que ha pedido su intervención, así como un amplio conocimiento en ingeniería financiera, pero sobre todo debe tener la conciencia del compromiso social y humano que se le ha asignado por el propio comerciante o acreedor que creen en él como la solución a la problemática por la cual puede atravesar cualquier negocio; esta opción que se presenta a nuestros empresarios mexicanos o extranjeros radicados en nuestro país, requieren de un profesionalista experto en comercio internacional donde la regionalización y la globalización son de vital importancia para que los países en vías de desarrollo logren elevar su economía.<sup>88</sup>

*Ley Federal de Protección al Consumidor.*- La forma de resolver en amigable composición, la encontramos en el arbitraje que se tramita ante la Procuraduría Federal del Consumidor, ya que en efecto, ante ésta y a elección de consumidor y proveedor, con fundamento en los artículos 118, 119 y 120 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, se tramitan dos tipos de arbitrajes, en amigable composición y en estricto derecho; en el primero, el árbitro resuelve en conciencia y a buena fe guardada sobre los puntos cuestionados, pudiendo allegarse los medios de convicción que estime pertinentes, sin sujetarse a reglas legales, sin términos ni incidentes, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento, en cambio, en el segundo, en el arbitraje de estricto derecho, las partes deben formular compromiso y establecer las reglas del procedimiento, aunque el árbitro las puede establecer si no se ponen de acuerdo. El arbitraje de amigable composición, también es conocido como de equidad y por ejemplo ante la mencionada Procuraduría, se volvió práctica común que consumidor y proveedor se estuvieran a las resultados del dictamen pericial único que ambos convenían para solucionar la controversia. (En

---

<sup>88</sup> Cervantes Martínez, Jaime Daniel. *Mediación, Amigable Composición y Conciliación en Materia Concursal*, Edit. Incija Ediciones, S. A. de C. V., México 2003. p. 58.

materia financiera, encontramos esto mismo en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros).

Retomando el tema que me ocupa, debo mencionar que en materias diversas a la mercantil, las formas de solucionar controversias que estoy analizando, también se encuentran insertas en los procesos jurisdiccionales que forman parte de los medios heterocompositivos, por ejemplo la conciliación en el proceso laboral (Artículos 875 y 876 de la Ley Federal del Trabajo), la avenencia en las controversias del orden familiar (Artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal) y la amigable composición en la audiencia de ley de juicios en materia de arrendamiento inmobiliario (Artículos 941, fracción I y 951 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

De estas formas autocompositivas y heterocompositivas, son objeto de esta investigación las primeras, es decir, la mediación, la negociación, la avenencia y la conciliación, así como de las segundas solo el arbitraje >excluyo al proceso por no ser materia de esta tesis<, que vienen a ser Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), muy utilizados por cierto en Estados Unidos de América y en otros países, conocidos bajo las denominaciones de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y *Resolución Alternativa de Controversias* (RAC).

Finalmente, reitero que en México, se presenta cada vez con mayor frecuencia, la tendencia a recurrir a los MASC para solucionar las controversias, en lugar de acceder a la impartición de justicia tradicional, a través del proceso ante los tribunales estatales, como es derecho de las partes en conflicto y garantía establecida por los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal y que como mencioné, son formas autoaplicativas y heteroaplicativas para solucionar las controversias, ya que las partes voluntariamente solicitan la intervención de terceros para que actúen como conciliadores o mediadores o bien someten sus diferencias a la decisión de una o más personas físicas, de una institución pública o privada, a quienes designan árbitro, siendo esta la forma más común en materia mercantil para la solución de las controversias, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional.

**III.- Los MASCM en la legislación Mexicana.-** Cabe señalar primeramente, que he agregado la letra M a las siglas MASC, para quedar MASCM, es decir, Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles, de los que en este apartado

analizaré los antecedentes históricos, la forma en que se regulan en nuestro derecho positivo vigente, así como las instituciones que los operan en México y en otros países.

**A.- Referencia histórica.-** Los medios alternativos de solución de controversias, datan del derecho romano y su uso tuvo gran auge durante siglos, sobre todo el arbitraje y existe consenso doctrinario de que vinieron a menos con el advenimiento del Estado moderno y el constitucionalismo. Actualmente los medios alternativos de solución de controversias vuelven a recobrar fuerza y su uso es ya cotidiano en muchos países, particularmente tratándose de comercio internacional; México no es la excepción se usan en las materias de comercio, médica, civil, familiar y penal; los medios que establece la legislación mexicana son el arbitraje, la conciliación, la avenencia y la mediación, pero veamos como han evolucionado los MASCM en nuestro país:

Iniciada la Independencia de México en 1810, empiezan a incorporarse a la legislación medios alternativos de solución de controversias, como son la conciliación y el arbitraje; es el caso de la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, reimpresa en México el 8 de septiembre de igual año; en su Capítulo II, De la administración de la justicia civil, artículos 280 y 281, confirió el derecho a los españoles de solucionar sus diferencias mediante jueces árbitros elegidos por ambas partes, cuyas sentencias no serían apelables si estas así lo hubiesen convenido; también estableció la conciliación obligatoria, previa al inicio del pleito y ante el alcalde del pueblo, al que debían dirigirse quienes tuviesen que demandar por negocios civiles o por injurias (artículos 282 y 284).

Como anteriormente lo comenté, estos medios alternativos de solución de controversias, se establecieron en ésta constitución de Cádiz, exclusivamente para los españoles, ya que los indígenas, esclavos y demás habitantes de las tierras americanas conquistadas, fueron ignorados, es decir, simplemente quedaron excluidos por completo de cualquier prerrogativa o derecho por no tener el carácter de ciudadanos españoles.

Con su publicación el 10 de enero de 1823, el Reglamento Provisional del Imperio Mexicano, derogó a la Constitución de Cádiz de 1812; en su artículo 58, estableció la facultad de las partes de nombrar árbitros a los jueces de los consulados, quienes también podían ser jueces conciliadores en asuntos mercantiles (únicas

facultades) y al igual que en la Constitución de Cádiz de 1812, también estableció una junta de conciliación obligatoria previa a toda demanda civil o criminal, con la diferencia de que, quienes hubiesen sido representados por las partes en la conciliación, abogados o no, no serían admitidos en la substanciación del juicio (Artículo 71).

Más tarde, en el Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana del 16 de mayo de 1823, se reitera el derecho de los individuos de comprometer sus diferencias al juicio de árbitros o arbitradores, se otorgan facultades al alcalde y a dos vecinos, nombrados uno por cada parte, para fungir como conciliadores en las diferencias civiles, derecho que también se contempló en la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824, en cuyo artículo 156 se concedió a las partes la facultad de nombrar árbitros, sea cual fuere el estado del juicio, estableciendo previo a éste, como sus antecesoras, la obligación de intentar la conciliación antes de entablar el pleito en lo civil, criminal y sobre injurias (Artículo 155), disposiciones que también se contemplaron en los artículos 39 y 40 de la Quinta de las Siete Leyes Constitucionales de 30 de diciembre de 1836.

En el Proyecto de Reforma de 30 de julio de 1840, también se establece la conciliación obligatoria, previa a cualquier pleito civil o criminal y sobre injurias personales, no se contempla el derecho de someter las controversias al arbitraje, aunque si la prohibición para los integrantes de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de los Departamentos, de actuar como árbitros o arbitradores (Artículos 119, fracción IV y 126) y lo mismo establecieron el Primero y Segundo Proyectos de la Constitución Política de la República Mexicana de 25 de agosto (Artículos 116 y 129) y 2 de noviembre (Artículo 98, fracción II), ambos de 1842, aunque en este último no se establece la mencionada conciliación obligatoria, previa al inicio del juicio, y las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 12 de junio de 1843 (Artículos 185 y 186).

En el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847, no se contemplaron ni el arbitraje ni la conciliación para la solución de controversias y aunque en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856, en su artículo 60 se previno la opción de resolver toda diferencia respecto de asuntos de interés privado por jueces o tribunales o por árbitros elegidos por las partes, en las Constituciones de 1857 y de 1917, no se contemplan estas figuras jurídicas, por lo cual, la solución de controversias se dejó a cargo de los tribunales del Estado.

De los anteriores antecedentes de los MASC, se advierte la clara tendencia a procurar que las partes solucionen sus controversias por vías diversas al proceso jurisdiccional, ya que como se evidenció, en algunas constituciones la conciliación se estableció como obligatoria antes de acceder a la vía jurisdiccional y asimismo, se previó la posibilidad de que las partes sometieran sus diferencias al arbitraje, de ahí mi afirmación de que en el ordenamiento jurídico mexicano, los MASC tienen origen Constitucional.

**B.- Derecho positivo vigente.-** Ya quedó establecido que sobre medios de impartición de justicia, es de comentarse que el legislador, aparte de establecer procesos jurisdiccionales, ha ido introduciendo en leyes federales y locales, normas que establecen la posibilidad de que las partes puedan optar por los MASCM, para solucionar sus controversias, como lo son la conciliación, la avenencia, la mediación y el arbitraje, siendo éste el más usual, sobre todo en materia económica, empresarial, comercial y mercantil, tanto a nivel nacional como internacional. Citaré en seguida los ordenamientos jurídicos vigentes, que establecen medios alternativos de solución de controversias mercantiles:

El artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios<sup>89</sup> y el artículo 45 de la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica,<sup>90</sup> establecen la posibilidad de que las diferencias que surjan con motivo de los actos jurídicos, que celebren Petróleos Mexicanos o cualquiera de sus Organismos Subsidiarios y la Comisión Federal de Electricidad, respectivamente, puedan ser objeto de convenio arbitral, exentándolos de las garantías legales que los ordenamientos exijan a las partes, asimismo, establecen que pueden convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales.

En materia económica, empresarial, industrial, financiera y comercial, pueden citarse los siguientes ordenamientos: la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones,<sup>91</sup> que establece en su artículo 7, fracción V, que las Cámaras tendrán como objeto actuar como mediadoras, árbitros y peritos, nacional e internacionalmente, respecto de actos relacionados con las actividades comerciales,

---

<sup>89</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 16 de junio de 1992.

<sup>90</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 22 de diciembre de 1975.

<sup>91</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 20 de enero de 2005.



de servicios, de turismo o industriales en términos de la legislación aplicable y la normatividad que para tal efecto se derive de la misma y el artículo 9, fracción III, señala que las Confederaciones tendrán como objeto desempeñar la función de árbitro en las controversias de sus confederadas, mediante un órgano constituido para tal efecto, conforme a la solicitud de éstas, como así se establece en el artículo 18, fracción X, a modo de obligaciones y derechos de las cámaras.

Por su parte, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece la conciliación y el arbitraje, como medios alternativos para solucionar controversias entre consumidores y proveedores que acuden ante la Procuraduría Federal del Consumidor, a través del procedimiento que establecen los artículos 111 a 115 y dicha institución, por designación de los interesados, puede fungir como árbitro entre consumidores y proveedores, sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previos, observando los principios de legalidad, equidad y de igualdad entre las partes y el arbitraje puede ser en amigable composición o en estricto derecho (Artículos 117 y 118).

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros,<sup>92</sup> establece en sus artículos 60 y 68, respectivamente, que la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, está facultada para actuar como conciliador o árbitro entre los usuarios y los prestadores de esos servicios;

El artículo 1051 del Código de Comercio, prevé la libre elección de las partes de resolver sus controversias, a través de un procedimiento mercantil convencional ante tribunales (Se rige por los artículos 1052 y 1053) o bien optar por un procedimiento arbitral, al que dedica el Título Cuarto del Libro Quinto (Artículos 1415 a 1463), que se sustancia ante un tribunal arbitral, integrado por un árbitro o más, nombrados por las partes o con intervención del juez, quienes resolverán en derecho o en amigable composición o en conciencia, si así lo piden las partes.

Solo para darnos una idea de la decadencia del uso del proceso jurisdiccional, para solucionar controversias y por lo contrario, del auge que han cobrado algunos medios alternativos de solución de controversias en otras materias, algunas cercanas a la mercantil, me permito citar los siguientes ordenamientos:

---

<sup>92</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 18 de enero de 1999.

En materia de comunicaciones, las siguientes leyes establecen la posibilidad de que las partes puedan someter al arbitraje, las controversias que surjan con motivo de aplicación de las mismas, en los términos de las disposiciones aplicables:

*Ley de Aeropuertos.*- En su artículo 3, segundo párrafo, dispone que corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que aquéllas que surjan entre particulares puedan someterse a arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables.<sup>93</sup>

*Ley Federal de Telecomunicaciones.*- En el Artículo 6 indica que corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las partes puedan someterse al procedimiento arbitral en los términos de las disposiciones aplicables.<sup>94</sup>

*Ley de Aviación Civil.*- En el segundo párrafo del artículo 3, indica que corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las controversias que surjan entre particulares se sometan a arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables.<sup>95</sup>

*Ley Federal de Entidades Paraestatales,*<sup>96</sup> en su artículo 22 establece que los directores generales de los organismos descentralizados, en lo tocante a su representación legal, sin perjuicio de las facultades que se les otorguen en otras leyes, ordenamientos o estatutos, estarán facultados expresamente para comprometer asuntos en arbitraje y celebrar transacciones.

*Ley de Propiedad Industrial,*<sup>97</sup> en su artículo 6, fracción IX, establece que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, cuenta con facultades para fungir como árbitro, en la resolución de controversias relacionadas con el pago de los daños y perjuicios, derivados de la violación a los derechos de propiedad industrial que tutela la ley, ello

---

<sup>93</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 22 de diciembre de 1995.

<sup>94</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 7 de junio de 1995

<sup>95</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 12 de mayo de 1995.

<sup>96</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 14 de mayo de 1986.

<sup>97</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 27 de junio de 1991.

cuando los involucrados así lo designen, aplicándose el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio;

*Ley Federal del Derecho de Autor*,<sup>98</sup> en su artículo 217 concede a las personas afectadas en sus derechos protegidos por la misma, la opción de entre hacer valer las acciones judiciales que les correspondan o sujetarse al procedimiento administrativo de avenencia, ante el Instituto Federal de Derechos de Autor, para dirimir de manera amigable la controversia y en caso de no lograrse, entonces pueden someterse al arbitraje, conforme al Capítulo III de la Ley y su Reglamento y en forma supletoria se aplicará el Código de Comercio, para lo cual, podrán elegir árbitros de una lista elaborada cada año por el Instituto y el laudo que dicten será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes, por lo que tiene carácter de cosa juzgada y título ejecutivo, según se establece en los artículos 219, 222 y 226.

Entonces, con base en los medios alternativos de solución de controversias, que prevé nuestra legislación y que aplican a la materia mercantil, encontramos a la negociación, la mediación, la conciliación, la avenencia y el arbitraje. En el caso de la transacción, ya mencioné antes, que aunque para algunos autores es otro medio alternativo de solucionar controversias, en realidad se trata de un contrato, en que el acuerdo de voluntades entre las partes se encuentra destinado a dar, retener o prometer, con el objeto de evitar o terminar un conflicto y, dicho sea de paso, la transacción no opera únicamente sobre las pretensiones de un litigio, sino que en ocasiones crea nuevos nexos que modifican o extinguen las relaciones preexistentes; se dice que la transacción no sólo tiene efectos declarativos sino también constitutivos de derechos.<sup>99</sup>

Lo mismo ocurre tratándose de la amigable composición, ya que como anteriormente lo apunté, más bien consiste en la forma de conducirse del tercero que interviene en la solución de la controversia, como amigable componedor, o bien la forma en la que se resuelve la controversia, de igual manera en amigable composición; en el primer caso será el conciliador, mediador o el facilitador y en el segundo, es el arbitraje en amigable composición; razones por las que se reitera, esta figura no corresponde precisamente a un medio alternativo para solucionar controversias, remitiéndome al análisis que realice en el numeral II de este Capítulo.

---

<sup>98</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 24 de diciembre de 1996.

<sup>99</sup> Cfr. López Monroy, José de Jesús. Diccionario Jurídico Mexicano. 15a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM. México 2001. p. 3123.

Finalmente, aunque no es objeto de esta investigación, pero que si abona a lo que sostengo, en el sentido del auge que ha cobrado el uso de medios alternativos de solución de controversias, apunto que en el ámbito familiar, la legislación ha incorporado medios alternativos de solución de controversias, como es el caso de la *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Distrito Federal*,<sup>100</sup> que en su artículo 12 establece la facultad de las Delegaciones Políticas del Distrito Federal, de resolver a través de la Unidad de Atención, que son las encargadas de asistir a los receptores y generadores de violencia familiar, así como de prevenirla, los casos en que funja como amigable componedor y sancionar el incumplimiento de la resolución, asimismo, establece los procedimientos conciliatorio y de amigable composición o arbitraje, exceptuando las controversias sobre acciones o derechos del estado civil irrenunciables o delitos que se persigan de oficio (Artículo 18), los cuales no excluyen ni son requisito previo para llevar a cabo el procedimiento jurisdiccional.

**C.- Operadores de MASCM en México.-** En la medida en que el legislador nacional ha introducido los MASCM en la ley, ya sea en forma obligatoria como parte del procedimiento o bien en forma potestativa, al mismo tiempo se han creado en nuestro país instituciones encargadas de operarlos, atendiéndose a la fecha, asuntos en materias civil, mercantil, financiera, comercial, médica, familiar y penal, de las que me permito exponer algunas de sus notas distintivas, principalmente en materia mercantil:

**1.- Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.-** El 1 de septiembre de 2003, entró en operaciones el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, como órgano del Consejo de la Judicatura de igual entidad, con autonomía técnica y de gestión, que tiene como objeto el desarrollo y administración eficaz y eficiente de los MASCM, prestando inicialmente servicios de mediación familiar, posteriormente el 1 de septiembre de 2006, extiende esos servicios a mediación civil-comercial y a partir de mayo de 2007, ofrece servicios de mediación respecto de los delitos de robo, lesiones, daño a la propiedad, fraude, allanamiento de morada y amenazas, siempre que no sean considerados como graves, que sean perseguidos por querrela de parte ofendida y que tengan señalada una pena máxima de cuatro años de prisión, o bien, una pena alternativa o pecuniaria, y manifiesten su voluntad de solucionarla por sí mismos, con la ayuda de un mediador en forma cooperativa y pacífica. Este centro de mediación,

---

<sup>100</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 9 de julio de 1996.

sin duda constituye un gran avance en materia de impartición de justicia alternativa, particularmente en materia mercantil.

Cabe mencionar que en la exposición de motivos de la creación del Centro de Justicia Alternativa, el Consejo de la Judicatura expresó, entre otros: la inclusión de los métodos alternos de solución de controversias como vías de acceso a la justicia, a través de la institucionalización y desarrollo de métodos autocompositivos capaces de alternar y coexistir con la vía jurisdiccional, lo que está constituyendo un pilar importante en la construcción de un sistema de justicia más humano, satisfactorio, económico, ágil, expedito y rápido.

Este Centro de Justicia funciona conforme a las “Nuevas Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa”,<sup>101</sup> cuyo artículo 5, establece que la mediación es de naturaleza administrativa, autónoma e independiente de las vías de jurisdicción ordinaria y, entre otros, tiene por objeto apoyarlas, lo cual se corrobora con lo dispuesto por el artículo 6, en el sentido de que el uso de la mediación, no interrumpe el término de prescripción de las acciones procesales, por lo que será importante que el Centro de Justicia Alternativa, desde el principio oriente a los interesados sobre esta situación. Llama la atención el artículo 6 de estas Nuevas Reglas, que establece la facultad de los órganos jurisdiccionales, para informar las particularidades de la mediación y orientar a las personas sobre las ventajas de una solución más rápida y satisfactoria en asuntos que lo ameriten, lo cual es positivo para las partes en conflicto, ya que les resulta muy desgastante y oneroso seguir un largo juicio.

Es conveniente comentar, el hecho de que el artículo 8 de las Nuevas Reglas establecen los siguientes principios rectores de la mediación:

Voluntariedad.- Las partes en conflicto deben ser libres para solicitarla;

Confidencialidad.- La información no debe ser divulgada;

Flexibilidad.- No debe ser rígida;

Neutralidad.- Estará exenta de juicios, preferencias, opiniones y prejuicios ajenos a las partes en conflicto;

Imparcialidad.- Estará libre de favoritismos, inclinaciones y preferencias;

Equidad.- Propiciará condiciones de equilibrio;

---

<sup>101</sup> Publicadas en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de fecha 25 de mayo de 2005.

Legalidad.- Tiene como límites la voluntad de las partes, la ley, la moral y las buenas costumbres, y;

Honestidad.- Se valorarán las capacidades y limitaciones del mediador para conducirla.

Respecto del mediador, el artículo 2 inciso d), de las Nuevas Reglas, lo conceptúa como el profesional de la mediación capacitado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para conducir el procedimiento de mediación y actuar como facilitador de la comunicación y la negociación entre los mediados, quien debe manifestar mediante un escrito denominado de autonomía, que no cuenta con ninguno de los impedimentos que señala el artículo 16 de las propias Reglas, consistentes entre otros, en la falta de capacidad para actuar en la mediación, su interés directo o indirecto en el asunto, el parentesco que tenga con los mediados.

Las reglas también prevén la figura del comediador, que es un auxiliar del mediador, que aporta conocimientos, experiencias y habilidades, así como la remediación, que es una etapa posterior a la mediación y que tiene que ver con el cumplimiento parcial o total del convenio celebrado o bien con la modificación del mismo por el surgimiento de nuevas circunstancias.

Asimismo, son importantes los requisitos que estas Reglas imponen tanto al mediador como el comediador; por un lado, la obligación que tienen de firmar dos escritos, uno de autonomía, en donde manifiesten no tener ninguno de los impedimentos establecidos por el artículo 16 de las Reglas y que tienen capacidad para conducir el procedimiento de mediación y otro escrito de confidencialidad, en el sentido de que no pueden divulgar lo revelado en las sesiones de mediación y, por otro lado, la obligación del mediado, de firmar un acuerdo de aceptación del servicio de mediación, la cual podrá realizarse hasta en siete sesiones, prorrogables por otras cinco, de común acuerdo entre mediado y mediador, debido al número y complejidad de los puntos en litigio (Artículos 2, 28 y 36).

**2.- Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO).**- En materia de conciliación y también en arbitraje, aunque sobre este último actualmente ha perdido fuerza, la Procuraduría Federal del Consumidor es una institución muy importante para resolver los problemas entre proveedores y consumidores, relacionados con la adquisición de bienes y prestación de servicios. La Procuraduría Federal del Consumidor es un

organismo descentralizado del Gobierno Federal, que de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley Federal de Protección al Consumidor que la creó, nació con objeto de regular y equilibrar las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores y es de destacarse que los servicios que presta son gratuitos y que ha beneficiado a grandes sectores de la sociedad de bajos recursos, antes alejados de la procuración de justicia; por esta razón se atribuyó a la Procuraduría Federal del Consumidor el sobrenombre de “El Paño de Lágrimas de los Pobres”, aunque en el extremo opuesto, al considerarse como inútil su existencia, se le puso este otro: “Elefante Blanco”.

Sin embargo, se debe reconocer que la Procuraduría Federal del Consumidor, es la institución pública por excelencia, de los medios alternativos de solución de controversias mercantiles, ya que cuenta con facultades para tramitar, entre otros procedimientos importantes, la conciliación, que tiene por objeto avenir los intereses de consumidores y proveedores y el arbitraje en amigable composición o en estricto derecho, cuando éstos la nombran expresamente para resolver la controversia, tarea en la que se ha ocupado desde hace más de 30 años, a partir de su creación.

El procedimiento conciliatorio ante la Procuraduría Federal del Consumidor, se regula por los artículos 111 a 116 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, mismo que puede resumirse de la siguiente manera: la PROFECO cita a las partes a una audiencia con objeto de avenir sus intereses, en ella el proveedor debe rendir un informe por escrito sobre los hechos de la queja, con base en los que el conciliador expone los puntos coincidentes y los de controversia, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto y los exhorta a que lleguen a un convenio, que se eleva a la categoría de laudo ejecutoriado, como cosa juzgada.

En el procedimiento conciliatorio, la PROFECO cuenta con la facultad de poder requerir a las partes documentos, elementos de convicción y practicar cualquier diligencia que estime pertinentes para la conciliación y para el ejercicio de cualquier otra atribución legal y las partes desde luego pueden aportar pruebas. Cabe señalar que la conciliación puede inclusive realizarse vía telefónica o por cualquier otro medio idóneo y la PROFECO, consumidor o proveedor, pueden solicitar que se confirmen por escrito los compromisos adquiridos, según lo estatuye el artículo 111 de la mencionada Ley.

Quiero hacer un paréntesis, es de llamar la atención la reforma al artículo 114, párrafo segundo, de las reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicadas en el D. O. F. de 4 de febrero de 2004, que concede facultad al conciliador, para solicitar la elaboración de un dictamen, a través del cual se cuantifique en cantidad líquida la obligación contractual, aunque no se especifica a quien debe solicitarse; una vez que las partes, en su caso, hayan hecho observaciones, el conciliador puede dictar un acuerdo de trámite que contenga el dictamen y que constituirá título ejecutivo no negociable a favor del consumidor, siempre que a juicio de la autoridad judicial, la obligación contractual incumplida que en él se consigne sea cierta y líquida.

Sobre el particular, opino que, sin restar el mérito que tiene el procurar la protección de los derechos del consumidor por cualquier medio, en este caso el mencionado dictamen desnaturaliza la conciliación, llevándola más allá de su finalidad, consistente en que las partes lleguen a un arreglo satisfactorio a sus intereses, ello desde luego en aras de beneficiar al consumidor, ya que prácticamente le prefabrica un título para ejercitar una acción ejecutiva, que aparentemente es más viable por rápida, en lugar de una civil que es más tardada, ya que, de cualquier forma, con audiencia del proveedor, es el juez quien deberá, en su caso, darle el carácter o no de título ejecutivo.

Asimismo, la Ley es omisa respecto de a quien puede el conciliador, solicitar la emisión del dictamen de mérito, aunque en el Transitorio Tercero de la reforma mencionada, se estableció que las reformas a los artículos 114, en lo relativo a la emisión del dictamen por parte de la Procuraduría, 114 BIS y 114 TER, entrarían en vigor un año después de la publicación del decreto, sujetándola a disponibilidad presupuestal para la operación de las unidades necesarias en la PROFECO, para realizar las funciones establecidas en tales artículos. La problemática expuesta de suyo es interesante y de seguro será objeto de un estudio minucioso, la constitucionalidad o no del mentado dictamen, que por lo visto no es objeto de este trabajo.

Ahora bien, de lograrse la conciliación, ésta deberá constar en un convenio aprobado por la PROFECO, que no deberá ir en contra de la ley, mismo que al igual que el acuerdo respectivo, no admiten recurso alguno, según los dispone el artículo 115 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. De no lograrse la conciliación, el conciliador debe exhortar a las partes para que designen árbitro a la PROFECO o a



algún árbitro independiente para solucionar la controversia y si no se admite el arbitraje, entonces, como lo ordena el artículo 116 de la mencionada Ley, se dejan a salvo los derechos de las partes.

El procedimiento arbitral se rige por los artículos 117 a 122 de la mencionada Ley, con la ventaja para consumidor y proveedor, de que no es necesario que medie reclamación o procedimiento conciliatorio algunos, sino que para su procedencia, basta con que manifiesten su voluntad de designar árbitro a la PROFECO, pero con la limitante de que ésta no podrá fungir como tal, cuando se trate de personas físicas o morales a que se refiere la fracción I del artículo 2 de la misma Ley, como aquellas que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros y el monto de lo reclamado exceda de la cantidad de \$ 319, 447.46, esto conforme al segundo párrafo del artículo 117 de dicha Ley.

Como ya lo mencioné, en la PROFECO se tramitan dos tipos de arbitrajes, en amigable composición y en estricto derecho (artículos 119 y 120 de la Ley), en el primero, el árbitro resuelve en conciencia y a buena fe guardada sobre los puntos cuestionados, pudiendo allegarse los medios de convicción que estime pertinentes, sin sujetarse a reglas legales, sin términos ni incidentes, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento, en cambio, en el segundo, en el arbitraje de estricto derecho, las partes deben formular compromiso y establecer las reglas del procedimiento, aunque el árbitro las puede establecer si no se ponen de acuerdo, que es lo que en la práctica se hace, pero dichas reglas deben ser acordes con los principios de legalidad, equidad e igualdad entre las partes y, en todo caso, se aplicará el Código de Comercio y a falta de disposición, el ordenamiento procesal civil local aplicable, que en el caso del Distrito Federal, es el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por otro lado, en materia de medios de impugnación, las resoluciones que se dicten durante el procedimiento arbitral, admitirán como único recurso el de revocación, que el árbitro designado debe resolver en un plazo no mayor de tres días y el laudo sólo está sujeto a aclaración dentro de los dos días siguientes a la fecha de su notificación, por lo que no admite recurso alguno (artículo 122 de la Ley). Finalmente, el laudo arbitral debe cumplirse o empezar a cumplimentarse dentro de los quince días siguientes a la fecha de su notificación, salvo pacto en contrario de consumidor y proveedor.

**3.- Centro de Arbitraje de México (CAM).**- En la misma materia de arbitraje, el Centro de Arbitraje de México, es una institución de carácter privado, cuya misión consiste en administrar la prestación del servicio de arbitraje comercial, en los términos de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, así como de su Reglamento Interior, (en lo sucesivo los mencionaré como el CAM, las Reglas y el Reglamento), de donde se pueden destacar las siguientes notas características:

El CAM, funciona a través de un Consejo General y un Secretario General, constituyéndose como un verdadero tribunal, que según el artículo 2. 11. de esas Reglas, designa al órgano de resolución de la controversia, el cual se integra por una o tres personas, llamadas árbitros. Se destaca la facultad de las partes de proponer el número de árbitros, las reglas del procedimiento, el lugar del arbitraje, el derecho aplicable e idioma, en su caso con intervención del Consejo General (Artículos 20, 21, 22, 23 de las Reglas) y se prevé la recusación y la sustitución de árbitros (Artículos 17 y 18 de las Reglas), mismos que antes de su nombramiento deben firmar una declaración de independencia ante las partes (Artículo 13, 1. y 2. de las Reglas)

Respecto de los términos para los actos procesales, previstos por las Reglas que se comentan, éstos no son rígidos, sino que se amparan en un procedimiento abreviado, que faculta a las partes para convenir la reducción de los plazos, con aprobación del Tribunal Arbitral, si se hace después de su nombramiento, sin perjuicio de la facultad del Secretario General, para prorrogar de oficio, cualquier plazo abreviado, cuando lo considere necesario para el cumplimiento de las responsabilidades de ambos (Artículo 42 de las Reglas).

En el procedimiento arbitral, conforme a los artículos 19 y 24 de las Reglas, una vez constituido el tribunal arbitral, éste recibe el expediente del Secretario General y redacta el Acta de Misión, en la que se plasman, entre otros, los nombres y domicilios de las partes y de los peritos, las pretensiones y puntos litigiosos a resolver, así como las reglas del procedimiento, a más de que el Secretario General, prepara un calendario procesal provisional.

En materia de costas de arbitraje, es importante señalar que las reglas establecen que ellas comprenden los honorarios y gastos de los árbitros, la tasa administrativa del CAM (estos gastos los determina el Consejo General), honorarios y

gastos de perito, gastos razonablemente realizados por las partes para defender sus intereses en el procedimiento arbitral y con motivo de éste (estos los determina el tribunal arbitral con base en el Arancel para el Cálculo de los Gastos del Arbitraje y también determina cual de las partes debe pagar las costas del arbitraje o en que proporción le corresponde a cada una) (Artículo 40 de las Reglas). Los honorarios y gastos de los árbitros, deben cubrirse mediante un depósito de fondos determinado por el Secretario General, mismo que podrá ser revisado y ajustado por modificaciones posteriores del monto en litigio y si son varias demandas y reconveniones, podrá fijar varios depósitos, corriendo a cargo de las partes su pago por cantidades iguales.

De tal manera que el pago de la tasa administrativa del CAM, previsto por el artículo 37 de las Reglas y según el arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje (Apéndice II), deberá cubrirse un anticipo de \$ 16,000.00, que debe acompañarse precisamente al escrito de demanda, sin el cual, la misma no puede ser tomada en consideración, anticipo que el CAM recibe definitivamente, sin reembolso posterior, lo cual deberá ser considerado por las partes que ocupan los servicios del CAM, porque ciertamente puede resultarles inconveniente el costo por utilizar estos servicios.

**4.- Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).**- Asimismo, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, también opera Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), ya que conforme a los artículos 60, 63 y 67 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (en adelante las mencionaré como la Ley), está facultada para actuar como conciliador entre las instituciones financieras y los usuarios, para lo cual recibirá la reclamación, con la que correrá traslado a la institución financiera dentro de los ocho días siguientes, requiriéndole un informe sobre los hechos que se le imputan y señalándole fecha de audiencia de conciliación, en la que el conciliador exhortará a las partes a conciliar sus intereses con propuestas de solución y de lograrse, las partes firman un convenio con fuerza de cosa juzgada y aparejada ejecución. De no lograrse la conciliación, la Comisión las invitará a que la designen árbitro o a alguno de los que les proponga.

Ahora que en el supuesto de que la institución financiera, no asista a la audiencia de conciliación o las partes no se sometan al arbitraje, de encontrar la Comisión elementos que permitan suponer la procedencia de lo reclamado, entonces,

previa solicitud del usuario y con audiencia de la institución financiera, podrá emitir un dictamen técnico que contendrá una valoración técnico-jurídica, elaborada con base en la información, documentos o elementos del expediente y adicionales que se haya allegado. Este dictamen es similar en cuanto a su objeto, al dictamen técnico que mencioné a propósito del procedimiento conciliatorio, que se tramita ante la Procuraduría Federal del Consumidor, que en este caso, como modo de presión, justifica su objeto tendiente a proteger los derechos de los usuarios de servicios financieros, aún cuando en mi opinión, también puede cuestionarse su inconstitucionalidad.

Por otro lado, para el caso de que se haya celebrado la audiencia sin conciliación de las partes, de ser procedente la reclamación, la Comisión ordenará a la institución financiera que registre contablemente el pasivo contingente que de la misma se derive; esto sirve para garantizar el cumplimiento de lo reclamado, de ser procedente la acción, lo cual por sí mismo, desde luego que beneficia a los usuarios de los servicios financieros tutelados por la Ley.

Por cuanto hace al arbitraje, éste puede ser en amigable composición o en estricto derecho, según lo convengan las partes, adhiriéndose total o parcialmente a las reglas establecidas por la Comisión y publicadas en el Diario Oficial de la Federación (Artículo 72 Bis de la Ley), a las que me refiero posteriormente en este mismo apartado.

En el arbitraje de amigable composición, llama la atención que en el artículo 73 de la Ley, se establece que el laudo debe ser emitido en conciencia, a verdad sabida y a buena fe guardada, es decir que no se sujeta a estricto derecho, lo que también debería comprender al procedimiento, sin embargo, se señala que las partes fijarán de común acuerdo y de manera específica las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, estableciendo las etapas, "formalidades", términos y plazos a que deberá sujetarse el arbitraje y que en todo caso, para lo no previsto en el procedimiento, es de aplicarse el Código de Comercio, cuyas normas hacen tan rígido el procedimiento, como ocurre con el arbitraje de estricto derecho, según lo expongo a continuación:

En el arbitraje de estricto derecho, el procedimiento queda sujeto a lo establecido por el artículo 75 de la propia Ley, aunque con las modificaciones que las

partes convengan, pero el laudo se dicta con estricto apego a las disposiciones legales aplicables. En el procedimiento, las partes pueden inclusive reducir los términos para interponer la demanda y su contestación, pero sin exceder de 9 días hábiles, el periodo probatorio es de quince días hábiles, que podrá ampliarse una vez, de los que los primeros cinco sirven para ofrecer pruebas, para desvirtuar las que haya ofrecido el demandado y los 10 días restantes sirven para el desahogo de todas las pruebas y se conceden cinco días para alegatos, que luego de ser analizados y valorados por el árbitro, este dicta el laudo correspondiente, sobre el que es factible la aclaración, dentro de las setenta y dos horas siguientes, siempre que se trate de errores de cálculo, de copia, topográfico o de naturaleza similar, pero sin constituir recurso legal alguno.

En cuanto a los medios de impugnación, según el artículo 78 de la Ley, en contra de las resoluciones de procedimiento, procede el recurso de revisión, que el árbitro resolverá en un plazo no mayor de 48 horas, y, por cuanto al laudo y las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución, aún cuando este artículo indica que procede el amparo, conforme a la siguiente tesis, aunque aislada, al pactar las partes la aplicación supletoria del Código de Comercio, hace necesario que como así lo establece su artículo 1461, el laudo debe ser reconocido como vinculante por el juez y pedir su ejecución y hasta entonces se estará en condiciones de interponer el juicio de amparo.

**COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (CONDUSEF). CASO EN QUE SUS LAUDOS NO CONSTITUYEN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA A QUE SE REFIERE EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE AMPARO.-**

Cuando en el compromiso arbitral las partes convinieron, por un lado, que en ese procedimiento se aplicarían las disposiciones contenidas en el artículo 135 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, así como el Código de Comercio, y a falta de disposición en este último, se acudiría al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y, por otro, que el laudo con el que culminara dicho procedimiento sólo admitiría como medio de defensa el juicio de amparo, pero sin que precisaran los efectos y alcances jurídicos de dicho laudo, se concluye que debe recurrirse al Código de Comercio que se señaló como supletorio, en especial el título cuarto del libro quinto, que se refiere al arbitraje comercial, del que se advierte que son requisitos previos para la promoción del juicio de garantías, el reconocimiento a que se refiere el artículo 1461 de dicha legislación, pues la circunstancia de que se haya pactado que el laudo sólo admita como medio de defensa el juicio de amparo, no lo exime de que se reconozca como vinculante en la vía incidental, conforme a los artículos 1461, 1462 y 1463 del Código de Comercio, lo que implica que la última resolución que conforme al artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo hace procedente el juicio de garantías, lo será la que reconozca el mencionado laudo arbitral.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Novena Epoca  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su  
Gaceta Tomo: XVII, Febrero de 2003 Tesis: XIV.2o.73 A Página: 1022 Materia: Administrativa  
Tesis aislada.

**Precedentes.-** Amparo en revisión 79/2002. Seguros Banamex Aegon, S.A. de C.V. 7 de junio de  
2002. Unanimidad de votos. Ponente: Paulino López Millán. Secretario: Darío Ayala Gutiérrez.

Volviendo a las Reglas de procedimiento de la CONDUSEF, que conforme al artículo 72 Bis de la Ley, pueden adoptar las partes en forma parcial o total, que fueron expedidas el 23 de junio del año 2000, éstas tienen por objeto establecer las normas para el desarrollo de los procedimientos arbitrales que se sigan ante la CONDUSEF y los árbitros que ésta proponga y entre otras disposiciones, se destacan las relativas a los servicios gratuitos de la CONDUSEF, cuando es nombrada árbitro y al arancel a que se sujetan los honorarios de los árbitros que la misma proponga (Artículos 4 y 45 de las Reglas); en cuanto al derecho aplicable, se establece que el árbitro debe aplicar al fondo del litigio, las leyes, usos y costumbres que regulen la materia objeto del arbitraje, salvo que las partes determinen que actúa como amigable componedor (artículos 25 y 26 de las Reglas); por cuanto al laudo, si es arbitraje en estricto derecho, debe estar fundado y motivado y si es en amigable composición, basta con que se expresen los motivos de equidad (Artículo 42 de las Reglas), resolviéndose en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada (Artículo 73 de la Ley).

**5.- Otros operadores de MASC.-** Finalmente, como lo mencioné en su oportunidad, en nuestro país existen otras instituciones que operan medios alternativos de solución de controversias (MASC), aunque ciertamente, en otras materias diferentes a la mercantil y que me permito señalar con el mismo objeto de evidenciar la tendencia del legislador, de introducir estos medios en la ley y crear instituciones para que los operen; tal es el caso del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, que de conformidad con el artículo 6o., fracción IX de la Ley de la Propiedad Industrial,<sup>102</sup> es un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, que como autoridad administrativa en materia de propiedad industrial tiene, entre otras facultades, la de fungir como árbitro en la resolución de controversias relacionadas con el pago de daños y perjuicios derivados de la violación a los derechos de propiedad industrial que tutela la ley, así como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico

---

<sup>102</sup> Publicada en el D. O. F. de 27 de junio de 1991.

(CONAMED), creada mediante decreto,<sup>103</sup> como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos y entre sus atribuciones, cuenta con la de intervenir en amigable composición, para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos, relacionados con actos y omisiones, negligencias, etc., así como fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan, cuando las partes se sometan voluntaria y expresamente al arbitraje (Artículos 1 y 4 del Decreto).

**IV.- Los MASCM en otros países.-** Es evidente que en el derecho positivo de muchos otros países, también se encuentran integrados los Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles (MASCM), puedo citar como ejemplos: Ley de Mediación y Conciliación de Argentina de 1996; Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica de 1998; Ley de Arbitraje de España de 23 de diciembre de 2003; Reglamento de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, España; Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de Lima, Perú; Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona, España; Ley General de Arbitraje de Perú; y muchas otras legislaciones y organismos de otros países sobre el uso de los Medios Alternativos de Solución de Controversias, especialmente en materia mercantil.

Debe reconocerse, que mientras en nuestro país, los Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles, se reducen al arbitraje, la conciliación, la mediación y la negociación, aunque suele también mencionarse a la transacción, ésta aceptada como MASC por algunos autores, en otros países se han desarrollado otros medios adicionales, en una muy variada terminología, para solucionar las controversias, en los que se han aprovechando la experiencia jurídica de jueces y de expertos en derecho, que se han constituido como personas altamente calificadas para emitir sus resoluciones y hacer recomendaciones a las partes en conflicto, lo cual sin duda contribuye a una mejor solución de las controversias, de los que a manera de ejemplo expongo el siguiente caso:

En los Estados Unidos de América, el uso de los MASCM es muy común y cotidiano, son los denominados *Alternative Dispute Resolution* (ADR), que contempla medios como la Negociación, Mini-Juicios (Mini trials), Concilio-Arbitrajes, Renta de un Juez (Rent-a-Judge) y Asistencia a la Corte (Court-Assisted ADR), medios que, a decir

---

<sup>103</sup> Publicado en el D. O. F. de fecha 3 de febrero de 2004.

de Carlos Rodríguez González-Valdez, han tenido una excelente aceptación y todo parece indicar que su uso se propagará cada vez más en todos los sistemas jurídicos, incluyendo obviamente al mexicano,<sup>104</sup> lo cual ha acontecido sin duda, ocupando un lugar destacado el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional.

Otros autores denominan a los MASCM, como: pequeño juicio; juicio privado; arbitraje derivado; juicio sumario ante jurado; oyente neutral; determinación por experto neutral; decisión no obligatoria; adaptación de contratos; consultas; investigación; mediación; conciliación; amigable composición; buenos oficios y; transacción procesal.<sup>105</sup>

Como se observa, el sistema jurídico del mencionado país, cuenta con muy variadas formas de solucionar las controversias, con una muy variada terminología, en las que como ya se mencionó, se aprovecha la experiencia técnica y jurídica de jueces y expertos en derecho, como personas altamente calificadas para emitir sus resoluciones y hacer recomendaciones a las partes en conflicto, para una mejor solución de las controversias; experiencias que valdría la pena analizar con profundidad y mucha seriedad, para con base en ello, estimar la conveniencia de aprovechar los resultados para su incorporación a nuestro sistema jurídico, pues no podemos negar que en nuestro país, también contamos con juristas de reconocido prestigio y en general, profesionales del derecho altamente capacitados, cuya experiencia bien que puede aprovecharse, para participar en esta importante tarea de impartición de justicia.

Por lo que hace a organismos que operan Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles (MASCM), en los Estados Unidos de América, se puede citar la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que se creó en 1926, con objeto de resolver controversias a través de la mediación, el arbitraje y otras formas de solución de controversias; es un órgano de servicio público, que cuenta con 38 sucursales. La Asociación administra alrededor de 8, 000 litigios anuales a nivel nacional, tiene un registro de 18, 000 árbitros y dicta reglas de ética para los árbitros y normas de conducta para los mediadores.

---

<sup>104</sup> Cfr. Rodríguez González-Valdez, Carlos. México ante el Arbitraje Comercial Internacional. 1a. Ed. Edit Porrúa, México 1999, pp. 39 a 43.

<sup>105</sup> Cfr. Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, El Arbitraje, los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias, Análisis y Práctica en México, Edit. Porrúa-UNAM, México 2004. p.12.



**V.- Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales (MASCMI).**- Primeramente debo señalar que acorde con la temática que se desarrolla, en los temas que se abordan en la presente tesis, que es relativa a la materia mercantil Internacional, he agregado la letra I a las siglas MASCM, generalmente utilizadas para referirse a estos tipos de medios en general, por lo que en lo subsiguiente aparecen como MASCMI, o sea Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales.

**A.- Concepto.**- En general, los medios alternativos de solución de controversias, se han definido como todos aquellos procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del aparato judicial, de forma pacífica y legal, y preservando un papel preponderante a las partes del conflicto.<sup>106</sup> Por mi parte, para la materia mercantil internacional, considerando la finalidad de estos medios, la fuente que les da origen, es decir, la costumbre, ley o la voluntad de las partes, quienes intervienen y quienes operan los MASCMI, me permito acuñar el siguiente concepto:

*“Medios alternativos de solución de controversias mercantiles Internacionales (MASCMI), son todos aquellos instrumentos que basados en la costumbre, la ley o la voluntad de las partes en conflicto, facultan la intervención de terceros particulares o instituciones públicas o privadas, para la solución de las controversias que se susciten entre ellas, con motivo de la celebración de contratos y convenios o alguna otra relación jurídica de carácter mercantil Internacional, evitando el proceso ante los tribunales estatales”.*

**B.- Naturaleza Jurídica.**- Podemos considerar que la naturaleza jurídica de los MASCMI, es la de proporcionar a las partes en conflicto, los medios e instrumentos que establecen las costumbres, la ley y los derivados de su voluntad, con objeto de que estén en posibilidad de solucionar sus controversias mercantiles de carácter internacional, por sí o a través de terceros como son personas físicas y morales y morales oficiales, evitando el proceso ante los tribunales estatales.

**C.- Clasificación.**- Los medios alternativos de solución de controversias mercantiles internacionales, pueden clasificarse desde diversos puntos de vista, en este caso, estimo que deben tomarse en consideración: la fuente que les da origen; su obligatoriedad; las partes que intervienen; su ámbito de aplicación y su costo; agrego ejemplos de la legislación mexicana y de la legislación internacional.

---

<sup>106</sup> Cfr. Dupuis, Juan Carlos. Mediación y Conciliación. 4a. edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 2004. p. 168.

**1.- Conforme a la fuente que les da origen.-** Son consuetudinarios, legales y consensuales. Los primeros constituyen la costumbre o aplicación de la Lex Mercatoria, los segundos se encuentran establecidos en la ley estatal y los terceros son aquellos que las partes pueden convenir en los contratos, convenios, acuerdo de arbitraje, cláusula compromisoria y otros instrumentos jurídicos.

Como ejemplo de los medios legales, en nuestra legislación tenemos la conciliación y el arbitraje previstos por la Ley Federal de Protección al Consumidor y el arbitraje previsto por el Código de Comercio, entre otros. En el ámbito Internacional, puedo citar la conciliación prevista por la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y las Normas Modelo de las Naciones Unidas para la Conciliación de Controversias entre los Estados*, mismas que fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

**2.- Por su obligatoriedad.-** Son obligatorios o voluntarios, en el primer caso, la ley los incluye en los procedimientos y deben ser agotados obligatoriamente por las partes y en los segundos, las partes optan voluntariamente por ellos.

Aquí podemos señalar como ejemplos de MASCM obligatorios y voluntarios: El artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, establece la celebración de una audiencia de conciliación obligatoria para procurar avenir los intereses de las partes >consumidor y proveedor<, pero si no hay conciliación, entonces las partes pueden voluntariamente someter la controversia al arbitraje según dispone el artículo 116 “En caso de no haber conciliación, el conciliador exhortara a las partes para que designen como árbitro a la procuraduría >Procuraduría Federal del Consumidor< o algún árbitro independiente para solucionar el conflicto”, inclusive, sin que medie reclamación o procedimiento conciliatorio previos, las partes pueden voluntariamente nombrar árbitro a la Procuraduría, como así lo dispone el artículo 117.

Otro ejemplo, aunque en materia laboral, se establece como obligatoria la conciliación, etapa que forma parte de la llamada audiencia trifásica >conciliación, demanda y excepciones y, ofrecimiento y admisión de pruebas, pues inclusive el

artículo 876, fracción VI de la Ley Federal del Trabajo, impone a las partes que no haya asistido a la conciliación, tenerlas por inconformes con todo arreglo.

**3.- Con relación a las partes que intervienen.-** Pueden ser privados o públicos, en el primer caso las partes que intervienen en los medios alternativos, son personas físicas o morales privadas y en el segundo, intervienen instituciones u órganos públicos o estados. Como ejemplo de los privados en nuestra legislación, puedo citar la conciliación y el arbitraje, contemplados por los artículos 111 y 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que se llevan a cabo ante la Procuraduría Federal del Consumidor y en los que intervienen personas físicas y personas morales privadas.

Mientras que en el ámbito internacional, tenemos la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 24 de junio de 2002, misma que reconoce el valor para el comercio internacional, de los métodos de solución de las controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa y que a ellos se alude con expresiones tales como conciliación, y mediación y términos similares y que se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales, lo cual corrobora lo que he venido expresando, en el sentido del uso cada vez más frecuente de los MASCOMI.

Asimismo, en el ámbito internacional, la Organización de las Naciones Unidas, ha hecho esfuerzos significativos para que los estados solucionen sus controversias por la vía pacífica, con uso de medios alternos al proceso, como es el caso de la solución pacífica y de la conciliación, en las siguientes normas de carácter internacional, aprobadas por la Asamblea General de la ONU:

- ✓ Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias internacionales, destacándose en la segunda declaración, que todos los estados arreglarán sus controversias internacionales, exclusivamente por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia y;
- ✓ Normas Modelo de las Naciones Unidas para la conciliación de Controversias entre Estados.- Considera a la conciliación como uno de los métodos de arreglo de

controversias entre estados, convencida de que el establecimiento de normas modelo para la conciliación de controversias entre estados, en que se incorporen los resultados de la labor científica mas reciente y de la experiencia en materia de conciliación internacional, así como numerosas innovaciones que se pueden introducir ventajosamente en la practica tradicional en esa esfera, puede contribuir al desarrollo de relaciones armoniosas entre los estados.

**4.- Con relación a su ámbito de aplicación.-** Pueden ser nacionales o internacionales, los primeros son regulados por las leyes de cada país, con intervención de personas físicas, personas morales o instituciones y los segundos generalmente son operados por organismos internacionales y se aplican leyes de igual carácter.

En nuestra legislación tenemos, por ejemplo, la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones,<sup>107</sup> que establece en su artículo 7, fracción V, que las Cámaras tendrán como objeto actuar como mediadoras, árbitros y peritos, nacional e internacionalmente, respecto de actos relacionados con las actividades comerciales, de servicios, de turismo o industriales en términos de la legislación aplicable y la normatividad que para tal efecto se derive de la misma y el artículo 9, fracción III, señala que las Confederaciones tendrán como objeto, desempeñar la función de árbitro en las controversias de sus confederadas, mediante un órgano constituido para tal efecto, conforme a la solicitud de éstas, como así se establece en el artículo 18, fracción X, a modo de obligaciones y derechos de las cámaras.

En el ámbito nacional, pueden mencionarse el Centro de Arbitraje de México, la Procuraduría Federal del Consumidor, y en el internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje, entre otros, los cuales serán analizados en el numero VI de este Capítulo. Por lo que hace a leyes internacionales en la materia, puedo citar la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y las Normas Modelo de las Naciones Unidas para la conciliación de Controversias entre Estados.

---

<sup>107</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 20 de enero de 2005.

**5.- Con relación a su costo.-** Los Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles pueden ser gratuitos y onerosos, los primeros son aquellos que se tramitan generalmente ante instituciones del Estado y que no implican costo alguno y por lo contrario, los onerosos son aquellos que generan, entre otros, el pago de cuotas o tasas administrativas, honorarios de conciliadores, mediadores o árbitros.

Por ejemplo, la conciliación y el arbitraje ante la Procuraduría Federal del Consumidor o la mediación ante el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, son de carácter gratuito, en cambio, el arbitraje en el Centro de Arbitraje de México, es de carácter oneroso, pues tan solo por la llamada Tasa Administrativa, conforme al Artículo 37 de las Reglas que lo rigen, así como el arancel para el cálculo de los gastos de arbitraje, los interesados tienen que cubrir cada uno la cantidad de \$16, 000.00, a la que debe sumarse el costo de honorarios, gastos de los árbitros y otros.

**D.- Tipos de MASCOMI.-** Existe una gran variedad de medios alternativos de resolución de controversias mercantiles Internacionales, se cuentan tres tipos básicos de negociación asistida: la conciliación (o facilitación), la mediación y el arbitraje no vinculante, aunque hay otros como la negociación y la avenencia, que constituyen procedimientos más o menos informales, es decir, en muchas ocasiones las partes configuran los procedimientos, según sus intereses particulares, esto hace muy difícil definir rígidamente y con precisión, cuáles son los principales medios existentes, por lo cual en muchas ocasiones se confunden. Esta característica de informalidad de los MASCOMI, hace que en la práctica, se presenten procedimientos mezcla de conciliación y mediación, o de mediación y arbitraje. Y no sólo eso, un proceso que se inicia como una conciliación, puede convertirse en una mediación, o en un arbitraje. Este fenómeno, lejos de ser un rasgo negativo de los MASCOMI, es una de sus principales ventajas. La flexibilidad de este tipo de procedimientos, que permite adaptarlos a las especificidades de cada caso, siempre ha sido uno de sus grandes aciertos frente a la rigidez de los procesos judiciales ordinarios.

**1.- La negociación.-** Se define a la negociación como un proceso voluntario, donde las partes controlan el resultado, así como los procedimientos a través de los cuales

alcanzan los acuerdos.<sup>108</sup> Entonces, la negociación es la comunicación directa que se da entre las partes con el propósito de acordar la solución y también ha sido definida como la ciencia y arte de procurar un acuerdo entre dos o mas partes interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados, comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos, que si se mantienen enfrentados, buscando una salida mejor a través de una decidida acción conjunta en lugar de recurrir a algún otro método.<sup>109</sup>

Es muy común que entre las empresas, ya en lo nacional, ya en lo internacional, al surgir una controversia, las partes en conflicto celebren reuniones con intervención de sus directivos u otros representantes, en las que analizan el caso en concreto y generalmente llegan a un arreglo satisfactorio para ambas y cumplen los compromisos asumidos en forma voluntaria, evitando con ello la erogación de recursos económicos en el proceso judicial estatal, o en otros medios alternativos de solución de controversias, en los que deben pagar la intervención de mediadores, conciliadores o árbitros, lo que da como resultado un significativo ahorro de tiempo y les permite mantener relaciones sanas, en otros negocios que se encuentren realizando, no menos importantes.

**2.- La avenencia.-** El autor Santiago Barajas Montes de Oca, señala que en la terminología procesal la avenencia se toma como sinónimo de conciliación. Para algunos autores, en particular franceses e italianos, la avenencia es en principio el acuerdo entre las partes, en tanto que la conciliación es el resultado de tal acuerdo; la primera puede ser una tentativa de solución, la segunda es la solución misma. En el Derecho Laboral, podemos encontrar la diferencia de grado entre avenencia y conciliación, pues en tanto aquella atañe al simple arreglo entre las partes, sin mayores formalidades, ésta forma parte de la instancia jurisdiccional ya que es obligatoria.<sup>110</sup> O bien, también se considera que la avenencia viene a significar el arreglo, transacción o negocio jurídico que se puede realizar mediante el acto de conciliación y precisamente con el cual éste cumple su principal objetivo, a saber, evitar a las partes la entrada en el proceso principal.<sup>111</sup> En todo caso, tanto la avenencia como la conciliación, tienen en común el fin que persiguen, es decir, que las partes lleguen a un acuerdo para solucionar la controversia.

---

<sup>108</sup> Cfr. Márquez Algara, Ma. Guadalupe. Ob. Cit. p. 75

<sup>109</sup> Cfr. Caivano Roque J. "Arbitraje" Editorial AD. HOC Villela Editor. 2a. Ed., Buenos Aires, Argentina, 2000. p. 47.

<sup>110</sup> Diccionario Jurídico Mexicano. 13a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM, México 1999. p. 296.

<sup>111</sup> Cfr. Mascarenas, Carlos E. "Nueva Enciclopedia Jurídica tomo III", Edit. Francisco Seix Editor, Barcelona, 1989. p. 192

**3.- La mediación.-** Es un procedimiento no adversarial, pacífico y cooperativo de resolución de conflictos. Su propósito es lograr un acuerdo rápido y sin los costos en tiempo, dinero y esfuerzo que llevaría un proceso judicial.<sup>112</sup> La mediación es utilizada para solucionar controversias entre los estados o entre particulares; así, la mediación puede definirse como medio pacífico de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional público y como medio privado de solución de conflictos. Conforme al primero, la mediación es uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer estado en un conflicto que involucra a otros estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo.<sup>113</sup> La mediación requiere la intervención de un tercero, quien se constituye únicamente como enlace entre las partes, para lograr su comunicación y estén en posibilidad de solucionar por su cuenta la controversia.

En cuanto al desarrollo del proceso de mediación, no existen pautas estrictas de organización. El carácter de flexibilidad, de estos métodos, hacen que sea muy difícil delimitar las fases necesarias, en las que debe consistir el proceso. La mayoría de los técnicos de la mediación, distinguen entre distintas etapas comunes del proceso, que más o menos siempre se cumplen. Hay diferencias en la caracterización de aquellas, por parte de los teóricos, pero suele distinguirse entre:

- a).- Primera fase.- En esta fase, las partes exponen su propia visión del problema (sin entrar aún en las posibles soluciones preferidas), que correspondería a una especie de fase de alegaciones.
- b).- Segunda fase.- Es Inmediatamente posterior, en la que se delimitan los puntos de la agenda a discutir, tratando de seleccionar todos los elementos del conflicto y de delimitarlos lo máximo posible, para discutirlos por separado.
- c).- Tercera fase.- Esta se destina a la discusión, propiamente.
- d).- Cuarta fase.- Es la de generación de propuestas de acuerdo.

---

<sup>112</sup> Cfr. Márquez Algara, Ma. Guadalupe. Ob. Cit. p. 85

<sup>113</sup> Cfr. Cruz Miramontes, Rodolfo; Oscar Cruz Barney Ob. Cit. p. 19.

e).- Quinta fase.- Es la de selección del acuerdo definitivo y de conformación del y firma.

Por supuesto, el desarrollo de todas estas etapas, dependerá de la naturaleza y la complejidad del asunto objeto de la mediación, así como de la presuposición y experiencia de las partes. Pero los esfuerzos teóricos por comprender y dividir convenientemente el proceso de mediación, sirven como guía y orientación en las planificaciones prácticas.

**4.- La conciliación.-** En general, se considera a la conciliación, como una audiencia previa a todo juicio civil, laboral o de injurias, en la que la autoridad judicial procura avenir a las partes con el fin de evitar el proceso,<sup>114</sup> o bien como un acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso.<sup>115</sup> La conciliación no solo puede darse en forma previa, sino durante o concluido el juicio, inclusive, pero siempre se requiere del acuerdo de voluntades de las partes en conflicto y de la intervención de un tercero denominado conciliador, quien sin aludir a cuestiones sobre los derechos de las partes para la posible resolución del fondo del problema, les plantea las posibles soluciones a que pueden llegar, través de la celebración de un convenio o bien de un contrato de transacción.

La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, define a la conciliación como todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (conciliador), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia, que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas.

La conciliación es también llamada facilitación, ya que es la forma más simple de negociación asistida. Como su propio nombre indica, el papel del tercero neutral (el asistente) >es más propio hablar de conciliador< va a ser únicamente el de conciliar a las partes o el de facilitar el acuerdo. Prioritariamente se encarga de resolver ciertos aspectos procesales: fijar fecha y lugar neutral para las

---

<sup>114</sup> Cfr. De Miguel Palomar, Juan. Diccionario para Juristas, Tomo I, Edit. Porrúa, México 2000. p. 345.

<sup>115</sup> Cfr. Barajas Montes de Oca, Santiago y Méndez Silva, Ricardo. Diccionario Jurídico Mexicano. 13a. Ed, Edit. Porrúa-UNAM. México 1999. p. 568.



conversaciones, diseñar una agenda de discusión con una limitación clara de los temas que hay que discutir, tratar que las partes acudan al acto con una buena predisposición, con un ánimo positivo y constructivo.<sup>116</sup>

En definitiva, el conciliador se va a preocupar de que las condiciones de la discusión, sean las adecuadas, para llegar a un acuerdo satisfactorio, para las dos partes. Opcionalmente, se puede encargar también de moderar el debate, tutelando la conversación, para facilitar la comunicación entre las partes, disolviendo pequeñas confusiones o malentendidos, calmando la crispación y relajando las tensiones que se produzcan, entre otras acciones. En general, el conciliador se abstiene de proponer soluciones concretas, o de acuerdo, por lo tanto, su papel, nunca puede ser activo hasta este punto. Sugiero el recurso de técnicas concretas de generación de acuerdos, (brainstormings u otras).

**5.- El arbitraje.-** Como lo he mencionado en varias ocasiones, el arbitraje es por excelencia el Medio Alternativo de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales (MASCMI), a que con mayor frecuencia se recurre para la solución de controversias y que desde hace décadas está tomado auge el arbitraje comercial a nivel internacional, desplazando a la jurisdicción estatal. De acuerdo con el autor español Roque J. Caivano, el arbitraje constituye una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales diferentes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto.<sup>117</sup>

El arbitraje también ha sido definido como un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitros o arbitrios), los cuales derivan sus

---

<sup>116</sup> Cfr. Dupuis, Juan Carlos. Ob. Cit., p. 170

<sup>117</sup> Cfr. Ob. Cit. pp. 49 y 50.

poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.<sup>118</sup>

En materia internacional, Juan Palomar de Miguel, define al arbitraje como el procedimiento para resolver por la vía pacífica conflictos internacionales sometiéndolos al fallo de otra potencia, de otra persona o de una comisión o tribunal.<sup>119</sup> En el apartado VI de este Capítulo, expondré con amplitud lo relativo al arbitraje, particularmente en materia comercial internacional.

**E.- Vías de acceso a los MASCOMI.-** Para acceder a los MASCOMI, las partes en conflicto son facultadas por la ley o por los tratados internacionales, o bien acuden a ellos por la costumbre o el acuerdo de sus voluntades, ya que pueden convenir la forma en que solucionarán la controversia que llegase a surgir entre ellas, desde el momento mismo de celebrar un contrato o un convenio, o en cualquier otro momento durante el juicio o inclusive una vez concluido, en términos de ley del tratado internacional, la costumbre basada en la Lex mercatoria, ello a través del denominado acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria, mediante los que pueden nombrar árbitro, el derecho aplicable, el idioma, la sede, etc., o bien nombrar conciliador o mediador, aunque existen algunas controversias propias de las materias familiar, penal y otras, que las leyes y tratados internacionales excluyen como objeto de los MASCOMI.

**1.- Vía legal.-** Respecto de la vía legal, en los ámbitos local y federal, los MASCOMI se encuentran incorporados en diversas leyes, ya sea como opciones en juicios específicos o bien dentro del procedimiento y por tanto obligatorios, o bien pueden estar establecidos en tratados internacionales; por ejemplo, en forma institucional, el Código de Comercio,<sup>120</sup> la Ley Federal de Protección al Consumidor,<sup>121</sup> la Ley de Protección y Defensa a Usuarios de Servicios Financieros,<sup>122</sup> establecen en su caso la conciliación y el arbitraje; en otras materias la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Distrito Federal,<sup>123</sup> en forma jurisdiccional, tanto en el Código de

---

<sup>118</sup> Cfr. Sequeiros, José Luis. "El arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada", Edit. Miguel Ángel Porrúa. Grupo Editores. México, 1992 p. 7

<sup>119</sup> Cfr. Ob. Cit. pág. 129

<sup>120</sup> Publicado en el D. O. F. de fecha 7 de octubre de 1889.

<sup>121</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 24 de diciembre de 1992.

<sup>122</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 18 de enero de 1999.

<sup>123</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal: de fecha 8 de julio de 1995 y en el D.O.F. del día 9 de igual mes y año.

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, como en la Ley Federal del Trabajo, la conciliación se establece como una etapa del juicio.

En materia de conciliación internacional, ya he mencionado con anterioridad, que establecen la conciliación la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y las Normas Modelo de las Naciones Unidas para la Conciliación de Controversias entre Estados, ambas aprobadas por la Asamblea General de la ONU, mismas que son aplicables a los estados parte.

**2.- Vía Consensual.-** Mediante la vía consensual, en convenios y contratos o en sus adendas, tratados internacionales o con base en las costumbres y usos de los comerciantes >Lex Mercatoria<, las partes en conflicto pueden pactar para la solución de la controversia, a través de un acuerdo de arbitraje o en la llamada cláusula compromisoria, la intervención de terceros, para que funjan como conciliadores, mediadores o árbitros, sean privados o públicos y por lo tanto, el uso de estos medios será consensual. Debe comentarse que la vía consensual no solamente es la puerta al uso de los MASCOMI, sino que opera como principio de autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, para decidir los medios de solución de la controversia, particularmente cuando se opta por el arbitraje comercial internacional, y para decidir también cual será el derecho aplicable y el lugar en que será substanciado el procedimiento.

Luego entonces, ya sea que la ley los establezca en forma obligatoria como etapa del procedimiento o como opción, o bien que los pacten las partes en conflicto, se advierte que con mayor frecuencia se recurre a los medios alternativos de solución de controversias, lo cual representa un paradigma para México y otros países, pues puedo afirmar que en nuestro sistema jurídico, existe un gran aparato institucional de impartición de justicia en todos los ordenes, niveles y materias, en tanto que se cuenta con tribunales locales y federales, la mayoría de ellos especializados para resolver controversias en materias civil, familiar, fiscal, mercantil, penal, laboral, administrativa, electoral, amparo y otras materias, y sin embargo, ahora debemos reconocer que éstos medios tradicionales de resolver controversias mediante el proceso, van perdiendo terreno frente a la conciliación, la mediación y principalmente al arbitraje internacional.

En el caso del arbitraje comercial, en el ámbito nacional se pueden citar las siguientes instituciones, ante las que puede ventilarse este medio alternativo para solucionar controversias: el Centro de Arbitraje de México (CAM), que como institución de carácter privado, tiene como misión administrar la prestación del servicio de arbitraje comercial; la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), que como organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, dentro de sus procedimientos se prevé el de la conciliación y puede fungir como árbitro, si así la nombran proveedores y consumidores para la solución de las controversias que someten a su consideración y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF), que como organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, puede fungir como árbitro y cuenta con autonomía técnica para emitir sus resoluciones y laudos.

Por cuanto a la mediación, es de mencionarse que el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, creó como parte del Tribunal Superior de Justicia, un Centro de Justicia Alternativa, que atiende asuntos en materia familiar, civil-mercantil y penal.

Muy relacionados con la materia mercantil, tenemos el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), que como organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, en su carácter de autoridad administrativa en materia de propiedad industrial, cuenta con facultades para actuar como árbitro, en la resolución de controversias relacionadas con el pago de daños y perjuicios derivados de la violación a los derechos de propiedad industrial, que tutela la Ley de la Propiedad Industrial.

En otras materias, tenemos al Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR), como organismo desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, que puede fungir como árbitro por ausencia absoluta o temporal de algún árbitro y cuenta con facultades para tramitar un procedimiento administrativo de avenencia, para dirimir de manera amigable un conflicto, surgidos con motivo de la interpretación o aplicación de la Ley Federal del Derecho de Autor; la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), que como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, cuenta con plena autonomía para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos;

En tanto que en el ámbito internacional, sobre centros que administran procedimientos de MASCMI, pueden citarse la Corte Internacional de Arbitraje, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, la Cámara de Comercio Internacional y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, los cuales han cobrado mucha fuerza ante los procesos de los tribunales estatales, a los que han venido desplazando paulatinamente en materia comercial, sobre todo a través del arbitraje.

**F.- Causas por las que se usan los MASCMI.-** Son muchas causas las que se han esgrimido, por las que en lugar de acudir al proceso, ante los tribunales estatales para la solución de controversias, se opta por el uso de los MASCMI; tenemos por ejemplo, que en México, el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, indicó que entre otros factores de la creación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se encuentran la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, la dilación de los juicios, el alto costo que implica el litigio, el desconocimiento del Derecho y de los procedimientos jurisdiccionales, así como la insatisfacción social frente a la resolución judicial, la ineficacia de la vía conciliatoria, la falta de profesionalismo en el patrocinio de los negocios jurídicos y la falta de una actitud institucional democrática que permita la participación de la ciudadanía en la resolución de sus conflictos.<sup>124</sup>

La sobrecarga de trabajo en los órganos de impartición de justicia, se debe en muchos casos, a la falta de respuesta por incapacidad de sus propios funcionarios y al alto número de asuntos que deben resolver y es de todos conocido, que el rigorismo que generalmente establecen las leyes sobre los procedimientos y los trámites ante los tribunales estatales, provoca que la impartición de justicia se vuelva lenta y engorrosa, en perjuicio de las partes que demandan la solución de la controversia en el menor tiempo posible, lo cual se traduce en la dilación de los juicios y de ahí algunos de los motivos que dan lugar al uso de los MASCMI.

. Aquí me permito transcribir la analogía que realiza el autor Miguel Díaz del proceso y la guerra: A manera de ejemplo véanse algunos términos bélicos y sus equivalentes jurídicos:

*“Los contendientes requieren un ejército (despachos de abogados); declaración de guerra (demanda); guerra preventiva (medidas precautorias); un general que comande al ejército (abogado principal); un campo de batalla (autoridades con jurisdicción);*

---

<sup>124</sup> Página Web del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

*dominio de reglas de ofensa y defensa (derecho procesal); conocimiento de la efectividad de las armas (deberes y derechos); fijar estrategias (escenarios de instancias procesales); uso de artillería (hechos); manejo de material bélico (argumentos legales); espacios de consulta (juntas de avenencia); municiones (dinero); declaración de victoria (sentencia favorable)”.*

Otras causas que se han aludido sobre la preferencia de los MASCOMI, son: una decadente impartición de justicia estatal; sistema legislado fuera de época; imposibilidad del Estado para resolver litigios interpartes específicos; y deseo de mejor armonía entre las partes;<sup>125</sup> a los que bien puedo agregar la corrupción de funcionarios y por lo tanto la falta de confianza de los gobernados sobre algunos órganos estatales de impartición de justicia, y esto no solo debe observarse por lo que respecta a México, sino que esta problemática también se presenta en otros países, en los que por supuesto, también se opta por el uso de medios alternativos de solución de controversias.

Es imposible negar la clara desconfianza que despierta a las partes en conflicto, dejar en manos de los órganos de impartición de justicia estatales, la solución de las controversias. Nuestro país no es la excepción en casos de corrupción y aunque no es el común denominador, cotidianamente se advierte la parcialidad con que se dictan resoluciones y sentencias, que afectan los derechos e intereses de los gobernados; confluyen en estos vicios en la impartición de justicia, sin duda alguna, la fabilidad humana, cuyos yerros en la aplicación de las leyes, son más que evidentes, pero que se conjugan con la mencionada corrupción, comúnmente de funcionarios encargados de impartir justicia: amén de otros factores políticos, económicos y sociales, así como de intereses particulares o colectivos de igual mezquindad, que rompen los principios fundamentales de impartición de justicia en nuestro Estado de Derecho.

Sobre el particular, Luis Miguel Díaz, en un artículo intitulado “*El Desaprender del Pensamiento Jurídico como Acceso a la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional*”, señala que cuando existe un conflicto legal, el funcionario gubernamental, el ciudadano común, el empresario, el ejecutivo, el comerciante o el inversionista piensan en recurrir ante una autoridad que decida (juez o árbitro). Hay que desaprender este perjuicio. La realidad común es que las partes de los procesos jurisdiccionales no tienen control sobre el proceso ni sobre el resultado. Hay gran

---

<sup>125</sup> Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto. Arbitraje Comercial Internacional en México, 2a. Ed. Edit. Oxford, México 2001. p. 2

incertidumbre. Este sistema generalmente deja insatisfechas a una o ambas partes, genera angustia y cuesta mucho, agregando dicho autor que el derecho procesal es la guerra disfrazada de derecho.<sup>126</sup>

Luego entonces, se cae en la cuenta de que la impartición de justicia por tribunales estatales en nuestro país, resulta cuestionada por insuficiente, ineficaz y deficiente, ya que no alcanza a dar respuesta a las necesidades de la sociedad que demanda la solución de sus controversias de una forma pronta, completa e imparcial, como lo exige dogmáticamente el artículo 17 Constitucional, ello aunado a la gran desconfianza que por deshonestidad de sus funcionarios, hoy gozan algunos órganos de impartición de justicia y de ello desde luego que no son ajenos sus pares en muchos países del mundo.

Bajo estas circunstancias, el proceso ya no se presenta como en su tiempo lo planteó Niceto Alcalá-Zamora, es decir, como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica al conflicto y que para que el proceso rinda esos frutos, es preciso que ese tercero imparcial que mediante él decide el conflicto, sea más fuerte que las partes entre sí enfrentadas para que llegando el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquéllas provenga;<sup>127</sup> esto ya perdió vigencia, es claro que ahora, principalmente los gobernados y aún los legisladores y como consecuencia los órganos de impartición de justicia, han venido desarrollando y aplicando estos otros medios que tienden a ser más rápidos, eficaces y económicos para solucionar controversias y que son de aceptación nacional y sobre todo internacional.

Sin embargo, existe otro factor muy importante en esta tendencia sobre los MASCMI y que es la globalización, como un fenómeno contemporáneo de origen eminentemente comercial, ya que existen también otros factores que garantizan su existencia y permanencia, como los políticos, económicos, financieros y sociales, que mantiene a muchos países en una interacción permanente y de tráfico de mercancías y prestación de servicios, en donde los convenios, los contratos mercantiles y las relaciones comerciales en general, ya no se regulan únicamente por el derecho nacional, sino que ahora es muy común la aplicación del derecho transnacional, principalmente de la Lex Mercatoria (usos y costumbres comerciales) y para dirimir las controversias en lugar de acudir a los tribunales estatales, generalmente se opta por el

---

<sup>126</sup> Cfr. Díaz, Luis Miguel. En Revista Jurídica. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Derecho Internacional, Vol. VI. Info Jus, Publicaciones Periódicas, México.

<sup>127</sup> Cfr. Alcalá-Zamora, Niceto. Ob. Cit. p. 14

arbitraje privado, a través de órganos creados ex profeso inclusive por convenciones internacionales.

**G.- Ventajas y desventajas de los MASCOMI.-** Deben reconocerse múltiples ventajas, en el uso de medios alternativos de solución de controversias en materia mercantil internacional, sobre todo del arbitraje, la negociación, la conciliación y la mediación, al tiempo que también pueden presentar desventajas o bien, para unas partes en conflicto pueden ser ventajas y para otras desventajas, como sería el costo por la intervención de terceros en la solución de la controversia, ya sea como árbitros, mediadores o conciliadores, como lo expondré posteriormente; en fin, paso a referirme a las ventajas y desventajas de los MASCOMI:

#### **1.- Ventajas:**

- a).- Flexibilidad.- Que se hace consistir en la amplia gama de soluciones, no comprendidas entre las que ofrecen los medios jurisdiccionales.
- b).- Intervención de terceros expertos.- A las partes les resulta más atractivo y seguro, el saber que quien va a intervenir para la solución de la controversia, es un verdadero experto en la materia, lo cual suele no ocurrir cuando se recurre al proceso estatal, en que los jueces tienen que conocer de muy diversas materias y por lo tanto no cuentan con la capacidad y técnica jurídica, suficientes para resolver asuntos especializados.
- d).- Neutralidad e imparcialidad.- Brindará mayor seguridad y confianza a las partes, el dejar la solución de la controversia, en manos de terceros neutrales, que actuarán con imparcialidad.
- e).- Conservación de negocios.- Para las partes, representa la posibilidad de cerrar el capítulo conflictivo y para que no se vean afectados, puedan continuar el cumplimiento de otros compromisos comerciales, vigentes entre las mismas empresas y no menos importantes.
- f).- Confidencialidad.- Es la confianza y seguridad de que los terceros profesionales, que intervienen para la solución de la controversia, no divulgarán secretos



industriales, tecnológicos, comerciales o de otra índole pertenecientes a las partes, a otros individuos o empresas.

- g).- Control de la ley aplicable y del procedimiento.- Con base en el principio de autonomía de la voluntad, que como se sabe, es nacional y mundialmente reconocido, las partes tienen la facilidad de formular conjuntamente, las reglas para el uso de los medios alternativos de solución de controversias, el procedimiento a seguir, pueden fijar los plazos, los términos y las fechas, así como determinar cuál será la ley aplicable al arbitraje y quienes serán los árbitros que habrán de dirimir la controversia, entre otros aspectos importantes.
- h).- Celeridad.- Como producto de las ventajas anteriores, los MASCOMI hacen factible resolver las controversias en forma más expedita, ya que los interesados requieren que se produzca la solución al conflicto en el menor tiempo posible, evitándose con ello seguir juicios ante los tribunales estatales, en que de suyo la resolución es mucho más tardada.

## **2.- Desventajas:**

- a).- Alto costo.- Cuando son de poco monto económico sus controversias, algunas personas físicas o morales tienen poca factibilidad de someterlas a los Medios Alternativos de Solución de Controversias Mercantiles Internacionales MASCOMI, ya que los costos de cualquiera de esos medios los rebasan, sobre todo si hablamos del arbitraje, cuyo costo se sabe, es particularmente alto, por lo que en estas circunstancias, las partes preferirán que las controversias sean resueltas por tribunales estatales. Sin embargo, para algunas personas o empresas que se desenvuelven en el gran mundo de los negocios financieros y mercantiles, tanto a nivel nacional como internacional, ciertamente puede resultarles muy accesible el costo, por la gran cantidad de recursos de que disponen en ese rubro y probablemente lo consideren hasta más económico.
- b).- Suspensión del procedimiento.- A diferencia de la impartición de justicia estatal, que es gratuita y por tanto los procedimientos no deben paralizarse, en los medios alternativos de solución de controversias, como son onerosos, la falta de pago interrumpe los procedimientos, en perjuicio de las partes.

**VI.- El Arbitraje Comercial Internacional.-** Ya mencioné antes, que no queda duda, de entre los medios Alternativos de Solución de Controversias, en este mundo globalizado, el arbitraje comercial internacional es el que presenta las mejores perspectivas de solución de conflictos, en una forma más rápida y confiable. Los comerciantes que intervienen en el comercio internacional, recurren con confianza a este medio para resolver sus controversias y todo parece indicar que en algunos años, será casi el único instrumento idóneo para resolver este tipo de conflictos. Por lo tanto, las legislaciones domésticas e internacionales y los organismos e instituciones que intervienen en esta materia, deberán prepararse y adecuar sus métodos y procedimientos para enfrentar los desafíos que presentan ya desde ahora, los cambios y la evolución de las relaciones comerciales, cada vez más complejas entre los individuos y entre los estados.

Un claro ejemplo de los desafíos que se presentan en materia de arbitraje comercial internacional, lo tenemos a la vista con el surgimiento del denominado “arbitraje de inversión”, respecto del cual, el autor Francisco González Cossio, señala que México se está convirtiendo en una de sus fuentes más dinámicas y ricas de conocimiento y experiencia en la materia.<sup>128</sup> Este tipo de arbitraje se refiere, en términos generales, a la afectación de las inversiones extranjeras en nuestro país, de empresas norteamericanas, por actos de gobierno, en sus diferentes niveles, como son los casos de negación de permisos y expropiaciones, en que los demandantes acuden ante instancias de arbitraje internacional, con base en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TELCAN).

En este orden de ideas y antes de entrar en materia, quiero destacar la importancia de un tipo de arbitraje, que al día de hoy ha sido ignorado; no ha sido considerado por la doctrina, ni regulado por la legislación ya nacional, ya internacional, mismo que denominaré como “*Arbitraje Comercial-Corporativo Internacional*”, respecto del cual me permito exponer cual es su objeto y sus notas características.

El objeto del Arbitraje Comercial-Corporativo Internacional, es el de dirimir controversias entre los accionistas de una persona moral mercantil (en nuestro sistema jurídico, la sociedad anónima y otros tipos de sociedades mercantiles y sus equivalentes en otros países), siempre y cuando los socios sean de distinta nacionalidad, ya que si bien dentro de los estatutos sociales de una empresa, se

---

<sup>128</sup> Cfr. González Cossio, Francisco. Aportación de México al Arbitraje de Inversión. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional Info Jus, Publicaciones Periódicas Derecho Internacional, Vol. IV, México.

incorpora una cláusula, mediante la cual los accionistas y la sociedad, se obligan a sujetar sus controversias futuras a la jurisdicción de determinados tribunales, no encuentro razón para no incluir, dentro del “contrato social”, una cláusula arbitral, mediante la cual, los accionistas expresen su voluntad de someter las futuras controversias que surjan entre ellos y la sociedad, al arbitraje comercial internacional y de ahí la denominación que le doy de *Arbitraje Comercial- Corporativo Internacional*.

Por causas naturales del objeto de esta investigación, no me es posible por lo pronto, hacer los planteamientos correspondientes sobre esta interesante figura jurídica internacional, sin embargo, espero que lo expuesto sea suficiente para continuar escribiendo y motivar los estudios pertinentes, de donde con base en el análisis jurídico y discernimiento legislativo, surjan propuestas para su incorporación particular en la legislación doméstica e internacional, como otro de los medios alternativos de solución de controversias mercantiles internacionales. Por mi parte, me propongo desde ahora retomar el tema en su debida oportunidad.

**A.- Generalidades.-** Es sabido que la palabra arbitraje, proviene del latín Arbitratus, de arbitror, que como quedó ya establecido en el apartado de medios alternativos de solución de controversias, es una forma heterocompositiva de solución de controversias, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes (en general, en ausencia del consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional) siguiendo un procedimiento que aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional.<sup>129</sup>

Aunque el arbitraje es una vía, que desde tiempos remotos, se utilizó para resolver controversias de carácter doméstico y público internacional, en la actualidad ha cobrado mayor fuerza, principalmente en materia comercial en el orden privado internacional, considerándose un instrumento práctico y útil, que evita los problemas, que generalmente surgen, cuando se sujeta una contienda a un tribunal de algún Estado. Una de sus claras ventajas, es la posibilidad de designar a un tercero imparcial, quien generalmente se considera altamente calificado por su preparación jurídica y porque no está involucrado ni presionado, por el cúmulo de trabajo, como regularmente lo están, los jueces quienes resuelven por la vía judicial.

---

<sup>129</sup> Flores García, Fernando. Diccionario Jurídico Mexicano, 13a. Ed. Porrúa-UNAM, México 1999 pág. 198

El arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares denominados árbitros. Ciertamente, por lo convencional, es un procedimiento privado. Estructuralmente, el arbitraje es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior, se encuentra el árbitro, quien es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por las mismas partes, para componer las diferencias que los separan.

Indudablemente que el árbitro, quien generalmente es nombrado por las partes, es un elemento esencial dentro del arbitraje. La mayoría de la doctrina y legislaciones que regulan esta materia, se refieren al órgano que resuelve la controversia como tribunal arbitral independientemente de que esté integrado por una o más personas. Es importante considerar, la posibilidad que generalmente se le otorga al órgano jurisdiccional, de elegir a la o las personas, que integrarán el tribunal arbitral en caso de que las partes no lo hagan. El tribunal arbitral, en esencia, viene siendo un Juez privado que, siguiendo un procedimiento seleccionado por las partes, bien sea de forma directa o indirecta, resuelve la controversia con la ventaja de que generalmente el ritual es menos severo que el del procedimiento judicial.<sup>130</sup>

Es así, que el tercero imparcial, a quien se encomienda la solución del litigio, asume la figura de arbitro, es decir, es la persona física o grupo de personas que intervienen por solicitud de los particulares para resolver, en conciencia, con determinada ciencia o en materia jurídica, un conflicto que se ha creado entre ellos y que es necesario que se resuelva en forma ágil y rápida.<sup>131</sup> En el sistema jurídico mexicano, son diversas las materias objeto de arbitraje, entre ellas la civil, familiar, comercial y penal; por corresponder la materia al presente estudio, me ocuparé del arbitraje comercial internacional.

**B.- Concepto.-** El arbitraje ha sido definido como un medio o una técnica, la cual va a tratar de resolver las diferencias surgidas entre las partes a través de la voluntaria sumisión de las mismas al fallo o laudo que debe rendir una tercera persona o comisión, no investida de autoridad jurisdiccional; y por lo que hace a las materias de carácter comercial, se dice que son aquellas que se suscitan en el tráfico mercantil (actos de comercio), en tanto que las que corresponden al ámbito de los negocios

---

<sup>130</sup> Cfr. Siqueiros, José Luis. Op. cit. p. 9.

<sup>131</sup> Cfr. Cervantes Martínez, Jaime Daniel. Ob. Cit. p. 19.

civiles, son aquellas en las que no intervienen los comerciantes como sujetos activos, sino que se rigen por las disposiciones propias del Derecho Común.”<sup>132</sup>

En el mismo tenor, César Sepúlveda señala que el arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelta conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de Derecho Internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final.<sup>133</sup> Asimismo, el arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.<sup>134</sup>

De lo asentado anteriormente, puede afirmarse que el concepto de arbitraje y la institución que representa, han sido mundialmente reconocidos y generalmente sin variaciones, en la globalización en que los mismos se desarrollan. Lo anterior, se ha demostrado en el hecho de que el desarrollo y progreso, que ha tenido la institución, se ha experimentado en todos los rincones del mundo, sin importar las diferencias económicas, sociales, políticas, jurídicas o de cualquier otra índole, que pudieran existir entre los países que intervienen y México, no ha sido la excepción.

Por mi parte, estimo que: *El arbitraje comercial internacional, es un procedimiento convencional por el cual, las partes convienen en someter su controversia a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que la resuelvan ya sea en estricto derecho o en amigable composición, conforme a las normas que establezcan, usualmente normas de Derecho Internacional.*

**C.- Naturaleza Jurídica.-** Para analizar y establecer cual es la naturaleza jurídica del arbitraje, es preciso tener presentes diversas cuestiones que podrían ser consideradas como problemas doctrinarios. Así, Para Fernando Flores García, existen dos

---

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Cfr. Sepúlveda, César. Ob. Cit. p.389

<sup>134</sup> Cfr. Siqueiros, José Luis. El Arbitraje en los Negocios Internacionales. 3a. edición, Edit. Escuela Libre de Derecho-Porrúa, México, 2002. p. 7.

corrientes que arrastran a los legisladores a adoptar posturas en las distintas reglamentaciones positivas:

- 1.- Los contractualistas o privatistas.- Quienes explican que la solución arbitral deriva de un acuerdo de voluntades de las partes en pugna. Entre ellos encontramos a Chiovenda, Wach, Weil, Rosenberg y Mattiolo.
- 2.- Los publicistas o jurisdiccionalistas.- Estos forman el sector teórico contrapuesto, quienes estiman al arbitraje como una función semejante o que se puede confundir con la que el juez oficial público realiza en su juzgamiento compositivo. Entre ellos encontramos a Mortara, Alcalá Zamora y Castillo.”<sup>135</sup>

Indudablemente, tengo que reconocer la naturaleza consensual del arbitraje, por lo que en este sentido, comparto la primera de las dos teorías mencionadas, ya que para que haya un arbitraje válido, es necesario que exista un acuerdo arbitral entre las partes, el cual, en la práctica moderna del comercio internacional, se debe celebrar por escrito, porque así lo requieren los tratados sobre arbitraje y demás legislaciones occidentales contemporáneas. En otras palabras, la piedra fundamental en la edificación arbitral, son los principios universalmente reconocidos de la autonomía de la voluntad de las partes y de *pacta sunt servanda*. Es decir, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos, y al celebrarlos, obran libremente y en igualdad, poniéndose de acuerdo fijando los términos del contrato, determinando su objeto.

Más sin embargo, la naturaleza consensual del arbitraje, al propio tiempo comparte como limitante, la preservación del orden público, que deriva de lo que en ese sentido establecen la ley, los convenios, las convenciones y los tratados internacionales, que resulten aplicables, por lo cual, una vez celebrado el contrato, las partes deben cumplirlo con apego a esa normatividad; habitualmente, la noción de libertad individual, se expresa diciendo, que todo lo que no está prohibido, está permitido.

Asimismo, se pueden considerar los tipos de relaciones jurídicas, que existen en el arbitraje privado comercial internacional, dentro de los cuales destacan: “(i) la relación entre las partes y el tribunal arbitral; (ii) en caso de que sea un arbitraje institucional, la relación existente entre la institución o centro arbitral y las partes, y; (iii)

---

<sup>135</sup> Flores García, Fernando. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I. 10a. Ed. Ediot. Porrúa, México, 2003. p. 178.

la que existe entre la institución y el tribunal arbitral. En el primer caso, se considera que estamos frente a un contrato de mandato, conforme al cual el o los árbitros (mandatarios) se obligan a dictar, por cuenta de las partes (mandantes), el laudo arbitral que pondrá fin a la controversia.”<sup>136</sup>

Con respecto a la relación que existe entre la institución arbitral y las partes, pienso que están en presencia de un contrato de prestación de servicios administrativos, mediante el cual, la institución o centro arbitral, se obliga a administrar el procedimiento, recibiendo como contraprestación, una cantidad determinada, bajo el concepto de honorarios o tasa administrativa. Finalmente, la relación entre la institución y el tribunal, podría ser calificada como un contrato de prestación de servicios, con algunos matices de mandato.

Es importante mencionar, que de manera general, no existen contratos escritos, que formalicen las relaciones jurídicas antes mencionadas, generalmente son acuerdos de voluntades, cuyas condiciones se derivan de los documentos paralelos al arbitraje, como pueden ser los reglamentos arbitrales y otros.

Otro tema importante es la materia sobre la cual puede realizarse el arbitraje, ya que, si bien es un medio de solucionar controversias, con muchos beneficios, hay que hacer notar que no se puede utilizar sobre cualquier materia. Asimismo, conviene determinar a qué rama del derecho corresponde el tipo de arbitraje privado comercial internacional, ya que algunos autores argumentan que podría pertenecer al Derecho Procesal, otros al Internacional y un tercer grupo está inclinado a ubicarlo en el Derecho Mercantil. Al respecto, sostengo que el arbitraje es una institución de derecho, que guarda estrecha relación y mucha influencia, con las ramas del derecho antes mencionadas, pero que pertenece al Derecho Mercantil Internacional, rama autónoma de reciente creación, con perspectivas a un crecimiento cada vez mayor.

Por lo tanto, considero que *La naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional, consiste en un procedimiento de naturaleza consensual, perteneciente a la rama del Derecho Mercantil Internacional, mediante el cual, las partes resuelven una controversia surgida entre ellas, siempre y cuando la misma, sea susceptible de ser arbitrada, mediante la designación de una tercera o terceras personas, que integran el tribunal arbitral, facultándoles con reglas establecidas previamente o en el momento*

---

<sup>136</sup> Ibidem. p. 179.

*que se pacta el ejercicio arbitral, ya sean leyes, convenciones o tratados internacionales, para resolver la controversia, autorizando al tribunal arbitral a emitir su decisión o sentencia llamado laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial.*

**D.- Tipos de arbitraje.** Resulta necesario efectuar un breve análisis de los diversos tipos de arbitraje y establecer con claridad, ciertas cuestiones terminológicas en el contexto de esta materia; es decir, precisar las semejanzas y diferencias entre los distintos tipos de arbitraje, para mejor entender el arbitraje comercial internacional, a saber: en equidad y en derecho o de estricto derecho, de Derecho Público y de Derecho Privado, nacional e internacional, comercial, civil y mixto, consensual y legal, institucional y ad-hoc y, finalmente, bilateral y multilateral.

**1.- En equidad.-** Es como en un principio se empezó a conocer esta institución jurídica y es aquel tipo de arbitraje que resuelve la controversia bajo el principio de *ex aequo, ex bono*, que significa lo que es equitativo, es bueno; es decir, resolver de acuerdo a la conciencia, buena fe guardada y verdad sabida del tercero que está conociendo el asunto.”<sup>137</sup> La persona que resuelve el asunto, es conocida como amigable componedor, siendo generalmente uno solo, el que actúa con esta voluntad.

Este tipo de arbitraje es conocido también como de amigable composición; lo encontramos, entre otros ordenamientos, en la Ley Federal de Protección al Consumidor cuyos artículos 118 y 119, indican que la designación de árbitro, se hará constar mediante acta ante la Procuraduría Federal del Consumidor, en la que se señalará claramente, los puntos esenciales de la controversia y si el arbitraje es en estricto derecho o en amigable composición y que en este último caso, se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto de arbitraje y el árbitro tendrá libertad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. El arbitraje en amigable composición se utiliza generalmente, para resolver conflictos de poco interés económico, en que no es necesario desahogar múltiples pruebas o en que las partes se someten al dictamen de un solo perito, prevaleciendo la buena fe guardada y la equidad en el laudo que se dicta.

---

<sup>137</sup> Cfr. Rodríguez González-Valadés, Carlos. Ob. cit. p. 70.



**2.- En Derecho.-** Este tipo de arbitraje se conoce como de *stricto iure*, de estricto derecho, ya que el o los árbitros, dictan el laudo para resolver la controversia, ajustándose estrictamente a reglas de derecho. Por ejemplo, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece en su artículo 120 que en el juicio arbitral de estricto derecho las partes formularán compromiso en el que fijarán las reglas del procedimiento, acordes con los principios de legalidad, equidad e igualdad entre las partes y de no hacerlo, las reglas serán fijadas por el árbitro y que en todo caso se aplicarán supletoriamente el Código de Comercio y a falta de disposición en él, el ordenamiento procesal civil local aplicable. Este tipo de arbitraje es el más utilizado en la actualidad, porque proporciona mayor seguridad jurídica a las partes.

**3.- De Derecho Público.-** Es el arreglo de los conflictos entre los estados, con sujeción a los dictados del Derecho Internacional, por árbitros designados por los gobiernos interesados, quienes se comprometen a consignar el laudo que recaiga como solución definitiva de la cuestión debatida.<sup>138</sup> En otras palabras, este arbitraje se realiza entre estados soberanos, sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. En estos casos, el Estado está dotado de *iure imperiis*, que es lo que distingue a éste, de los arbitrajes particulares.

Este arbitraje, tuvo mucha utilización en épocas anteriores, principalmente para resolver problemas relativos a límites territoriales, y en la mayoría de los casos, nombraban como árbitro a personalidades reconocidas y muy respetadas por todos, como podrían ser los papas, los jefes de estado o profesores eminentes. En la actualidad, los arbitrajes de Derecho Público, se utilizan en las controversias que surjan en la interpretación y aplicación de tratados bilaterales o multilaterales, ya que no hay tantos conflictos territoriales, como en otras épocas y la mayoría de las relaciones entre estados, se encuentran reguladas mediante este tipo de instrumentos internacionales.

Actualmente, las controversias entre estados, se resuelven principalmente por la vía diplomática, y en caso de fallar el intento diplomático, los estados acuden ante dos instituciones; La Corte Permanente de Arbitraje (también conocido como Tribunal Permanente de Arbitraje), y; La Corte Internacional de Justicia. Cuando el

---

<sup>138</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 10a. edición, Porrúa, México, 2003. p. 98.

asunto no es llevado al primero, para ser resuelto mediante arbitraje, el litigio será del conocimiento de la Corte, órgano judicial principal, de las Naciones Unidas.

**4.- De Derecho Privado.-** Este arbitraje se desarrolla entre sujetos o entidades de Derecho Privado; es decir, entre particulares. Es importante mencionar que el Estado (incluyendo a sus paraestatales), en virtud de la teoría de la doble personalidad, puede intervenir en este tipo de relaciones siempre y cuando lo haga en su calidad de *iure gestionis*, o sea, como otro particular.<sup>139</sup> En estos casos, el Estado actúa sin su calidad de soberano, es decir, se despoja de su facultad de imperium, pudiendo celebrar cualquier tipo de contratos y siempre obligándose en las mismas condiciones en que se obligan los particulares, es decir, de igual a igual, por lo cual estas relaciones quedan regidas por el derecho privado. Generalmente la administración pública paraestatal, actúa con esta calidad, por lo que se considera arbitraje privado. El arbitraje de Derecho Privado, es más usado en la actualidad, que el arbitraje de Derecho Público.

**5.- Nacional.-** Este tipo de arbitraje se utiliza cuando todos los elementos que constituyen la contienda, como el objeto del arbitraje, las partes, el derecho sustantivo que regirá la forma de resolver, ya sea en amigable composición u otros, corresponden a la legislación de un mismo país; es decir, la problemática se plantea dentro de un sistema jurídico único. Es difícil establecer una línea totalmente marcada, para diferenciar entre un arbitraje nacional y otro internacional, ya que cada caso concreto, permite saber si estamos frente a uno u otro, de conformidad con las mencionadas circunstancias.

**6.- Internacional.-** Por lo contrario, este tipo de arbitraje, surge cuando alguno o algunos de los elementos de la contienda, anunciados en el número anterior, se encuentran relacionados o son regulados por la legislación de dos o más países. En otras palabras, este tipo de arbitraje se presenta, siempre y cuando exista un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, al surgir cualquier conexión con otra legislación, distinta a la interna.

---

<sup>139</sup> Cfr. Álvarez Soberanis, Jaime. El Régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras. 4a. Ed. Edit. Themis, México, 2002. p. 79.

**7.- Comercial.-** El arbitraje comercial se realiza al estar en presencia de un acto mercantil. En nuestro sistema jurídico, el artículo 75 del Código de Comercio, que en seguida transcribo, menciona de manera enunciativa, algunos casos en los cuales estamos en presencia de un acto mercantil, ya que en su última fracción, señala que lo serán cualesquiera otros actos de naturaleza análoga y que en caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

Art. 75 del Código de Comercio.- La ley reputa actos de comercio:

- I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;
- II.- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV.- Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V.- Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI.- Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;
- VII.- Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII.- Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;
- IX.- Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI.- Las empresas de espectáculos públicos;
- XII.- Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII.- Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;
- XIV.- Las operaciones de bancos;

- XV.-** Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- XVI.-** Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- XVII.-** Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII.-** Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
- XIX.-** Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX.-** Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
- XXI.-** Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- XXII.-** Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
- XXIII.-** La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
- XXIV.** Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
- XXV.-** Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.
- En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

En la mayoría de los casos, podría resumirse el concepto comercial, en intermediación y lucro; es decir, siempre que se encuentre con una finalidad de especular, en las operaciones entre particulares, podría suponer, estar en presencia de materia que podría quedar sujeta al arbitraje comercial.

**8.- Civil.-** Por simple exclusión, en nuestro sistema jurídico, el arbitraje civil es aquel que no es comercial; es decir, no tiene relación directa con el tráfico mercantil o no está regido por ordenamientos mercantiles; en otros países, los códigos regulan en el mismo ordenamiento los contratos civiles y los contratos mercantiles, como por ejemplo; Italia, Alemania y Suiza, o como el common law, en que no se distinguen entre contratos civiles y contratos mercantiles.

**9.- Mixto.-** En este tipo de arbitraje, para una de las partes, el acto en el que intervienen, tiene naturaleza comercial y para la otra civil. Al respecto, puedo mencionar, que si observamos este problema desde un punto de vista nacional, según el artículo 1050 del Código de Comercio en vigor, se resolvería conforme a las leyes mercantiles, y desde el punto de vista meramente internacional, la esencia del Derecho Mercantil Internacional, es tratar de regular el mayor número de operaciones, y esto se confirma según lo establecido en el pie de página del artículo 1o de la Ley Modelo. Por lo tanto, se puede incluir dentro del arbitraje comercial. Consecuentemente, es de suma importancia, determinar frente a qué tipo de materia estamos, ya que esto depende la regulación jurídica aplicable.

**10.- Consensual.-** Este tipo de arbitrajes, representa en su máxima expresión, el principio mundialmente reconocido de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que estas, de común acuerdo, deciden pactar el arbitraje para solucionar su controversia, pudiendo expresarlo antes de que surja ésta, durante o aún con posterioridad. En el Derecho Internacional Público, este tipo de arbitraje, generó la creación de los pactos bilaterales de arbitraje, a principios del siglo pasado, para materias derivadas de un tratado o para cualquier controversia, que pudiere surgir entre las partes. En el Derecho Internacional Privado, generó la creación de la cláusula arbitral y del compromiso arbitral, conceptos que tratare más adelante.

**11.- Legal.-** Cuando la ley, invita a las partes a acudir al arbitraje, para solucionar el conflicto surgido entre ellas, quienes pueden optar por aceptarla o acudir directamente al proceso judicial. En nuestra legislación interna, encontramos ejemplos de este tipo de arbitraje, con mención expresa de determinados organismos, que actúan como árbitros, por ejemplo, la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su artículo 116 señala que las partes pueden ser exhortadas por el conciliador, para designar arbitro a la Procuraduría Federal del Consumidor o algún árbitro independiente para solucionar el conflicto. El artículo 1051 del Código de Comercio prevé la libre elección de las partes, de resolver sus controversias a través de un procedimiento mercantil convencional ante tribunales (se rige por los artículos 1052 y 1053), o bien, optar por un procedimiento arbitral, al que dedica el Título Cuarto del Libro Quinto (artículos 1415 a 1463), que se sustancia ante un tribunal arbitral, integrado por un árbitro o

más, nombrados por las partes o con intervención del juez, quienes resolverán en derecho o en amigable composición o en conciencia,

**12.- Institucional.-** Este arbitraje es administrado por una institución arbitral, quien generalmente utiliza sus propias reglas procedimentales expedidas con anterioridad, aunque algunas instituciones aceptan la administración, bajo un juego de reglas distinto al elaborado por ellas. También se pueden hablar de arbitrajes semi-administrados, pues la mayoría de las instituciones, dentro de la variedad de sus servicios relativos a algunas etapas en el procedimiento, como sería el caso de la designación de los árbitros, la celebración de las audiencias, la designación de peritos, entre otros; sin embargo, desde nuestro punto de vista, en estos casos estaríamos en presencia de un arbitraje *ad-hoc* y no de uno institucional.<sup>140</sup>

Este tipo de arbitraje, se puede pactar al celebrar un contrato o con posterioridad. Lo recomendable es acordar, mediante la cláusula arbitral, como prever la solución del problema, en caso de presentarse. Todas las instituciones arbitrales, tienen una cláusula modelo a seguir, que, aunque cumplen con un denominador común, existen diferencias de forma y redacción. Se identifica a este tipo de cláusulas con los contratos de adhesión o la utilización de los *incoterms*, ya que las partes, después de decidir, acudir al arbitraje, mencionan la institución arbitral, que administrará el procedimiento y, automáticamente, se generan consecuencias jurídicas, que varían, según lo establecido en cada reglamento; en otras palabras, no es necesario transcribir toda la regulación utilizada por la institución arbitral, para determinar su aplicación.

a).- Ventajas.- Es preciso señalar que, entre las ventajas del arbitraje institucional, están las siguientes: incorporación automática a un conjunto de reglas; experiencia acumulada de la institución en la administración de procedimientos; listas de árbitros que están integradas por personas preparadas en diversas materias; participación del secretario del tribunal arbitral que representa un gran apoyo de trabajo a éste; cuerpo supervisor del procedimiento arbitral y el personal entrenado para administrarlo con que cuenta la institución, y revisión de forma a las decisiones del tribunal arbitral, y; en cuanto al fondo, llamar la atención y hacer recomendaciones en posibles errores de derecho.

---

<sup>140</sup> Cfr. Rodríguez González Valdés, Carlos. Ob. cit. p. 76.

b).- Desventajas.- La desventaja principal de este tipo de arbitraje, es su tendencia a ser oneroso por todos los servicios que se prestan; posible, aunque escasa burocratización de las instituciones; ausencia de control de las partes del arbitraje, y; en ocasiones, el hecho de que los términos establecidos en las reglas creadas por las instituciones son muy cortos.

**13.- Ad-hoc.-** Es el arbitraje que se caracteriza por no contar, con la intervención de alguna institución arbitral que administre el procedimiento. El tribunal arbitral, pudiendo ser un solo árbitro, se encarga de la administración total y directa, aunque en ocasiones y como ya se ha hecho mención, se puede Comisión de las Naciones Unidas apoyo a alguna institución para determinadas etapas, sin que esto lo convierta en un arbitraje institucional.”<sup>141</sup>

Las reglas procesales utilizadas en la solución del conflicto, pueden ser creadas en su totalidad por las partes o pueden adoptar algunas reglas, expedidas con anterioridad por algún órgano, o combinación de los dos supuestos mencionados. El ejemplo más claro de reglas expedidas por un órgano, es el Reglamento Facultativo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, el cual, es el instrumento básico adoptado por la ONU, y parece ser, el instrumento más compatible con los distintos sistemas legales existentes en el mundo. Es recomendable que las partes adopten reglas ya creadas por alguna institución, porque redactar reglas para un caso concreto, puede representar la erogación de una gran cantidad de dinero y tiempo perdido y, lo más importante, correr un riesgo innecesario. A continuación, me refiero a las ventajas y a las desventajas de este tipo de arbitraje:

a).- Dentro de las ventajas del arbitraje *ad-hoc*, encontramos principalmente: su flexibilidad; es decir, que la forma de solucionar el conflicto, se adapta a la disputa en particular y atiende a todos los deseos de las partes; esto es el resultado de una cooperación entre las partes y principalmente, entre sus abogados. Lo anterior, nos lleva a concluir que la principal diferencia entre el arbitraje *ad-hoc* y el institucional, es como la existente entre un traje hecho a la medida y uno comprado después de confeccionarlo.

b).- Desventajas del arbitraje *ad-hoc*.- Se destaca una, que igualmente podría ser considerada como ventaja, el hecho de que las partes y sus abogados, realicen o

---

<sup>141</sup> Ibidem. p. 78.

determinen qué reglas se van a aplicar al caso concreto. Se califica como ventaja o desventaja, dependiendo de la eficacia y a la experiencia de los abogados en materia de arbitrajes, las cuales, en ocasiones, son nulas; por otro lado, pueden surgir problemas de difícil solución, cuando no se cuenta con reglas claras, o falta el espíritu de cooperación entre las partes; otro inconveniente, es que las partes o el tribunal arbitral, tienen la carga de un trabajo administrativo, que puede ser pesado y costoso, al no poseer la estructura necesaria al respecto.

Por último, es necesario saber en qué ocasiones se debe recurrir al arbitraje institucional y en cuáles al *ad-hoc*. Al respecto, debo hacer notar que la elección no es fácil. En un mundo ideal, la elección se debería realizar una vez que se presentara la controversia; sin embargo, en este caso, las partes únicamente adoptarían el camino que más beneficios personales les represente, sin buscar la solución más justa.<sup>142</sup> Para seleccionar qué tipo de arbitraje es el conveniente, se debe tomar en cuenta, la naturaleza del asunto, observando diversos aspectos, por ejemplo: qué clase de tribunal se requiere, qué procedimiento se debe seguir y si es recomendable que las partes cooperen y tengan la disponibilidad suficiente, para hacerlo dentro del proceso de formulación de las reglas que regirán el caso. En la práctica, lo recomendable hacer la elección, antes de la disputa.

Estimo que un elemento fundamental, para elegir entre uno y otro arbitrajes, es analizar si se trata de una pequeña o mediana empresa, la que es parte en el conflicto, caso en el cual, se recomienda el *ad-hoc*, por lo costoso que llega a ser el institucional.

**14.- Bilateral.-** En este tipo de arbitraje, intervienen dos partes en el conflicto. Cada parte, puede estar formada a su vez, por varias personas, sean físicas o morales, independientemente de ser un consorcio o simplemente porque tienen los mismos intereses, en la solución del conflicto.

**15.- Multilateral.-** En este arbitraje participan más de dos partes y quizás sean más de dos controversias. Existen diversas situaciones que pueden encuadrar en estas hipótesis. El beneficio de acumular varias controversias, en el momento de buscar su solución, sería evitar decisiones incoherentes, posibilidad que puede ocurrir, si las

---

<sup>142</sup> Cfr. Goldman, Marvin. Ob. Cit. 193.



controversias relacionadas entre sí, son objeto de arbitrajes separados. Otra ventaja, es ahorrar tiempo y dinero (por ejemplo: cuando pruebas y argumentaciones pertinentes en más de una controversia, se examinan una sola vez, para todas las controversias).

La práctica ha demostrado, que las situaciones en donde intervienen varias partes, pueden llevar a ciertas complicaciones en el procedimiento, mismas que requieren ser tratadas con profundidad y delicadeza. Los problemas pueden surgir desde la redacción de la cláusula arbitral, pasando por el desarrollo del procedimiento arbitral, hasta ejecutar el laudo arbitral. Al igual que otros temas, el arbitraje multilateral, amerita una investigación por separado; sin embargo, mi propósito, es dejar claro, que la comunidad internacional ha estado trabajando en la regulación jurídica de este tipo de arbitraje y en un futuro se verán incrementados los procedimientos, en donde intervengan más de dos partes.

De manera particular, puede verse el trabajo que al respecto ha hecho la CNUDMI al respecto en el 26o. y 29o. períodos de sesiones. Esta Comisión ha pensado que algunos de los problemas, que pueden surgir en estos arbitrajes son:

“La dificultad de que las partes se pongan de acuerdo en el acuerdo arbitral y en la audiencia previa. Y más aún cuando se trata de realizar el acuerdo arbitral una vez surgida la controversia; es decir, que se pretenda elaborar un compromiso arbitral. Uno de los motivos de esta dificultad de ponerse de acuerdo puede deberse a que una parte no permita que una persona que no es parte en el contrato objeto de la controversia tenga acceso a hechos relativos a dicho contrato. Que los acuerdos de arbitraje aplicables a las diferentes controversias prevean métodos diferentes de nombramiento de árbitros. Los intereses pueden variar en la medida de que cada parte desee nombrar a un árbitro (estas circunstancias obstaculizan el nombramiento de los tribunales arbitrales de uno o tres miembros).”<sup>143</sup>

La solución a estos problemas, abarca: la elaboración de una cláusula de arbitraje multilateral; la determinación en el método de creación del tribunal arbitral (una solución parcial, sería otorgar el nombramiento de los miembros que integran dicho tribunal, a una autoridad o a una institución arbitral); la elaboración de una guía que explique las características, ventajas e inconvenientes del arbitraje multilateral; la

---

<sup>143</sup> CANACO. Reglamento de Mediación y Arbitraje. En folleto de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Departamento de Arbitraje de México. Departamento de Arbitraje Comercial, México, 2001. p. 21.

promoción de la audiencia previa, para solución de diversos aspectos, que surjan después de la instalación del tribunal arbitral; la elaboración de una guía o disposiciones reglamentarias, en materia de acumulación de acciones ordenada por los tribunales, así como; la promulgación de la modificación a las legislaciones arbitrales domésticas, de los países que intervengan en este tipo de arbitrajes.

Para terminar, debo indicar, que se pueden hacer combinaciones de los distintos tipos de arbitraje, ya señalados, y para ubicarse en el tema de este trabajo, se tiene que reunir los elementos del arbitraje de origen convencional, privado, comercial e internacional, pudiendo ser en equidad o en derecho *ad-hoc* institucional y bilateral o multilateral.

**E.- Cláusula compromisoria.** La cláusula arbitral, se pacta antes de surgir la controversia. Este medio, es conocido como arbitraje profiláctico o cláusula compromisoria. “Expresa la voluntad de las partes para someter al arbitraje las controversias futuras que puedan suscitarse con motivo del contrato, en el cual está incluida tal cláusula. Dicha cláusula debe contener los elementos necesarios para poder resolver satisfactoriamente la controversia, como son entre otros: si se trata de un arbitraje institucional o *ad-hoc* (generalmente se establece el arbitraje institucional), la sede del arbitraje, el idioma o idiomas a utilizar, las reglas sustantivas aplicables y adjetivas si se trata del arbitraje *ad-hoc*.”<sup>144</sup>

El compromiso arbitral, es el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ha surgido la controversia entre ellos; es decir, es un convenio que indica cuál es la controversia, cuya solución será objeto del arbitraje, precisando: las partes, si trata de un arbitraje institucional o *ad-hoc*, las reglas sustantivas y de procedimiento, el o las personas que integrarán el tribunal arbitral para la atención del asunto o en su caso, la forma de su designación y la facultad que se les otorga, entre otras cuestiones. En general, es un acuerdo de voluntades, como el anterior; pero se formula de manera más detallada.

El convenio arbitral, es reconocido por pocos autores, entre ellos, Humberto Briseño Sierra, quien lo identifica como aquel acuerdo posterior al surgimiento del problema objeto del litigio, pero a diferencia del compromiso arbitral, se celebra por un medio distinto, ya que puede estar contenido en un simple canje de cartas,

---

<sup>144</sup> Cfr. López Velarde, Rogelio. El Arbitraje Internacional. 6a.-Ed. Edit. Oxford, México, 2002. p. 188.

telegramas, telex o inclusive facsímil o cualquier otro medio similar. El convenio arbitral, surge de tratados internacionales, como es el caso del artículo II de la Convención de Nueva Cork,<sup>145</sup> mismo que señala:

#### Artículo II2

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Aunque el artículo antes mencionado, no considera otros medios, por los cuales se puede llevar a cabo el convenio arbitral, como el caso del facsímil y el intercambio electrónico de correo (e-mail), no se debe interpretar su exclusión, ya que hay que recordar que dicha Convención, se suscribió en el año de 1958.

Por su parte, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercio Internacional, creada por la CNUDMI, establece en su artículo 7, la manera en que se puede expresar la voluntad de someterse al arbitraje,<sup>146</sup> en el que se incluyen medios de telecomunicación, mismo que se transcribe:

#### Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

a) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

b) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen

---

<sup>145</sup> Cfr. Briceño Sierra, Humberto. El Arbitraje Comercial. Doctrina y Legislación. 2a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2002. p. 97.

<sup>146</sup> Ibidem. p. 98.

constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Debo indicar que el acuerdo arbitral tiene plena autonomía. Es decir, si se declarara la nulidad del contrato objeto de la contienda, no afectaría la validez del acuerdo igualmente, si se declara nulidad del acuerdo, no afecta la validez del contrato, celebrado entre las partes. Al hablar de la autonomía del acuerdo arbitral, no hay ninguna diferencia, si éste está contemplado en una cláusula, compromiso, o convenio arbitral.

Según Rogelio López Velarde, en cuanto a la cláusula compromisoria, la jurisprudencia se ha encargado de establecer de una manera general, y así lo prevén las reglas de procedimiento de las distintas instituciones privadas que atienden al arbitraje, que corresponde al árbitro resolver sobre la validez de la cláusula, independientemente de los vicios que pudieren encontrarse en el contrato.<sup>147</sup>

En síntesis, la cláusula arbitral, no debe ser complicada ni larga. Mientras más clara y corta sea, denotará mayor efectividad. La ambigüedad es el peor enemigo y se traduce en el gasto de tiempo y dinero.

De ahí la necesidad de crear una cláusula que se adecue, al caso concreto y sea lo más clara posible, siendo más importante, la claridad, que la elocuencia. Sin embargo, se debe tomar en cuenta, el tipo de arbitraje de que se trata, ya que si estamos en presencia de uno institucional, es posible que la cláusula sea corta y completa, pero si es frente a uno *ad-hoc*, generalmente la cláusula debe abarcar demasiados aspectos y; por consiguiente, es imposible que ésta sea breve.

**F.- Laudo arbitral.-** El laudo es la forma normal de terminación de las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de su posible corrección, aclaración o complemento, y una vez dictado (laudo definitivo) produce como efecto inmediato el cese de los árbitros en sus funciones, porque a partir de ese momento cesa su jurisdicción, ya que las

---

<sup>147</sup> Cfr. López Velarde, Rogelio. Op. cit. p. 190.

actuaciones posteriores (anulación del laudo y ejecución) están atribuidas a los órganos jurisdiccionales.<sup>148</sup>

El laudo que pronuncian los árbitros, o laudo arbitral, ha sido definido como la sentencia emitida por los árbitros, tanto como de derecho como de equidad, que pone fin a la controversia que les ha sido sometida por las partes,<sup>149</sup> o bien, en derecho procesal laudo es la decisión definitiva de los árbitros o amigables compondores sobre las decisiones comprendidas en el compromiso en derecho laboral, laudo es el convenio colectivo o el estatuto profesional encaminados a conciliar intereses encontrados, en busca del equilibrio entre partes afectadas por una relación de trabajo.<sup>150</sup>

Lo cierto es que el laudo se equipara a la sentencia en general, ya que resuelve de fondo la controversia sometida al arbitraje, cuenta con similares elementos estructurales, es decir, el resultando, los considerandos y los puntos resolucivos, que desde luego son vinculatorios para las partes.

**G.- Legislación Internacional sobre Arbitraje Comercial.-** Como también lo he mencionado, en el ámbito internacional existen diversos órganos que administran MASCOMI, con base en convenciones, tratados, convenios, comisiones, reglamentos, entre otros, esencialmente en materia de arbitraje comercial internacional, de los que nuestro país es parte y por tanto son de observancia obligatoria, las que menciono en seguida y que me propongo analizar en este inciso, para posteriormente referirme a los órganos que operan MASCOMI:

- ✓ Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, que data de 1934;
- ✓ Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada desde el 10 de junio de 1958;
- ✓ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional y su Reglamento, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975;

---

<sup>148</sup> Cfr. Cordón Moreno, Faustino. El Arbitraje de Derecho Privado, Edit. Thomson-Civitas Aranzadi. 2005. P 226

<sup>149</sup> Cfr. Mascareña, Carlos E. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIV, Edit Francisco Seix, Barcelona 1978, p. 827

<sup>150</sup> Cfr. Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, Tomo II, Edit. Buenos Aires, Argentina, 1986. p. 403.

- ✓ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, dada en la Ciudad de Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979.

Asimismo, en materia comercial internacional, son de mencionarse los diversos acuerdos y tratados internacionales de los que México es parte, como es el caso del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, también el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, celebrado entre Canadá, Estados Unidos de América y México (TELCAN),<sup>151</sup> en el que se establecen diversas formas de solución de controversias, entre las que pueden señalarse las consultas, la conciliación, los buenos oficios, la mediación y desde luego el arbitraje, en el que a más de aplicarse el propio tratado, son de aplicarse el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que cuenta con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

**1.- Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.-** Celebrada el 10 de junio de 1958, aunque entró en vigor el 7 de junio del siguiente año y fue ratificada por México hasta el 14 de abril de 1971:

De acuerdo con el artículo I de la Convención, la misma es aplicable al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan origen en las controversias entre personas naturales o jurídicas y también se aplica a sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución.

Es de destacarse que la Convención establece que, en el momento de firmar o ratificar la Convención, todo Estado quedó facultado para adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión a todos los territorios, cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo o a uno o varios de ellos y a base de reciprocidad, declarar que la Convención aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, dictadas únicamente en el territorio de otro Estado contratante y declarar

---

<sup>151</sup> Publicada en el D. O. F. de fecha 14 de diciembre de 1993.

que solo aplicará a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno (artículo I, 3.)

La Convención establece como requisitos para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales:

a).- Presentar con la demanda el original de la sentencia, el acuerdo de arbitraje firmado por las partes, acompañando en su caso la traducción correspondiente al idioma del Estado solicitado (artículo IV).

b).- Lo anterior por sí solo no implica que el Estado reconozca y ejecute la sentencia, ya que puede negarlo en los siguientes casos:

- ✓ Si la parte a quien perjudica acredita la incapacidad de alguna de las partes conforme a la ley aplicable.
- ✓ Si el acuerdo arbitral no es válido conforme a la ley convenida o la del Estado en donde se dictó la sentencia.
- ✓ Cuando no fue debidamente notificada del nombramiento de árbitros o del procedimiento de arbitraje.
- ✓ Cuando la sentencia no se ajuste o se exceda de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria de arbitraje.
- ✓ Que la constitución del tribunal o el procedimiento arbitrales no se ajusten a lo convenido por las partes o a lo dispuesto por la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
- ✓ Que la sentencia aún no es obligatoria para las partes o se anuló o suspendió por una autoridad competente del país en que se efectuó el arbitraje y
- ✓ Porque conforme a la ley de ese país la materia de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el reconocimiento o ejecución de la sentencia contarían al orden público de dicho país.

**2.- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional y su Reglamento.**- Esta Convención se celebró en Panamá el 30 de enero de 1975, entró

en vigor el 16 de junio de 1976 y fue ratificada por México el 15 de febrero de 1978:<sup>152</sup> (se celebró con base en la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial de 1934):

En esta Convención se fijan las bases a que se sujeta el arbitraje comercial internacional, a partir del acuerdo escrito firmado por partes en conflicto, canje de cartas, telegramas o telecomunicaciones por telex y presenta las siguientes características:

- a).- Se convienen el nombramiento de árbitros, o la designación la delegan en persona física o moral, los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros y a falta de acuerdo, el arbitraje se lleva a cabo conforme a las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (arts 1 a 3 de la Convención).
- b).- En cuanto a los laudos no impugnables, conforme a la ley o reglas procesales aplicables, tienen fuerza de sentencia judicial ejecutoriada.
- c).- La ejecución o reconocimiento de los laudos, puede exigirse como las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, de acuerdo a la ley del país donde se ejecuten y los que se establezcan por los tratados internacionales.
- d).- Como en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la Convención Interamericana instrumenta requisitos muy similares para solicitar la ejecución del laudo y para denegarla por parte del Estado solicitado
- e).- Asimismo, el artículo 12 de esta Convención, establece su vigencia indefinida con la facultad de los Estados partes de denunciarla, cesando sus efectos transcurrido un año.

Por cuanto al Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, que entró en vigor el 1 de abril de 2002, este es aplicable al arbitraje que las partes convengan en el contrato que hayan celebrado, de conformidad con las siguientes previsiones:

---

<sup>152</sup> Página Web de la Oficina de Derecho Internacional de la OEA



- a).- Conforme al artículo 3 del reglamento, la parte que inicie el arbitraje debe notificar a su contraparte y solicitarlo al Director General de la Comisión, informando los nombres y domicilios de las partes, copia de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje, referir el contrato del que deriva el litigio, naturaleza general de la demanda, el monto involucrado, la materia y objeto que se demanda y la designación de un árbitro si se trata de un arbitraje de tres árbitros y acompañar a la solicitud el escrito de demanda.
  
- b).- Salvo convenio en contrario de las partes, se nombran tres árbitros, uno por cada parte, quienes nombran al tercero que será el Presidente del tribunal Arbitral, pero las partes pueden optar por un solo árbitro y en todo caso, la omisión de nombrar los árbitros da lugar a que los nombre la Comisión.
  
- c).- Respecto del nombramiento de los árbitros, el mencionado Reglamento establece ciertas reglas, para garantizar que estos sean independientes e imparciales, que sean de nacionalidades distintas a las de las partes en conflicto y la posibilidad de ser recusados por dudarse de su independencia e imparcialidad o sustituidos por muerte o renuncia (arts. 5 a 10 del Reglamento)
  
- d).- El lugar del arbitraje puede ser señalado por las partes y si lo omiten puede hacerlo inicialmente la Comisión y en definitiva los árbitros, pero el tribunal arbitral puede reunirse en cualquier lugar que estime pertinente para celebrar audiencias, reuniones de consulta u oír testigos o inspeccionar bienes o documentos y a falta de acuerdo de las partes determinar el idioma o idiomas a emplearse en las actuaciones, puede ordenar que a estos sean traducidos los documentos que se presenten en idioma original y también puede tomar las medidas provisionales que estime necesarias sobre el objeto del litigio y para la conservación de los bienes, como ordenar el depósito con un tercero o que se vendan los bienes perecederos, lo cual puede hacer constar en un laudo provisional. Asimismo, el tribunal tiene facultad para dirigir el arbitraje conforme a este Reglamento, pero tratando a las partes con igualdad y dándoles oportunidad de hacer valer sus derechos.
  
- e).- Por otro lado, el tribunal arbitral puede dictar diversos tipos de laudos; el definitivo que resuelve el fondo del litigio, es inapelable y obligatorio para las partes, las que deberán cumplirlo sin demora, laudos provisionales y laudos interlocutorios o parciales. Al fondo del asunto, aplica la ley convenida por las partes y por su

omisión, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicable y puede resolver como amigable componedor o como ex aequo et bono si las partes lo autorizan y si la ley aplicable lo permite y, en todo caso, el tribunal arbitral decidirá conforme a lo estipulado en el contrato, considerando los usos mercantiles aplicables al caso.

f).- Finalmente, cabe señalar que a petición de las partes, el laudo puede ser interpretado o corregido por el tribunal arbitral, de errores de cálculo de copia o tipográfico u otros y también pueden solicitarle, dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral, omitidas en el laudo.

**3.- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.-** Celebrada en la Ciudad de Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979, entró en vigor el 14 de junio de 1980 y fue ratificada por México el 2 de febrero de 1986, la cual establece las siguientes particularidades:

a).- En su considerando, la Convención establece que la administración de justicia en los Estados americanos requiere su mutua cooperación para los efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en sus respectivas jurisdicciones territoriales y por disposición de su artículo 1, sus normas son aplicables en lo relativo a laudos arbitrales, en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

b).- Asimismo, esta Convención precisa su aplicación a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados partes, salvo reserva del Estado limitándola a sentencias de condena en materia patrimonial, pero con la facultad también de declarar al momento de ratificarla, que igual aplica a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados de delito (art. 1)

c).- Ahora bien, la eficacia extraterritorial que persigue esta Convención, de las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales, que inclusive puede ser parcial, se encuentra sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- ✓ Que por sus formalidades estos instrumentos se consideren auténticos en el estado de procedencia;
- ✓ Que al igual que los documentos que se les anexen estén debidamente legalizados y traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- ✓ Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia internacional para dictarlos;
- ✓ Que tengan carácter ejecutorio o fuerza de cosa juzgada en el Estado donde se dictaron;
- ✓ Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución;
- ✓ Que el demandado haya sido notificado o emplazado conforme a la ley del Estado donde deban surtir efectos y:
- ✓ Que se haya asegurado la defensa de las partes.

d).- Para acreditar el cumplimiento de los requisitos mencionados en el inciso anterior, es menester presentar copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional, de la notificación o emplazamiento del demandado y en donde conste la defensa de las partes, así como del auto que declare que la sentencia o laudo tiene carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada.

e).- Finalmente, esta Convención establece que la ley del Estado en que se solicita el cumplimiento de las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales, para asegurar su eficacia regulará los procedimientos y la competencia de los órganos judiciales.

**4.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.-** Es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985; constituye uno de los más grandes esfuerzos para uniformar las reglas en los juicios

arbitrales, no solamente de carácter internacional en donde desde luego se ha adoptado, sino que se ha convertido en modelo para regular el arbitraje en las leyes locales de los países miembros de la ONU, como por ejemplo el Código de Comercio mexicano que en el Título Cuarto del Libro Quinto (Artículos. 1415 a 1463) regula el arbitraje en forma muy similar y lo mismo ocurre con la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial internacional, aprobada por la CNUDMI el 22 de junio de 2002 y que goza de igual aceptación.

En esta Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, se define el acuerdo de arbitraje, como: el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, acuerdo que debe constar por escrito inserto en el contrato como cláusula compromisoria o en documento aparte o bien por intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de comunicación o que se derive de la demanda y su contestación, cuando una parte afirma su existencia y la otra no la niega (artículo 7).

En la Ley Modelo, se destaca la facultad que se concede a las partes, para convenir en el nombramiento, recusación y sustitución de árbitros, derecho aplicable, nombramiento de peritos, audiencias, procedimiento a que se sujetará el tribunal arbitral, los términos, el lugar del arbitraje y el idioma y a falta de acuerdo, se prevé la intervención del tribunal arbitral, mismo que se integra por tres árbitros, de los que cada parte nombra uno y estos designan el tercero o bien pueden nombrar un solo árbitro y este integrará el tribunal y en su caso, el nombramiento de árbitros puede realizarse por la autoridad competente.

Entonces, ya sea que el tribunal o alguna autoridad competente nombre los árbitros, deben procurar que sean de nacionalidad distinta a la de las partes y garantizar su independencia e imparcialidad, so pena de poder ser recusados y en su caso sustituidos.

Además de las facultades ya mencionadas, que esta ley le confiere al tribunal arbitral, se destacan la de resolver como cuestión previa o en un laudo, las excepciones de incompetencia, existencia o validez del acuerdo de arbitraje, también puede decidir sobre las medidas provisionales cautelares, que les soliciten las partes y fijar las garantías correspondientes, a quienes debe tratar con igualdad y darles plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Por lo que hace al laudo, el tribunal arbitral debe emitirlo motivado, salvo convenio de las partes que disponga otra cosa, mismo que estará sujeto a corrección de errores de cálculo, de copia o tipográfico y a interpretación si lo acuerdan las partes, lo cual pasará a formar parte del laudo, en contra del cual, procede recurso de nulidad ante un tribunal competente del Estado respectivo, por las siguientes causas: incapacidad de las partes; indebida notificación de designación de árbitros, actuaciones arbitrales o que no pudo hacer valer sus derechos; que el laudo se refiera a controversia diversa, o se excedió de los términos del acuerdo de arbitraje; que el tribunal arbitral o el procedimiento no se ajustó al acuerdo de arbitraje; que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje según la ley del Estado, o que es contrario al orden público de éste.

Finalmente, en materia de ejecución del laudo, la ley establece que cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y que a petición escrita del interesado al tribunal competente será ejecutado, para lo cual, deberá acompañar el original autenticado del laudo o copia certificada, el original del acuerdo de arbitraje o copia certificada y en su caso la traducción del laudo al idioma oficial del Estado, pudiendo denegarse el reconocimiento o ejecución del laudo, por las razones a que ya se hizo referencia con anterioridad.

## **H.- Operadores de Arbitraje Comercial Internacional.**

**1.- Corte Internacional de Arbitraje**, fundada en 1923, forma parte de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), fundada a su vez en el año de 1919, actualmente opera medios alternativos de solución de controversias(MASCOMI), a través de la aplicación de los Reglamentos de Conciliación y de Arbitraje de dicha Cámara, misma que agrupa a cientos de compañías y asociaciones miembros de más de 130 países y desde su creación ha administrado más de 10, 000 arbitrajes internacionales de partes y árbitros de más de 170 países y territorios y por ello se reconoce al arbitraje como el sistema más eficaz de solución de controversias en el comercio internacional.<sup>153</sup>

Conforme a los lineamientos del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1998, cuenta con facultades de administrar arbitrajes, de acuerdo con las siguientes notas distintivas:

---

<sup>153</sup> Página Web de la Cámara Internacional de Comercio.

a).- En el artículo 1, 1. y 2., del Reglamento, se establece que la Corte Internacional de Arbitraje, tiene la función de proveer a la solución de las controversias, mediante arbitraje, tanto de carácter nacional como internacional, surgidas en el ámbito de los negocios, aunque carece de facultades para resolverlas por sí misma, y cuenta también con la función de asegurar el cumplimiento del mencionado Reglamento.

b).- El procedimiento arbitral presenta las siguientes características:

- ✓ Conforme a los artículos 4, 2. y 4. del Reglamento de Arbitraje, la Corte interviene desde el inicio del proceso arbitral con la presentación de la demanda, con facultades para requerir al actor del pago del anticipo omitido sobre gastos administrativos (costos del arbitraje y honorarios) y para revisar prima facie, es decir, a primera vista, la existencia de un acuerdo de arbitraje para decidir si este continúa, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de las excepciones interpuestas sobre su existencia, validez o alcance (Artículo 6, 2. del Reglamento)
- ✓ La Corte interviene en el nombramiento de árbitro único, nombra árbitro cuando alguna de las partes se abstiene de nombrarlo y salvo previo acuerdo de las partes, nombra al tercer árbitro, quien asume el carácter de presidente del tribunal arbitral (Artículo 8 del Reglamento). El tribunal arbitral se constituye con uno o tres árbitros (Artículo 2, 1. del Reglamento); en todo caso, las resoluciones de la Corte sobre el nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de árbitros son definitivas (Artículo 7, 4. del Reglamento); a propósito del árbitro o árbitros nombrados, conforme al artículo 7, 1. y 2., del Reglamento, estos deben mantenerse independientes de las partes en conflicto, por lo cual, antes de su nombramiento o confirmación, deben suscribir una declaración de independencia.
- ✓ Otras facultades de la Corte, son el señalar la sede del arbitraje, salvo convenio de las partes (Artículo 14, 1.); prorrogar de oficio los plazos que hubiesen sido reducidos por las partes (Artículo 32, 1. y 2.): revisar y en su caso modificar y aprobar de forma, previamente a su firma, los laudos dictados por el tribunal arbitral, a quien podrá llamar la atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia (Artículo 27) y asimismo, tiene a

su cargo la función de asegurar la aplicación del Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional.

- ✓ El procedimiento ante el tribunal arbitral, se rige por el Reglamento y en lo que éste no prevea, por las normas determinadas por las partes o por el propio tribunal, mismo que deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso (Artículo 15); mientras que conforme al artículo 17, las normas relativas al fondo del asunto, serán las convenidas por las partes y a falta de acuerdo, las que el tribunal considere apropiadas, considerando lo convenido en el contrato y los usos comerciales y en su caso conforme los poderes de amigable componedor o bien si están facultados para decidir ex aequo et bono, que significa justo y bueno, decisión con ánimo de equitativo y benévolo; finalmente, es de indicarse que a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral es quien determina el idioma del arbitraje (Artículo 16)
  
  - ✓ Ahora bien, conforme al procedimiento establecido por los artículos 18 a 23 del Reglamento, una vez que la Secretaría de la Corte le remite el expediente con la demanda, su contestación y documentos inherentes, con base en éstos el tribunal arbitral emite el documento llamado Acta de Misión, en el que se precisan, los nombres y domicilios de las partes y de los árbitros, un resumen de las pretensiones, las sumas reclamadas y los puntos controvertidos, la sede del arbitraje y los poderes que le hayan conferido las partes conforme al párrafo anterior. Adicionalmente al Acta de Misión, con la previa consulta de las partes, el tribunal arbitral elaborará un calendario provisional para la conducción del proceso arbitral, que dará a conocer a las partes y a la Corte. Cabe señalar que el tribunal arbitral se encuentra facultado para ordenar a solicitud de parte, con las garantías correspondientes, las medidas cautelares o provisionales que correspondan, mismas que deberán ejecutarse con intervención judicial.
- c).- Por lo que hace al laudo, el tribunal tiene seis meses para dictarlo, contados a partir de la fecha de la última firma del tribunal o de las partes, en el Acta de Misión o de la fecha en que la Secretaría notifique la aprobación del acta por parte de la Corte, misma que podrá prorrogar dicho plazo (Artículo 24); el laudo debe dictarse motivado y es obligatorio para las partes, quienes deben cumplirlo sin demora, estimándose que han renunciado a cualesquiera vías de recurso, a

las que puedan renunciar válidamente (Artículos 25 y 28), el laudo final deberá fijar los costos del arbitraje e indicar cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción debe repartirse entre ellas; dichos costos incluyen los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la Cámara de Comercio Internacional, determinados por la Corte conforme al arancel vigente a inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje (Artículo 31).



## **CAPÍTULO CUARTO**

### **REGLAS GENERALES DE APLICACIÓN COMÚN A LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES**

**I. Comercio Internacional.-** La historia ha demostrado que el Derecho Mercantil, sea nacional o internacional, se caracteriza y diferencia de las otras ramas del derecho, porque trata de regular aquellas situaciones que de hecho, por los usos y costumbres, se dan entre los comerciantes, pues así como lo mencioné en el Capítulo Primero de esta tesis, la práctica del comercio y la solución de las controversias por parte de los mercaderes reunidos en gremios y corporaciones, fue creando un conjunto de normas de origen consuetudinario, así como los consulados encargados de dirimir las controversias, se convirtieron en verdaderos tribunales, que administran justicia sin sujetarse a formalidad alguna y dictaban sus sentencias con base en usos y costumbres generalmente aceptados, pero no transcurrió mucho tiempo sin que se recogieran por escrito las decisiones de los tribunales consulares, nacieron así, merced a esa doble práctica estatutaria y jurisdiccional de las corporaciones, las primeras colecciones de normas de Derecho Mercantil, lo cual aconteció al crearse los estados nacionales y tratar de retomar y retener la función legislativa y jurisdiccional dejada en manos de las corporaciones y consulados de comerciantes.

Resultado de lo anterior, es práctica común y generalizada de las legislaciones de los países en la materia, la no creación de instituciones jurídicas como lo hacen respecto de otras ramas del derecho, sino que respetan, reconocen y dan validez jurídica a las prácticas de los comerciantes; en realidad, la verdadera función del legislador mercantil ha sido y es actualmente la de reconocer y no crear normas. La anterior afirmación ha sido aceptada por la mayoría de los sistemas jurídicos alrededor del mundo y es de suma relevancia ya que la regulación mercantil mundial se sujeta al actuar de los comerciantes. Así fue desde tiempos del medioevo en los que la Lex

Mercatoria cobró relevancia en la actividad comercial internacional, sin llegar a extinguirse con la positivación de las normas de carácter mercantil de los estados nacionales, y por lo contrario actualmente ya cobró nuevo auge y se le asigna como la Nueva Lex Mercatoria.

Esta particularidad aparece como uno de los factores por el que no existe uniformidad en las reglas que regulan los contratos mercantiles internacionales; esto a pesar de que si bien es cierto que los usos y las costumbres varían de comunidad en comunidad y más propiamente de legislación en legislación y de sistema jurídico a sistema jurídico o inclusive con mayores diferencias entre las familias jurídicas, por ejemplo el sistema del common law estadounidense, en donde no se distingue entre un contrato civil y un contrato mercantil y el sistema jurídico mexicano en que si se encuentran diferenciados estos contratos, también lo es que existen determinados conceptos, normas e instituciones de carácter mercantil, que son denominador común, porque son aplicadas en el ámbito internacional, son aceptadas y reconocidas por los países y tal es el caso del uso generalizado del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para elegir el derecho aplicable, para adherirse total o restrictivamente a los instrumentos internacionales que regulan los contratos mercantiles, elección de los tribunales para dirimir las controversias y otros.

Pero también debe mencionarse, que cuando las normas de que se habla se tratan de codificar, varían en su esencia de un país a otro, de un bloque económico a otro, en donde persiste la tendencia a proteger intereses de los países sobre todo más desarrollados, este es el verdadero problema que hoy ocupa mi atención e interés en esta investigación, la ausencia de normas uniformes que regulen los contratos mercantiles internacionales, lo cual me propongo demostrar, pero antes de ello, a continuación me referiré a la regulación doméstica del comercio, tanto nacional como internacional.

**A.- Regulación del comercio Interior en México.-** En el ámbito interno, nuestro sistema jurídico regula el comercio a partir del establecimiento de las garantías de igualdad y de libertad de comercio, establecidas por los artículos 1o. y 5o. de la Constitución Federal, que en lo conducente disponen:

Artículo 1o.- “En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la misma establece...”

Artículo 5o.- “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio, o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad...”

Significa que en nuestro país, se encuentran garantizadas la libertades de trabajo y consecuentemente la libertad de comercio, de la cual disfrutan todos los gobernados que sean titulares de estas garantías, pero siempre y cuando las ejerciten en los términos mencionados y con las restricciones o limitaciones constitucionales y legales correspondientes, lo cual se complementa con la prohibición de monopolios y estancos, así como la protección que brinda la garantía de libertad de concurrencia en el mercado, que dispone el artículo 28 de la propia Ley Fundamental, a que en seguida me refiero

**1.- Artículo 28 Constitucional.-** Como ya lo mencioné, el artículo 28 de la Constitución Federal, en términos generales prohíbe los monopolios y estancos y garantiza la libertad de concurrencia en el mercado, así como también prohíbe la exención de impuestos, porque éstos son generales, es decir, todos los gobernados nos encontramos obligados a contribuir al gasto público, aunque de la manera proporcional y equitativa que establezcan las leyes, por así disponerlo el artículo 31, fracción IV de la propia Constitución Federal, observándose los casos de excepción

que al efecto dispone la fracción IV, Inciso c), del artículo 115 Constitucional y demás disposiciones jurídicas de carácter general, dictadas respecto de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria.

Por lo antes mencionado, es evidente que el artículo 28 Constitucional, contiene garantías de igualdad, libertad, seguridad jurídica y legalidad, que no abordo por no ser el propósito de este estudio, pero lo que si es que, como resultado de su análisis de este numeral, a continuación preciso las prohibiciones, excepciones, ventajas y sanciones que contiene:

**a) Prohibiciones.-** En México están prohibidos los monopolios, los estancos y la competencia desleal y por lo contrario, garantiza la libre concurrencia en el mercado, ya que el artículo 28 Constitucional, establece que está prohibida toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios, al igual que todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o prestadores de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La Ley Federal de Competencia Económica,<sup>154</sup> es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica (Artículo 1) y tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios (Artículo 2).

---

<sup>154</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 24 de diciembre de 1992.

Conforme al artículo 23 de la Ley Federal de Competencia Económica, Es la Comisión Federal de Competencia, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, quien cuenta con autonomía técnica y operativa, para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, en los términos de la propia ley y gozará de autonomía para dictar sus resoluciones, mientras que el artículo 24, en sus XVIII fracciones, concede a la Comisión múltiples atribuciones en la materia, de las que me permito destacar:

- ✓ Investigar la existencia de monopolios, prácticas monopólicas, estancos o concentraciones contrarias a esta Ley para lo cual podrá requerir a los particulares y agentes económicos la información o documentos que estime relevantes y pertinentes;
- ✓ Establecer mecanismos de coordinación con las autoridades federales, estatales y municipales para el combate y prevención de monopolios, concentraciones y prácticas prohibidas por esta Ley;
- ✓ Resolver los casos de su competencia, sancionar administrativamente la violación de esta Ley y, en su caso, denunciar ante el Ministerio Público las probables conductas delictivas en materia de competencia y libre concurrencia de que tenga conocimiento;
- ✓ Resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras leyes, reglamentos o disposiciones administrativas;

**b).- Excepciones.-** No deben pasarse por alto las excepciones a las mencionadas prohibiciones que establece el artículo 28 Constitucional en estudio, pues precisamente señala que no constituirán monopolio, las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas, a saber: las que a través del banco central realice respecto de la acuñación de moneda y emisión de billetes; correos; telégrafos; radiotelegrafía; petróleo y demás hidrocarburos; petroquímica básica;

minerales radioactivos; generación de energía nuclear; electricidad y; actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. Así como tampoco constituyen monopolio las actividades que se ejerzan sobre las áreas prioritarias de comunicaciones vía satélite y Ferrocarriles.

Excepciones que también operan y por lo tanto tampoco constituyen monopolios, son las actividades que realicen las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Sin embargo, existe una restricción para el caso de que las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, lleguen a derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Finalmente, también quedan exentos de constituir monopolios, los privilegios que se concedan a autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora, lo anterior en términos de las siguientes leyes:

Ley Federal sobre el Derecho de Autor,<sup>155</sup> reglamentaria del artículo 28 constitucional, cuyas disposiciones son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional. Su aplicación administrativa corresponde al Ejecutivo Federal por conducto del Instituto Nacional del Derecho de Autor y, en los casos previstos por esta Ley, del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (artículo 2o.), misma que tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones,

---

<sup>155</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de julio de 2003.

sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual (Artículo 1o.).

Asimismo, la Ley de Propiedad industrial,<sup>156</sup> cuyas disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados Internacionales de los que México sea parte. Su aplicación administrativa corresponde al Ejecutivo Federal por conducto del Instituto Mexicano de la Propiedad industrial (Artículo 1o.), misma que tiene por objeto: establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos; promover y fomentar la actividad inventiva y de aplicación industrial, las mejoras técnicas; establecer las bases para que, en las actividades industriales y comerciales del país, tenga lugar un sistema permanente de perfeccionamiento de sus procesos y productos; promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos; propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores.

Asimismo, tiene facultades para favorecer la creatividad del diseño y la presentación de productos nuevos y útiles; proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales; prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos, establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante.

---

<sup>156</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de junio de 1991.

**c) Ventajas.-** De entre las ventajas que establece el artículo 28 Constitucional, al prohibir los monopolios y la libre concurrencia en el mercado, puedo mencionar las siguientes:

- ✓ A todo gobernado le asiste el derecho de dedicarse a la actividad que le acomode siendo lícita;
- ✓ Fuera de los casos que señalé, se prohíbe que una persona o grupo tengan privilegios o prerrogativas para desarrollar las actividades que también precisé;
- ✓ La libre concurrencia en el mercado de bienes y servicios, alienta, promueve, motiva e intensifica la producción de bienes y servicios, lo cual trae como consecuencia su mejor calidad y la baja en sus costos y sobre todo en la baja de los precios en el mercado,

Lo anterior, en términos de lo que establecen los artículos 1o, 5o y 28 de nuestra Carta Magna a los que ya me referí, así como de los que para tales efectos establecen las leyes reglamentarias y demás disposiciones de carácter general, que enmarca nuestro Estado de Derecho en la materia.

**d) Sanciones penales.-** Las violaciones a las normas imperativas que establece el artículo 28 de la Constitución Federal, trae como consecuencia la imposición de las sanciones que establece el Título Decimocuarto del Código Penal para el Distrito Federal, bajo el rubro de “Delitos contra la Economía Pública”, Capítulo I “Delitos Contra el Consumo y la Riqueza Nacionales”, artículos 253 y 254, que establecen sanciones de multa y de prisión.

**2.- Acto de comercio y comerciantes.-** Es muy difícil, como lo sostiene Carlos Dávalos Mejía, establecer una definición exacta de los actos de comercio. Para algunos autores, son actos de comercio “los que se rigen por el Código de



Comercio y sus leyes complementarias, aunque no sean comerciantes los que los realicen.”<sup>157</sup>

Roberto Mantilla Molina, señala que el acto de comercio representa la clave del sistema mercantil, pues su celebración determina la aplicabilidad de esta rama del derecho. Encontramos al respecto varios criterios en la doctrina, en el sentido de que para identificar que un acto es de comercio tenemos que confirmar si cumple con alguno de los dos criterios determinantes, que son: el criterio subjetivo, en el caso de haberse realizado el acto por un comerciante, o el criterio objetivo, atendiendo al objeto del acto, como es el caso de los títulos de crédito.<sup>158</sup>

De estos dos criterios puedo mencionar que para que un acto sea considerado como de comercio, y que en consecuencia le resulte aplicable toda la legislación mercantil, debe existir conexión con alguno o con ambos de los dos requisitos siguientes:

- ✓ Que sea realizado por algún comerciante.
- ✓ Que se refiera a alguna cosa mercantil.

Así tenemos que el Código de Comercio, establece en su artículo 1:

“los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.”

Mientras que el artículo 2 de igual Código precisa:

---

<sup>157</sup> Cfr. Dávalos Mejía, Carlos. El Comercio Mercantil Internacional. 2a. Ed. Edit. Mc. Graw-Hill, México, 2003. p. 92.

<sup>158</sup> Cfr. Mantilla Molina, Roberto. Ob. cit. p. 202.

“A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”.

Con relación a lo anterior, el artículo 75 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

“Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;
- II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V. Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas.
- VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de bancos;
- XV. Todos los contratos relativos
- XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- XVII. Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
- XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX. Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;

XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”

Debe comentarse que el artículo 75 hace una enumeración enunciativa más no limitativa de los actos de comercio, ya que la última fracción deja la puerta abierta a otros actos de naturaleza análoga; asimismo, el artículo 76 excluye los siguientes actos de comercio, que por lo tanto constituyen excepciones.

Artículo 76. No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

Por otro lado, por cuanto hace al carácter de comerciante los artículos 3o., 4o. y 5o. del Código de Comercio que transcribo a continuación, establecen los siguientes supuestos:

Artículo 3. Se reputan en derecho comerciantes:

Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”

Artículo 4. Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no sean en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles...

Artículo 5. Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

Lo anterior, bajo la circunstancia que el la ley establece las siguientes prohibiciones para realizar la actividad del comercio:

Artículo 12. No pueden ejercer el comercio:

Los corredores;

Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos, la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

**B.- Regulación del comercio exterior en México.-** Corresponde ahora analizar la legislación interna en materia específica del comercio exterior, entendiéndose esta legislación como el conjunto de disposiciones jurídicas de todo tipo que regulan en el territorio nacional los intercambios de mercancías entre México y los mercados externos. A este respecto, es necesario señalar que de ninguna manera se pretende efectuar un profundo análisis de los ordenamientos jurídicos correspondientes a la materia de comercio exterior. El propósito fundamental es definir el marco regulatorio, a fin de ubicar de manera adecuada el contexto legal dentro del cual, se encuentra el tema de este trabajo.

Indiscutiblemente que en este análisis, la base fundamental es el artículo 133 de la Constitución Federal, que establece el principio de supremacía constitucional, en los siguientes términos:

Art. 133.- "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes

y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Con objeto de definir en forma correcta el marco regulatorio nacional del comercio exterior, me permito hacer un paréntesis respecto de la validez constitucional de los tratados internacionales, ya que conforme al numeral transcrito, constituyen junto con la propia Constitución y las leyes que emanen de ella, la Ley Suprema de toda la Unión, lo cual ha puesto en discusión la jerarquía, no de la Constitución, pues no es de cuestionarse que ésta es la Ley Suprema, sobre la cual no puede estar ninguna otra, sino de la jerarquía de las leyes y los tratados internacionales, que han sido objeto de estudio por parte de la Suprema Corte de Justicia, quien emitió jurisprudencia primero otorgando jerarquía a la ley sobre el tratado, luego los ubicó en el mismo nivel y finalmente al tratado le dio jerarquía mayor sobre la ley.

Lo anterior es importante porque, independientemente de los argumentos vertidos por la Suprema Corte, así como por el hecho de que en muchos países se reconozca constitucionalmente la jerarquía mayor de los tratados internacionales sobre la ley, lo cierto es que así como muchos países, el nuestro celebra tratados internacionales en los que compromete la reforma de su legislación interna, pero esto queda subsanado con la salida que encontró la Corte.

Continuando el tema que me ocupa, dentro del marco constitucional, encontramos normas que regulan, de manera directa o indirecta, al comercio exterior. En primer término, me refiero a las facultades con que cuenta el Congreso de la Unión, previstas por el artículo 73 de la Constitución Federal, para establecer contribuciones sobre el comercio exterior, según lo establece la fracción XXIX. 1o, así como a la que le concede la fracción XXIX-F, para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y

tecnológicos que requiere el desarrollo nacional. Asimismo, el Senado de la República cuenta con facultades exclusivas para analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, cuenta con la facultad de aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión (Artículo 76, fracción I).

Por su parte, conforme al artículo 89, el Ejecutivo Federal, cuenta con facultades y obligaciones relacionadas con el comercio exterior, como son: las previstas por la fracción I, de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia, lo que se conoce como facultad reglamentaria; la que establece la fracción X, consistente en dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de la política exterior, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacional. Por otro lado, la carta magna le otorga facultad al Presidente de la República, para habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación (Artículos 76-I y 89-X, XIII). Por último, debemos mencionar al artículo 131 de dicho ordenamiento, que es la piedra angular de todo el comercio internacional y a la letra dice:

Artículo 131. Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivo de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio del país. El propio Ejecutivo, al enviar al Congreso el presupuesto fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

Como puede verse del contenido del primer párrafo, esta materia es facultad exclusiva de la Federación y no compete a los Estados, de acuerdo a lo establecido por el artículo 124 de la propia Constitución, en donde se aclara que las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados. Así, vemos que las facultades del gobierno federal son pocas y definidas, mientras que las de los Estados son numerosas e indefinidas. Las primeras se aplican principalmente a criterios externos (guerra, paz, negociaciones y comercio exterior).

En cuanto al segundo párrafo del artículo 131, podemos comentar que el Congreso delega atribuciones legislativas en el Ejecutivo, poniendo en sus manos, en cierta medida, el equilibrio de la balanza comercial del país, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones: que exista urgencia para regular el comercio exterior; la economía del país; la estabilidad de la producción nacional, y cualquier otro propósito en beneficio del país. De esta manera, la actividad del Ejecutivo se ajusta al marco constitucional, aún cuando

la condición mencionada en último término ha sido objeto de discusión por la dificultad que entraña el establecimiento de un criterio claro y definido para determinar cuándo existe beneficio para el país.

Jorge Adame indica que a la regulación del comercio exterior se le ha asignado un papel destacado en la estrategia del desarrollo económico del país, y la legislación respectiva ha ido surgiendo gradualmente conforme a los requerimientos de la economía nacional o de nuestra soberanía. De este modo, la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios, estableció, como medida para regular estos fenómenos económicos, que la importación de aquellas mercancías que pudieran venderse en el país a base de concurrencia desleal, se consideraría como actividad tendiente a la constitución de monopolios; sin embargo, las medidas previstas en dicho ordenamiento para evitar tales prácticas indeseables no resultaron apropiadas y, después de más de medio siglo de estar en vigor, esa regulación resultaba obsoleta.<sup>159</sup>

Posteriormente, la Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, confirió al Ejecutivo Federal facultades para imponer restricciones a la importación y exportación de mercancías cuando así lo requirieran las condiciones de la economía nacional y el mejor abastecimiento de las necesidades del país; facultad que fue congruente con la adición del segundo párrafo del artículo 131 constitucional ya referida, que permite al Ejecutivo adoptar una serie de medidas a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito en beneficio de México.

Conforme al Plan Nacional de Desarrollo (1995-2000) y en los términos del Programa Nacional de Fomento Industrial y Comercio Exterior, se asignó al comercio exterior un papel prioritario en la estrategia del desarrollo económico del país. Esta línea se siguió con el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (2000-2006) y el Programa de Política Industrial y Comercio Exterior. A finales de 1986, el Ejecutivo Federal sometió a la consideración del Congreso

---

<sup>159</sup> Cfr. Adame, Jorge. Contratos Internacionales en América del Norte. Régimen Jurídico. Ob. cit. p. 19.



de la Unión la iniciativa de Ley Reglamentaria del artículo 131 constitucional en materia de Comercio Exterior, para regular tres aspectos fundamentales:

- a) Facultar al Ejecutivo Federal para aumentar, disminuir o suprimir los aranceles de importación o exportación, expedidos por el propio Congreso o para crear otros;
- b) Establecer los casos en que podría restringirse la importación y exportación de mercancías, y;
- c) Enfrentar las prácticas desleales de comercio internacional.

La Ley de Comercio Exterior, reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior, fue expedida cuando México recién había ingresado al GATT, en una época en la que la apertura comercial del país aún no alcanzaba su grado de maduración actual. Ello explica que su contenido destacara de manera importante la regulación de prácticas desleales de comercio exterior. Sin embargo, a fin de consolidar el marco normativo, encausar el papel del comercio exterior, promover la competitividad del país a través de la política comercial y brindar confianza y seguridad jurídica a los agentes económicos relacionados con el intercambio internacional, el Congreso de la Unión aprobó una nueva Ley de Comercio Exterior<sup>160</sup>, incorporando los principales instrumentos que precisan la nueva realidad comercial del país y las perspectivas de la economía nacional. Unos meses más tarde, se aprobó y publicó el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

**a).- Nueva Ley de Comercio Exterior.-** Esta ley tiene por objeto regular y promover el comercio exterior, incrementar la competitividad de la economía nacional, propiciar el uso eficiente de los recursos productivos del país, integrar adecuadamente la economía mexicana con la internacional, defender la planta productiva de prácticas desleales del comercio internacional y contribuir a la elevación del bienestar de la población (Artículo 1o.), sus disposiciones son de

---

<sup>160</sup> Publicada e el Diario oficial de la Federación el 27 de julio de 1993.

orden público y de aplicación en toda la República, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte, y su aplicación e interpretación corresponden, para efectos administrativos, al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Economía (Artículo 2o.)

En esta Ley se precisan las siguientes facultades del Ejecutivo Federal: Crear, aumentar, disminuir y suprimir aranceles; regular, restringir o prohibir la exportación, importación, circulación o tránsito de mercancías; establecer medidas para regular o restringir la exportación o importación de mercancías; establecer medidas para regular o restringir la circulación o tránsito de mercancías extranjeras por el territorio nacional procedentes del y destinadas al exterior; conducir negociaciones comerciales internacionales a través de la Secretaría de Economía y; coordinar, a través de ésta, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal que administren o controlen una restricción o regulación no arancelaria se encuentren interconectadas electrónicamente con dicha Secretaría y con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, todo ello en los términos que dispone el artículo 4o. de la Ley. El artículo 5o. De la Ley establece las facultades que corresponde desempeñar a la Secretaría de Economía en materia de comercio exterior.

Quiero destacar las medidas de protección que establece la Ley de Comercio Exterior en su artículo 28:

“Se considerarán prácticas desleales de comercio internacional la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea el de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de producción nacional de mercancías idénticas o similares en los términos del artículo 39 de esta Ley. Las personas físicas o morales que importen mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional estarán obligadas al pago de una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto en esta ley”.

Son de mencionarse también los procedimientos en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda, a que la Ley de Comercio exterior dedica el Título VII (Artículos 49 a 89 F), así como

la promoción de las exportaciones, que conforme al artículo 90 tendrá como objeto la consolidación y la mejoría cuantitativa de las exportaciones de productos manufacturados, agroindustriales, servicios y tecnología mexicanos en los mercados internacionales.

En materia de infracciones de la ley, es facultad de la Secretaría de Economía imponer las sanciones por:

- ✓ Falsificar datos o documentos, así como omitidos o alterarlos con intención fraudulenta o por negligencia grave en materia de comprobación de origen, permisos previos, cupos y marcado de origen, con multa equivalente a dos tantos el valor de la mercancía exportada o importada y, a falta de este dato, por el importe de dos tantos del valor de la mercancía importada;
- ✓ Destinar la mercancía importada a un fin distinto a aquél para el cual se expidió el permiso de importación, en los casos en los cuales se haya establecido este requisito, con multa de dos tantos del valor de la mercancía importada;
- ✓ Proporcionar datos o documentos falsos u omitir los reales o alterarlos para obtener la aplicación del régimen de cuotas compensatorias o medidas de salvaguarda, con multa hasta por el valor de la mercancía importada en el periodo de investigación de que se trate;
- ✓ Omitir la presentación a la Secretaría de Economía de los documentos o informes en los casos a los que se refiere el artículo 55 dentro del plazo señalado en el requerimiento respectivo, con multa de 180 veces el salario mínimo;
- ✓ Divulgar información confidencial o utilizar ésta para beneficio personal, en los términos del artículo 80 de la Ley de Comercio Exterior o, en relación a los mecanismos de solución de controversias establecidos en los tratados o convenios internacionales de los que México sea parte,

con multa proporcional al perjuicio que se ocasione o al beneficio que se obtenga por la divulgación o uso de dicha información.

**b).- Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional.-** Esta ley prohíbe a las personas físicas o morales, públicas o privadas que se encuentren en el territorio nacional, a aquéllas cuyos actos ocurran o surtan efectos total o parcialmente en dicho territorio, así como a aquéllas que se sometan a las leyes mexicanas, realizar actos que afecten el comercio o la inversión, cuando tales actos sean consecuencia de los efectos extraterritoriales de leyes extranjeras, es decir, cuando tenga o pueda tener como cualquiera de estos objetivos: que pretenda imponer un bloqueo económico o incluso limitar la inversión hacia un país para provocar el cambio en su forma de gobierno; que permita reclamar pagos a particulares con motivo de expropiaciones realizadas en el país al que se aplique el bloqueo; que prevea restringir la entrada al país que expide la ley como uno de los medios para alcanzar los anteriores objetivos (Artículo 1) Asimismo, se prohíbe a las personas mencionadas, proporcionar cualquier información, por cualquier medio, que les sea requerida por tribunales o autoridades extranjeros, con base en las leyes extranjeras indicadas.

También es importante lo señalado por el artículo 3o. de esta Ley, que obliga a las personas afectadas a informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores y a la Secretaría de Economía, de los casos en que: pudieren verse perjudicadas en sus actividades e inversión, por los efectos de las leyes extranjeras que mencioné y reciban requerimientos o notificaciones emitidos con base en éstas. Finalmente, esta faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para imponer las siguientes sanciones: Por violación al primer párrafo del artículo 1o., Multa hasta por 100, 000 días de salario mínimo general, vigente en el Distrito federal; por violación al artículo 2o., multa hasta por 50, 000 días de salario mínimo general, vigente en el Distrito federal; por violación al artículo 3o., con amonestación. Si se trata de la segunda infracción, multa hasta por 1, 000 días de salario mínimo general, vigente en el Distrito

federal; en caso de reincidencia, se aplicará multa hasta por el doble del límite máximo de la sanción que corresponda.

**c).- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TELCAN).**- Este tratado Internacional, facilita los flujos de mercancías y capitales entre los tres países miembros >México, Estados Unidos y Canadá<, a partir del establecimiento de políticas uniformes en materia de comercio exterior que han de seguirse en los tres países, como las políticas relativas a tarifas arancelarias, inversiones extranjeras, protección de la propiedad industrial, prestación de servicios financieros transfronterizos, etc. Todo el contenido del TELCAN, desde el punto de vista jurídico, puede sintetizarse diciendo que procura la uniformidad o armonización de las políticas de comercio exterior de los tres países. La idea subyacente es que el libre comercio es un medio adecuado para el desarrollo de los pueblos.<sup>161</sup>

Pero ni las políticas de comercio exterior ni el mismo tratado son en realidad el libre comercio. Éste se formaliza en los contratos internacionales que celebran los particulares (personas o empresas) con el fin de intercambiar bienes y servicios. Las políticas de comercio exterior y los tratados de libre comercio son, por decirlo así, únicamente la escenografía adecuada para que actúen los verdaderos agentes del libre comercio que son los importadores, exportadores, fabricantes, las empresas y empresarios en suma.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte fija condiciones que supuestamente han de facilitar la celebración de contratos comerciales internacionales, como exportaciones o importaciones de mercancías, contratos de distribución, suministro o agencia, licencias de uso de marcas o patentes, contratos de transferencia de tecnología, contratos de transporte de mercancías, contratos de construcción o de obra terminada, contratos de prestación de servicios y otros. El éxito o el fracaso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte finalmente se medirá en relación con la contribución que haga al desarrollo de los tres pueblos, pero en forma

---

<sup>161</sup> Cfr. Adame, Jorge. Ob. cit. p. 9.

inmediata se puede sopesar a partir del incremento o decremento de los contratos comerciales internacionales entre los tres países.

Por lo anterior, se manifiesta la necesidad de que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que unifica y armoniza las políticas de comercio exterior, venga acompañado de un conjunto de principios y reglas sobre la celebración de los contratos comerciales internacionales, su ejecución e interpretación, que puedan servir como criterios para resolver los litigios o controversias que surjan con motivo de su aplicación.<sup>162</sup>

En el orden interno, cada Estado tiene su propio derecho contractual por el que se gobiernan los contratos celebrados entre sus nacionales o los celebrados dentro de su territorio. Pero los contratos comerciales internacionales rebasan el ámbito de competencia del derecho contractual del Estado, debido a que se trata de contratos que celebran personas de diferente nacionalidad que están asentadas en territorios de diversos Estados.

La problemática que plantea la regulación de los contratos comerciales internacionales se pretendió resolver con las reglas del Derecho Internacional Privado, mediante la aplicación de uno de los derechos nacionales de las partes involucradas. La cuestión se planteaba bajo la perspectiva de definir cuál es la ley nacional aplicable al contrato. Este planteamiento, que era inherente a la idea del Estado, ya superada, como entidad soberana que se regula por su propio derecho, no tiene un resultado equitativo, ya que concede una gran ventaja a la parte cuyo derecho resulta aplicable al contrato.

En efecto, una de las partes puede comprender más fácilmente los términos, alcances y condiciones del contrato y disponer de asesoría jurídica más competente y menos onerosa, mientras que la otra parte debe hacer el esfuerzo de comprender un derecho extranjero, a menudo expresado en idioma distinto al suyo. Una consecuencia práctica e inmediata de esta desventaja es que, en presencia de un problema, la parte cuyo derecho se aplica tiene más

---

<sup>162</sup> Cfr. Rodríguez González-Valadez, Carlos. Ob. cit. p. 285.

poder de negociación para hacer efectivas sus pretensiones que la otra, la cual está más dispuesta a ceder y conseguir un arreglo en vez de litigar en un derecho que apenas conoce.

La regulación de los contratos comerciales internacionales requiere no sólo de reglas sustantivas comunes, sino también de una instancia jurisdiccional adecuada, con sus propias reglas procesales y de la capacidad de hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales con apoyo del poder público. Se requiere entonces de un derecho sustantivo aplicable a los contratos internacionales, una jurisdicción especializada en ellos y reglas comunes para la ejecución de las decisiones jurisdiccionales.

Respecto de la solución de controversias entre las partes, Jorge Adame refiere que el TELCAN tiene algunas disposiciones. Por una parte, dispone en el Artículo 2022, párrafos 1 y 4, que los gobiernos favorezcan el arbitraje comercial y otros medios alternativos para la solución de controversias privadas y crea un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, con la misión de que haga estudios y recomendaciones para el uso eficiente del arbitraje y otros medios de solución de controversias entre particulares en la zona de libre comercio. Por otra parte, el artículo 2022, párrafo 3, propone que los países miembros del Tratado formen parte de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975), es decir, que tengan previsto un procedimiento ágil para la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.<sup>163</sup>

Con estas medidas, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte está proveyendo de una jurisdicción especializada en materia de controversias comerciales internacionales, que es el arbitraje comercial internacional. El arbitraje comercial es realmente un órgano jurisdiccional, aun cuando ni los árbitros ni las instituciones arbitrales estén dotadas de poder público ni sean parte del poder judicial de uno de los Estados. La esencia de la jurisdicción es la decisión de las controversias; el poder sólo se requiere para la ejecución forzosa de esa decisión si el demandado no la cumple

---

<sup>163</sup> Cfr. Adame, Jorge. Ob. cit. p. 11.

voluntariamente. Cuando los árbitros deciden una controversia mediante un laudo, hacen realmente un acto jurisdiccional, si bien pueden luego requerir el auxilio del poder judicial para la ejecución forzosa del laudo. El arbitraje comercial internacional puede llegar a ser el órgano jurisdiccional especializado para la solución de controversias comerciales privadas en la zona de libre comercio.

En la actualidad existen varias instituciones de arbitraje comercial en la zona, entre las que destacan la *American Arbitration Association*, el *British Columbia International Commercial Arbitration Center*, la *Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*, el *Centro de Arbitraje de México* y la *Cámara Internacional de Comercio*; además todas estas instituciones han creado una nueva organización transnacional denominada *Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas* (*Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas*, CAMCA). En vista de esto, el Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas concluyó en su sesión de noviembre de 1996 que no hay necesidad de promover ni de fundar nuevas instituciones de arbitraje.

Cada una de estas instituciones, y las demás que existen, tienen sus propias reglas de procedimiento arbitral y sus propias listas de árbitros. Las reglas de procedimiento son más o menos homogéneas y en consonancia con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional. Las leyes de arbitraje de los tres países son también homogéneas y similares a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la misma Comisión de Naciones Unidas. Los procedimientos para ejecutar los laudos que no fueren voluntariamente cumplidos están armonizados en los tres países, debido a que en todos está en vigor la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

**II. Contratos mercantiles internacionales.-** Primeramente debo señalar que para la formación de los contratos mercantiles internacionales, debemos tener



muy presente que la legislación en los diferentes sistemas y familias jurídicos, disponen diversidad de normas, que en muchos casos no son uniformes o bien no tipifican los contratos, así como la circunstancia de que, con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, éstas pactan la aplicación de normas de carácter consuetudinario y someten sus controversias a tribunales arbitrales que resuelven con base en usos y costumbres y jurisprudencia, por cierto no estadual, lo que trae como consecuencia la falta de uniformidad en las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales y por consiguiente, conflictos de leyes y de jurisdicciones. A continuación me refiero a los contratos típicos y atípicos, de los que pondré atención a los segundos, por la problemática que en la practica representa su falta de regulación.

**A.- Contratos típicos y atípicos.-** Los contratos típicos son aquellos que se encuentran regulados por la legislación, civil o mercantil y que son generalmente nominados; tanto en el ámbito nacional como internacional, se celebran múltiples contratos mercantiles, mismos que son regulados por las legislaciones estadales o por el Derecho Internacional, como es el caso del contrato de compraventa, contrato de seguro, contrato de transporte y del contrato de comercio electrónico, es decir, son contratos nominados y se encuentran tipificados y regulados por la legislación, pero existen otros que no cuentan con una regulación en las legislaciones nacionales e internacionales y entonces estamos frente a los contratos llamados atípicos, aunque generalmente son nominados, como el contrato joint venture, contrato Know how, contrato de franquicia, contrato de licencia de patente y otras denominaciones, en los que inclusive se entremezclan normas aplicables en forma simultánea a unos y a otros, es decir, que al mismo tiempo se encuentran regulados por normas que regulan contratos nominados, como es el caso del contrato join venture, que inclusive puede involucrar varios contratos.

También se habla de contratos mixtos, que aparecen en la compleja vida mercantil moderna como conglomerados, no designados legalmente con ningún nombre, de diversos contratos reconocidos por la ley, cuya regulación legal, de acuerdo con Joaquín Garriguez, unas veces decidirá la prestación

principal para atraer las normas propias del contrato dominante (teoría de la Absorción). Otras veces, las más, será preciso combinar la aplicación de las normas de los diferentes contratos conjugados en el contrato mixto (teoría de la combinación) y cita como ejemplos: servicios de cajas de seguridad; estancia en un sanatorio; venta de granos, entre otros.<sup>164</sup>

En otros casos, al contrato atípico se le añadirán pactos o condiciones que generan un efecto contractual distinto al que corresponde a los normales efectos del contrato típico. A esta dificultad de calificación de un contrato concreto dentro de un molde legal del contrato tipo, hay que agregar la existencia de *pluralidad de contratos*, contratos unidos o vinculados, que corresponden todos ellos a un mismo fin económico,<sup>165</sup> haciendo más difícil su regulación, aunque por otro lado esto los hace ser mas versátiles y en un caso determinado puede convertirse en una ventaja.

Algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley, son los llamados contratos nominados. Hay, además, contratos en los que los usos o normas de la costumbre y criterios de jurisprudencia los caracterizan y reconocen, a esto se le conoce como tipicidad social.<sup>166</sup> Un ejemplo de un contrato atípico, denominado contrato de licencia de patente, lo establece el artículo 63 de la Ley de la Propiedad Industrial, al señalar que el titular de la patente o registro podría conceder, mediante convenio, licencia para su explotación y que la licencia deberá ser inscrita en el Instituto de la Propiedad Industrial para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros.

El denominado contrato Know how, es atípico, a pesar de que el artículo 84 de la ley mencionada, establece que la persona que guarde un secreto industrial podrá transmitirlo o autorizar su uso a un tercero y que el usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto industrial por cualquier medio. Estos contratos no se encuentran regulados por el Código de Comercio ni por alguna otra ley mercantil.

---

<sup>164</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 34.

<sup>165</sup> Cfr. Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, 8a. Ed. Edit. Porrúa, México 2001. p. 119.

<sup>166</sup> Idem. p. 116.

La atipicidad de los contratos mercantiles se presenta, entre otros factores, porque la actividad económica ha creado nuevas necesidades contractuales que los actuales esquemas legales de los negocios jurídicos no pueden resolver satisfactoriamente. El Código de Comercio regula los contratos propios de una actividad económica muy distinta de la actual.<sup>167</sup> Han surgido los contratos de franquicia, joint venture, know how y muchos otros que nacieron atípicos, situación que en mi opinión también obedece al hecho de que el legislador, comúnmente no crea las normas mercantiles, si no que solo las reconoce y las legisla después de su aplicación práctica y cotidiana, como seguramente ocurrirá con los contratos que he mencionado y también porque la propia ley estadual y el Derecho Internacional, tienen por reconocido y aceptado el principio de autonomía de la voluntad de las partes, generalmente para la celebración del contrato, su contenido, el derecho aplicable y la forma de solucionar las controversias.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes y por ende la posibilidad de que las partes celebren contratos atípicos, innominados, los encontramos implícitos en la regulación mercantil de nuestro país, ya que el artículo 1o. del Código de Comercio establece que los actos comerciales >celebración de un contrato mercantil< sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables, pero a falta de disposiciones en ambos, el artículo 2o. señala que serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal. En este caso es aplicable el Código Civil Federal.

En este orden de ideas, al contrato mercantil atípico, deberán aplicarse primeramente las normas mercantiles que establece el Código de Comercio, cuyas reglas principales pueden precisarse de esta manera:

- ✓ Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio (Artículo 77).

---

<sup>167</sup> Cfr. Arce Gargollo, Javier. Ob. Cit. p. 121.

- ✓ En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. (Artículo 78)
  
- ✓ Se exceptuarán de lo dispuesto en el párrafo anterior: los contratos que con arreglo a este Código ú otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana. en uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio (Artículo 79).

Enseguida, con las modificaciones y restricciones del Código de Comercio, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos (Artículo 81), las que quedan comprendidas en el Libro Cuarto denominado “De las obligaciones”, artículos 1792 a 1850 del Código Civil Federal,

Asimismo, los contratos atípicos deberán regularse de acuerdo con la ley o leyes mercantiles que les resulten aplicables, por ejemplo al contrato de licencia de patente, el contrato de franquicia y el contrato know how, les serán aplicables las disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial. Esto sin perjuicio de que se aplique la legislación civil federal, como lo ordena el artículo 2o. del Código de Comercio, cuyas reglas principales se encuentran contenidas en los artículos que en seguida transcribo del Código Civil Federal:

**Artículo 1796.-** Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

**Artículo 1832.-** En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

**Artículo 1839.-** Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

**Artículo 1858.-** Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

**Artículo 1859.-** Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Otro aspecto importante que merece atención sobre los contratos atípicos, es el relativo a la interpretación del contrato, pues es claro que si por un lado el principio de autonomía de la voluntad de las partes es reconocido por nuestra legislación, ello no es óbice para que de ser necesario, en los casos de confusión, oscuridad y otras circunstancias que impidan determinar cuál es la verdadera voluntad de las partes, se recurra a las normas de interpretación, que son precisamente las que establece el Código Civil Federal en sus artículos 1851 a 1857, que resultan aplicables por así disponerlo el artículo 2o. del Código de Comercio, reglas que me permito transcribir:

- ✓ Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.
  
- ✓ Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en el cosas distintas y casos diferentes de aquello sobre los que los interesados ser propusieron contratar.

- ✓ Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.
- ✓ Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
- ✓ Las palabras que pueden tener distintas acepciones, serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.
- ✓ El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos.
- ✓ Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o la voluntad de las contratantes, el contrato será nulo.

En el ámbito internacional, el principio de autonomía de la voluntad de las partes lo recogen el Artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de Mercaderías, los artículos 7 y 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y los artículos 1.1, 1.2, 1.3 y 1.4, de los Principios de UNIDROIT de contratos comerciales Internacionales, de 2004, sin embargo, también existe la limitación a esta libertad contractual, de observar normas imperativas.

**B.-Principales contratos mercantiles internacionales.-** En la actualidad, existen múltiples contratos mercantiles, típicos y atípicos, nominados e

innominados, entre los que puedo citar a manera enunciativa los contratos de franquicia, seguros, compraventa, transporte, know how, comercio electrónico, joint venture y muchísimos más, de los que me permito analizar a continuación, algunos de los más usados en la práctica y que en nuestro país han venido cobrando auge:

**A.- Contrato joint venture.-** Por cuanto hace a la denominación del contrato joint venture, Javier Arce Gargollo, siguiendo al autor Le Pera, indica que del análisis literal del vocablo joint venture se puede concluir que la expresión joint se traduce como asociado, copartícipe, conjunto, colectivo, mancomunado; la palabra venture, significa riesgo, aventura, ventura. De forma unida, joint venture se entiende como riesgo colectivo, empresa colectiva, sociedad en participación, empresa común. En México, las traducciones son variadas. Se les nombra como contratos de asociación en participación, de empresa mixta o de sociedad de inversión mixta. Al mencionado autor le parece apropiada la denominación de contrato de coinversión, como se establece en contratos mexicanos y considera válida la denominación de convenio o contrato de participación conjunta, que se utiliza en la práctica de negocios mexicana para los acuerdos de algunas sociedades que se obligan a participar en un concurso de gobierno o de alguna entidad pública, para algún proyecto u obra conjunta. Para efectos de la presentación de la oferta conjunta.<sup>168</sup>

La coinversión se ha utilizado en México desde hace algunas décadas, como una especie o modalidad del joint venture, asociada a contratos como el de arrendamiento, en el cual el arrendatario asume la obligación de invertir en la construcción del inmueble o adecuarlo y equiparlo a su costa, a cambio de pagar una cantidad inferior al importe de la renta y al término del arrendamiento, revierten a favor del arrendador el inmueble construido, las mejoras y equipos aportados por el arrendatario y en otros casos, ambas partes asumen una parte del costo de inversión y negocian los otros términos del contrato; este solo es un ejemplo de la versatilidad y flexibilidad del contrato joint venture.

---

<sup>168</sup> Cfr. Ob. Cit. p. p. 374 y 375.

Así tenemos que Mario de la Madrid Andrade, considera que el joint venture es una figura asociativa atípica que permite una estrecha colaboración entre dos o más partes, mediante la conjunción de sus variados recursos, para alcanzar un determinado objetivo, y con ello afrontar, conjuntamente, los riesgos de la empresa que se proponen efectuar.<sup>169</sup> El objetivo que pretenden alcanzar las partes del Joint venture, puede ser muy variado, puede estar relacionado con un proyecto o trabajo que ejecutarán conjuntamente las partes (explotación de recursos naturales, la construcción de una carretera), la constitución y operación de una sociedad (por ejemplo en la rama de las manufacturas) o la adquisición y operación de una empresa ya creada,<sup>170</sup> lo cual corrobora que el contrato Joint venture es una figura asociativa, representando para las partes grandes posibilidades de hacer negocios lucrativos.

Asimismo, el joint venture puede presentar las siguientes características: las partes que intervienen en el contrato deben tener el propósito de obtener utilidades, en proporción a la medida de su participación en el contrato; las partes se obligan a hacer aportaciones al proyecto conjunto o a la sociedad producto del joint venture; hay un control que cada parte ejerce sobre el negocio conjunto o la sociedad Joint venture al momento de celebración del contrato y en futuras etapas; conviene determinar que control sobre el negocio o la sociedad tendrá cada parte involucrada; en algunos contratos las partes se dan recíprocamente poderes o representación relativas al objeto o fin del joint venture. Hay otros contratos que expresamente excluyen el que las partes tengan representación de otro de los contratantes; en algunos casos los contratos contienen plazos para el cumplimiento de los diversos actos jurídicos materia del contrato.<sup>171</sup>

**1.- Antecedentes.-** El contrato joint venture, también denominado joint adventure, es una figura jurídica que nace en el derecho anglosajón, con la

---

<sup>169</sup> Cfr. De la Madrid Andrade, Mario. El Joint Venture. Los Negocios Jurídicos Relacionados. Edit. Porrúa, México 2005. p. XV.

<sup>170</sup> Cfr. Arce Gargollo, Javier. Ob. Cit. p. 382.

<sup>171</sup> Idem.. p. p. 377 y 378.



práctica cotidiana de industriales y comerciantes en los Estados Unidos de América y de ahí se desarrolla en países como Inglaterra, Italia, Francia, España, Argentina y Brasil, entre otros y en México también se utiliza, como ya lo mencioné, aunque como una figura jurídica atípica. Se señalan como antecedente del joint venture, los llamados *gentlemens adventures*, cuyo caso más representativo es un acuerdo que se llevó a cabo, según Jules Verne, en su novela *La Vuelta al mundo en 80 días*.<sup>172</sup> El primer caso del contrato joint venture, se registra a fines del siglo XIX en Estados Unidos, es el caso Mr. Ross vs. Mr. Willet, comerciantes que compraron un cargamento de azúcar para revenderlo y repartirse el sobreprecio respectivo, pero como el azúcar se vendió luego de 10 años, el primero demandó al segundo por las pérdidas sufridas.

Sin embargo, la atipicidad del joint venture en la legislación mexicana, no es el común denominador en las legislaciones extranjeras, en las que ha asumido características propias, inclusive diferentes a las de su país de origen (Estados Unidos de América), como es el caso de Italia, en donde se tipificó, en Francia en que no se considera como un tipo jurídico, sino como un sistema por el cual pueden realizarse determinadas actividades industriales, comerciales o financieras. En Francia, el joint venture se denominó como coentreprise, y si se constituyó como sociedad se designará como filial común, en Alemania, la figura ha tomado la forma de una corporación, se le designa como Joint Venture Corporations y en Sudamérica los autores la han clasificado como un contrato de colaboración o de agrupación societaria.<sup>173</sup>

Señala Enrique Zaldivar, que la coentreprise francesa, puramente contractual, es una forma de asociación no estatutaria en la cual cada parte conserva su propia identidad y que presenta como ventajas: la confidencialidad, pues el acuerdo no necesita ninguna publicidad; La ausencia de formulismos y por lo tanto, acortamiento del lapso para cumplir su creación

---

<sup>172</sup> Cfr. Enrique Zuloaga, Carlos. Pacto Contractual y Contratos Atípicos. 2a. Ed. Edit. Porrúa, México 2002 p. 147.

<sup>173</sup> Idem.. p. p. 156 y 157.

y; agilidad, dado que las partes pueden negociar un contrato a medida y suficientemente adaptable a las circunstancias del negocio.<sup>174</sup>

**2.- Concepto.-** Existe una gran dificultad para establecer una definición del joint venture, que pudiera comprender entre sus elementos, las múltiples posibilidades de las partes para establecer determinados objetos del contrato, por lo que éstos serían la base y guía para la elaboración de otras tantas definiciones.

De conformidad con el medio que las partes utilizan para la ejecución del acuerdo, en la práctica el joint venture presenta tres modalidades fundamentales: cuando se emplea una sociedad como instrumento para su cumplimiento recibe el nombre de joint venture societario; si el contrato se ejecuta sin acudir a una sociedad, estamos en el caso de un joint venture contractual; por último, cuando sólo una parte de la actividad se desarrollará a través de una sociedad y la otra no, se trata de un joint venture mixto. Estas tres modalidades del joint venture, se estructuran mediante un contrato base, que es el joint venture agreement, que es el que regula toda la operación que representa el joint venture mismo; en el, las partes definen la actividad que emprenderán en común, establecen la manera de llevarla a cabo y la normativa que regirá sus relaciones en el referido emprendimiento.<sup>175</sup>

Para Mario de la Madrid Andrade, el joint venture es un contrato por el cual, dos o más personas físicas o jurídicas acuerdan emprender una actividad determinada, de manera conjunta, a través de los medios que también definen, para lo cual se obligan a efectuar contribuciones de diversa naturaleza, con la pretensión de alcanzar un beneficio común, y salvo pacto en contrario, participar en las pérdidas, con la posibilidad, para ambas partes, de ejercer la gestión y el control de la referidas actividad o de una parte de ella.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Saldivar, Enrique, Manovil, Rafael M. y Ragazzi, Guillermo E. Contratos de Colaboración Empresaria. 2a. Ed. Edit. Abelardo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993. p. 23.

<sup>175</sup> Cfr. De la Madrid Andrade, Mario. Ob. Cit. p. p. XXII, 55 y 56.

<sup>176</sup> Cfr. Ob. Cit. pp. IX-XIX.

Podríamos sostener que el contrato de joint venture no solo se reduce, tan solo, a un contrato particular, sino que puede comprender un cúmulo de relaciones jurídicas vinculadas o conexas que, en conjunto, constituyen el joint venture mismo. De esta manera, cada una de esas relaciones forman parte de un nexo asociativo, considerado en su amplitud. Tan es así, que la doctrina le reconoce al joint venture carácter de contrato asociativo, contrato de organización, contrato plurilateral funcional, Contrato de empresa, contrato intuitu personae, relación fiduciaria y otros. No obstante, podemos considerar que en su esencia, el joint venture es un contrato de sociedad en sentido amplio.<sup>177</sup>

En realidad, la falta de tipicidad del joint venture en la legislación mexicana, ciertamente presenta problemas conceptuales, pero también conflictuales, que habrán de dilucidarse con base en las normas que le sean más aplicables, puesto que no cabe duda que si un conflicto entre las partes asociadas nace en el curso del contrato y la situación no está claramente regulada, el tribunal sea judicial o arbitral, debe resolver y lo más posible es que el juzgador se tiene en calificar el contrato de joint venture de acuerdo y según las normas de alguna figura jurídica conocida y que eventualmente podría ser aplicada.<sup>178</sup> Sin embargo, como lo refiero posteriormente, la falta de tipicidad del Joint venture y la consecuente necesidad de determinar las normas que deben aplicárseles del Código Civil, ya sea local o federal, considerando para ello el objeto que persigan los contratantes, hace flexible y versátil al joint venture, circunstancia que puede tornarse en ventaja para los contratantes.

**3.- Naturaleza.-** Para determinar cuál es la naturaleza jurídica del joint Venture, me permito citar al autor Javier Arce Gargollo, quien estima que ante la variedad de formas y fines que puede tener un contrato de joint venture, no es posible encuadrarlo dentro de alguna figura típica o como la unión de diversos actos jurídicos. Es un contrato asociativo por el que dos o mas partes

---

<sup>177</sup> Cfr. Idem. p. XX

<sup>178</sup> Cfr. Idem. P. 24.

pretenden tener un negocio, proyecto o empresa común y, en este sentido, es un contrato sui generis. Pero en ciertos casos, puede asumir la forma de un contrato de asociación en participación y ajustarse al tipo contractual que regula la Ley General de Sociedades Mercantiles. En los casos en que las partes contratantes en un joint venture se obligan a constituir una sociedad mercantil y celebrar contratos relacionados con el negocio común, hay un contrato de promesa y serán supletorias las normas del Código Civil que regulan a dicho contrato.<sup>179</sup>

Para Mario de la Madrid Andrade, el joint venture, es una figura asociativa atípica que permite una estrecha colaboración entre dos o más partes, mediante la conjunción de sus variados recursos, para alcanzar un determinado objetivo, y con ello afrontar, conjuntamente, los riesgos de la empresa que se proponen efectuar. La doctrina es unánime en resaltar la naturaleza contractual del joint venture, como contrato: asociativo, de colaboración, de organización, plurilateral funcional, de empresa, intuitu personae y relación fiduciaria.<sup>180</sup>

Como se observa, el objeto del joint venture puede ser muy variado, pero presenta la particularidad de que requiere la asociación de las partes, es precisamente el concurso de empresas que persiguen un fin común y comparten la aventura, el riesgo; en nuestro país, esto podría confundirse y equipararse con la suerte o cuando menos sugerirla. También debe considerarse, como ya lo señalé, que la doctrina reconoce tres clases de joint venture según la forma en que se ejecuta el acuerdo: el joint venture societario, que se presenta cuando se acude a una sociedad como vehículo para el cumplimiento del contrato; el joint venture contractual, que es aquel en el que el contrato se cumple sin utilizar una sociedad; y el joint venture mixto, en el que una parte del negocio se realizará por medio de una sociedad y otra no.

---

<sup>179</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 393.

<sup>180</sup> Cfr. Ob. Cit. p. XV. y 18.

De cualquier manera, en nuestro sistema jurídico, la asociación constituye un derecho de todo gobernado, que tiene como fundamento el artículo 9 de nuestra Constitución Federal, que establece:

“No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar....”,

Lo anterior obliga de inmediato a invocar, como medios jurídicos para el ejercicio de este derecho, a la sociedad civil, a la asociación civil y a la sociedad mercantil, conforme a las cuales y con las formalidades legales que les son inherentes, deberían constituirse las partes del joint venture, pero esto no necesariamente es así, por el hecho de que no todas las relaciones asociativas en sentido genérico deben estructurarse a través de las figuras de asociación o de sociedad típicas, ni que aquellas deban gozar, en todos los casos, de personalidad jurídica.<sup>181</sup>

Por otro lado, debemos considerar que por la falta de su regulación en la legislación mexicana, el joint venture se convierte en un contrato atípico, ya que el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal y su equivalente del Código Federal de Procedimientos Civiles, establecen que se registrará por:

“las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

De allí que la naturaleza jurídica del contrato joint venture, sea la de un contrato asociativo, atípico, el que de conformidad con el objeto convenido por las partes, se regulará por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en el Código Civil, así como las normas que les sean aplicables del Código de Comercio.

---

<sup>181</sup> Cfr. De la Madrid Andrade, Mario. Ob. Cit. p. XVI.

Respecto de la clasificación, elementos y figuras afines, en seguida expongo el análisis del autor Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos.<sup>182</sup>

#### **4.- Clasificación.**

- ✓ Mercantil.- Las partes que lo celebran suelen ser comerciantes y los actos jurídicos que prometen celebrar son actos de comercio (constituir una sociedad, realizar un negocio común, vender acciones, celebrar contratos de agencia, suministro, transferencia de tecnología)
- ✓ Formal.- Cuando es especie del contrato de promesa que establece obligaciones de celebrar contratos futuros, debe constar por escrito. artículo 2246 del Código Civil.
- ✓ Bilateral o plurilateral.- Todas las partes se obligan.
- ✓ Oneroso.- En la mayoría de los casos porque los provechos y gravámenes resultan para todos los contratantes, pero no es un contrato recíproco o de cambio
- ✓ Preparatorio.- Cuando produce una situación jurídica preeliminar para futuros actos jurídicos.
- ✓ Asociativo.- Pues las partes contratantes se obligan a contribuir para la obtención de un fin común (participar conjuntamente en un proyecto, negocio o sociedad) y están dispuestos a tener utilidades o pérdidas conforme al riesgo que involucra el contrato.
- ✓ Intuitu personae.- Como se trata de un negocio asociativo, el desarrollo de un alto nivel de confianza entre las partes es un ingrediente crítico.

---

<sup>182</sup> Cfr. Ob. Cit. p. p. 381 a 386.

- ✓ Largo plazo.- Generalmente es un contrato de duración.<sup>183</sup>

## 5.- Elementos:

- ✓ Personales.- pueden ser dos o más partes y según su objeto, se les puede denominar promitentes, venturers, asociados, socios y cuando son sociedades controladoras o accionistas de una sociedad joint venture, parents, padres.. Las partes requieren capacidad para contratarse, Debe distinguirse la capacidad para celebrar el contrato de joint venture, que tiene carácter de preparatorio, y la capacidad requerida para los actos jurídicos definitivos, por ejemplo la constitución de una sociedad anónima.

- ✓ Reales:

El objeto del joint venture puede ser muy variado. Puede estar relacionado con un proyecto o trabajo que ejecutarán conjuntamente las partes (explotación de recursos naturales, la construcción de una carretera), la constitución y operación de una sociedad (por ejemplo en la rama de manufacturas) o la adquisición y operación de una empresa ya creada. En el contrato de joint venture se debe describir cual es el trabajo o proyecto conjunto que las partes pretenden llevar a cabo y, en el caso de futuros actos jurídicos a celebrar, hay que incluir los elementos esenciales que configuran a cada acto jurídico futuro.

Las aportaciones.- En atención a la clase de joint venture que se celebre, las aportaciones de cada parte estarán relacionadas con el fin de este contrato. No debe limitarse a las prestaciones de dar que conforme a nuestra legislación constituyen el pago del capital social en sociedades mercantiles capitalistas. El concepto de aportación debe entenderse en un sentido muy amplio, como tecnología, organización, asesoría, proyectos, cálculos, reparación de cotizaciones, estudios técnicos, de comercialización,

---

<sup>183</sup> Ob. Cit. p. 381.

de producción o de viabilidad financiera; maquinaria, equipo, obligaciones solidarias o afianzamiento para créditos, pagos de pasivos, cesiones o subrogaciones en ciertos contratos y muchos más.

El plazo.- En algunos actos jurídicos que conforman contratos de promesa, será elemento de validez (Artículo 2246 del Código de Comercio) En otros casos, el plazo será conveniente pactarlo para determinar cuando deben cumplirse las obligaciones que derivan del contrato. Por ejemplo, en un joint venture por el que se adquiere en etapas una sociedad o un grupo de empresas, los distintos plazos de ejecución cumplimiento del joint venture pueden ser definitivos para la operación.

✓ Formales:

Si el joint venture configura un verdadero contrato de promesa porque las partes contratantes se obliguen a celebrar futuros contratos y señalan los elementos esenciales o característicos de estos, el contrato debe constar por escrito para que sea válido (Artículo 2246 del Código de Comercio) En este sentido, el joint venture resulta un contrato formal o de forma impuesta.

✓ Obligaciones:

De aportar.- Las partes deben cumplir con las aportaciones mediante las cuales participarán en un negocio conjunto o realizarán el pago del capital social de las entidades jurídicas a constituir o a las empresas ya existentes. no siempre son en numerario o en bienes. Como la venta de maquinaria usada a un precio ventajoso (valor en libros), proyectos y planos para construir una planta industrial, diseños de productos, listas de materiales y proveedores, cotizaciones, análisis de factibilidad, estudios de mercado, envío de técnicos para enseñar y capacitar al personal operativo de la empresa o del proyecto conjunto, información y asesoría sobre la administración del negocio, organización, programas de computación, uso de marcas o patentes y, en general, experiencia acumulada en actividades industriales y comerciales similares.



Constituir una sociedad.- La obligación se cumple cuando se formaliza el contrato de sociedad y se crea una nueva persona moral en la que participan como socios o accionistas las partes contratantes del joint venture.

Representación recíproca.- En los contratos de joint venture en los que no se crea una sociedad y en los que el objeto es realizar un proyecto o trabajo conjunto, las partes suelen obligarse a otorgarse recíprocamente representación por lo que hace al negocio conjunto. Obligación que se cumple mediante el otorgamiento de un poder (o comisión representativa) que una de las partes otorga a las otras partes y que debe limitarse a los actos propios y necesarios para el cumplimiento del joint venture.

Celebrar otros contratos.- Es frecuente que, además, de la creación de una sociedad que derive del contrato de joint venture, las partes se obliguen a celebrar otros actos jurídicos relacionados con la sociedad joint venture. Los contratos que se acostumbre celebrar son; el de agencia, para que el nuevo ente –joint venture corporation—promueva y venda los productos de uno de los socios (casi siempre del socio extranjero) el contrato de transferencia de tecnología, para que la sociedad joint venture naciente se provea de materia prima, el contrato de compraventa o de arrendamiento de activos (maquinaria, equipos), el contrato de asesoría administrativa, financiera, técnica y de comercialización, contratos por los cuales los socios se obligan solidariamente, como fiadores o garantes de créditos para la nueva sociedad que nace del joint venture en su respectiva proporción.

Obligación de no competir.- Las partes se obligan a no competir en los relativo al objeto del joint venture. Si bien los joint venture se deben entre sí la más estricta lealtad (relación fiduciaria) en cuanto al negocio para el que se han vinculado, conservan libertad para seguir compitiendo en todos los otros proyectos para los que no se han unido y, de hecho, frecuentemente lo hacen.

Otras obligaciones.- Eventualmente existen para las partes otras obligaciones como el deber de guardar secreto (confidencialidad), la obligación de no asociarse con otros socios que puedan ser competidores, el deber de que cada parte pague los gastos que le corresponden o la responsabilidad por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de algunos de los deberes impuestos.

**6.- Flexibilidad y versatilidad.-** Primeramente quiero señalar, que el contrato joint venture, por su misma atipicidad es flexible y versátil, es decir, permite a los contratantes, conforme a su participación, conjunción de esfuerzos y dependiendo del objeto que persigan, establecer términos que se regulan por las disposiciones aplicables a otras figuras jurídicas, lo que les representa beneficios, derivados de la utilidad que se le da al joint venture, como lo establece Javier Arce Gargollo, en las siguientes tres vertientes:

- ✓ La creación y organización de sociedades de colaboración industrial de empresas de países de economía avanzada en países en vías de desarrollo. La parte extranjera, por oposición a la parte o socio local, utiliza esta figura para hacer negocios en un país distinto de su nacionalidad. Usualmente, la sociedad que nace de un joint venture se constituye en el país y bajo las leyes del socio nacional. En algunos casos lo que se pretende aprovechar son marcas, tecnología canales de distribución, experiencias, activos o sistemas de organización de los participantes en el negocio social.
- ✓ Se puede utilizar como un medio para resolver un problema interno de una organización, como la comercialización o distribución de productos, asociándose con una empresa que tenga experiencia en esta área de negocios; o para la adquisición o creación de una nueva línea de productos con materia prima, tecnología o sistemas de producción de otra empresa, así como para complementar procesos de producción, comercialización o financiamiento.

- ✓ Se puede usar en la transmisión de una reestructuración o compra de una organización o empresa. Por ejemplo, para la compra que Whirlpool hizo de Phillips, la primera adquirió en un principio el 53% en un contrato joint venture que obligó a las dos partes a integrarse en una sola organización durante un plazo de poco más de dos años, al final de los cuales Whirlpool compró el restante 43% del capital a un precio superior al de la oferta inicial de compra: por medio de este mecanismo se lograron importantes ventajas para las dos partes como aumentar para Phillips el precio de venta y para Whirlpool un mayor entendimiento y facilidad para el manejo de la empresa adquirida que quizás en una compra directa hubiera sido inaccesible.<sup>184</sup>

Asimismo, el joint venture representa ventajas para los contratantes, ya que les permite tener la colaboración recíproca, para alcanzar determinado objetivo que sería difícil, dilatado y costoso lograr por sí mismas. En algunos casos, incluso, la tarea que las partes desarrollan representa un complemento de la actividad conjunta que requiere la empresa que se han propuesto desarrollar. El joint venture ofrece a las partes la posibilidad de obtener una vasta gama de ventajas, tan amplia como la, propia naturaleza de la colaboración mutua lo requiera, de tal manera que, prácticamente cualquier cosa o actividad que las partes puedan aportar, que sea necesaria para alcanzar el objetivo común pretendido, podrá ser materia de la referida figura asociativa. Entre los beneficios se tienen: Transferencia de tecnología; permanencia, consolidación o penetración en mercados; obtención de recursos financieros; materias primas y; recursos humanos.<sup>185</sup>

**7.- Figuras afines.-** Según Javier Arce Gargollo. P. y relacionado con el joint venture como contrato asociativo, es común encontrar otra clase de acuerdos, declaraciones o documentos –nacidos muchos de ellos de la práctica de negocios estadounidenses- que se utilizan para fines similares o conexos a este contrato y que son utilizados en México, llegando a constituir estos documentos a que se señalan a continuación, las negociaciones iniciales entre

---

<sup>184</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 375, 376 y 377

<sup>185</sup> De la Madrid Andrade, Mario. Ob. Cit. p. XVIII.

las partes, que contienen las bases de contratación e inclusive pueden constituir verdaderos contratos:

**Carta de intención (letter of intent).**- que contiene la intención de señalar las condiciones en que debe celebrarse un contrato o contraer un deber respecto de un negocio, constituir una sociedad o una asociación, confirmar el interés en adquirir algún bien (acciones, derechos, intento de pedido). Como carta, el documento se dirige generalmente a una futura contraparte y sólo contiene la firma de quien elabora el documento. En Francia se les llama “protocolo de acuerdo”.

Pueden configurar verdaderos contratos cuando se asumen obligaciones en el campo de lo lícito y ambas partes firman el acuerdo. Pueden ser ofertas de contrato que un proponente hace a un posible contratante en las que se contienen las adiciones y términos de un contrato. En ciertas circunstancias las cartas pueden ser prueba del “motivo determinante de la voluntad” o la “intención evidente” de uno o ambos contratantes. La carta de intención suele subsistir y coexistir con el negocio o contrato entre las partes y es un documento que contiene, total o parcialmente, la intención de las partes. En algunos casos, en estos documentos o convenios se fijan ciertos acuerdos para un futuro contrato asociativo.

**Pacto de Caballeros (gentlemen’s agreement).**- Supone un acuerdo entre partes y debe considerársele dentro del concepto general del convenio que acoge a nuestra legislación. Ver artículos 1792 y 1859 del Código de Comercio. Es un acuerdo que se celebra de buena fe y sobre la base de la confianza mutua que las partes se reconocen. Estos acuerdos son *intuitu personae*, pues se celebran por las características subjetivas de los firmantes. en cuanto a los efectos y validez, deben tener un contenido lícito, según los artículos 1795, fracc. III, 1830 y 2225 del Código de Comercio.

Algunos se celebran conjuntamente con un contrato o varios contratos relacionados con un mismo negocio económico. El contenido de estos acuerdos modernos es posible que se refieran a materias de dudosa o

controvertida licitud, por ejemplo, se conciertan cuerdos sobre precios, competencia delimitada en territorios o productos o prohibición para determinadas actividades que pueden ser competitivas y afectan la libertad de comercio o a la libre concurrencia, los acuerdos no son válidos pues están prohibidos por la Ley Federal de Competencia. Bajo esta figura se celebran acuerdos entre accionistas que pretenden el control de una sociedad o empresas, o para comprometer el derecho de voto de ciertos socios (sindicato de accionistas). Pueden ser contratos exigibles judicialmente o documentos en los que consten tratos preliminares o la intención de los contratantes acerca de determinado negocio. Pueden aparecer como actos autónomos o como actos jurídicos unidos a otro contrato, a los que alteran o complementan.

**Opción o carta opción.-** El término opción tiene una connotación jurídica propia y su utilización en algunos documentos no es siempre la apropiada. Se trata de una variedad del contrato de promesa mediante el cual solamente una parte se obliga. A pesar de que la opción puede encuadrarse en nuestro derecho en un convenio típico, en la práctica de los negocios no se utiliza siempre para dichos fines.

Muchas veces la opción o carta opción se encuentra conformada sólo mediante una firma o declaración unilateral de voluntad, lo que constituye una oferta de un posible contrato, el contenido se utiliza para compraventas, en las que el futuro posible vendedor se obliga a mantener un precio y unas condiciones por cierto tiempo, o el posible comprador a mantener una oferta de compra.

**B.- Contrato know how.-** Cabe señalar primeramente, que el vocablo ingles know how, conocido como secreto empresarial y que en Francia se le llama “savoir faire”, por su literalidad se traduce como “saber hacer”, aunque también se le asignan otros significados como “hacer saber”, “saber como” y otros. Según Denis Barbosa, know how significa el conjunto de conocimientos

técnicos relativamente originales y secretos, o por lo menos escasos, que permiten a quien los detenta una posición privilegiada en el mercado.<sup>186</sup>

El Dr. Carlos Canudas estima que know how se refiere a todo el conjunto de experiencias y procedimientos que han sido adquiridas por un empresario en la explotación de su negocio y que le han permitido alcanzar un cierto éxito en el sector.<sup>187</sup> Tales conocimientos se relacionan generalmente con cuestiones técnicas y científicas, respecto de procedimientos de producción, métodos, control de calidad, máquinas, fórmulas, modelos industriales, dibujos, aparatos, sistemas, instrumentos y diseños, entre otros.

**1.- Antecedentes.-** No existe consenso doctrinario respecto de la época en que nació este contrato atípico, know how, pues hay quienes la sitúan desde principios del siglo XX , como Hernán G. Talavera Corea, quien afirma que el contrato de know how apareció en 1916 en Estados Unidos de América<sup>188</sup> y otros que lo estiman más antiguo, pero en lo que si existe coincidencia, es que su origen es anglosajón, que se empezó a desarrollar en los Estados Unidos de América y su uso se extendió a otros países como Inglaterra y Alemania y que cobró gran auge después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de que, a partir de ese momento la tecnología sufre constantes cambios, los cuales hacen imperativo que determinados conocimientos técnicos sean mantenidos en secreto y que no se encuentran en el dominio público.<sup>189</sup>

Respecto de la evolución jurídica del know how, en los Estados Unidos de América, Inglaterra y Alemania, sigo al autor Hesbert Benavente Chorres,<sup>190</sup> quien realiza un interesante análisis sobre este particular, a partir de la jurisprudencia en el país mencionado en primer lugar, que resolvió los casos Peabody vs. Norfolk (Massachussets 1868), reconociendo al know how, ya que se protegió el mantenimiento en secreto de los conocimientos técnicos y

---

<sup>186</sup> Cfr. Barbosa, Denis. El Concepto Jurídico de Know how. En conferencia de la Financiadora de Estudios y Proyectos, de la Secretaría de Planeamiento de Brasil, de 8 de junio de 1978.

<sup>187</sup> Cfr. Canudas, Carlos. Know how y Franquicias, Revista Digital (e-Zine), No. 31, Colaboración en Mercadeo.com

<sup>188</sup> Talavera Corea, Hernan G. Artículo Publicado en La Prensa, El Diario Digital de los Nicaragüenses (Digital) No. 23074, 30 de abril de 2003.

<sup>189</sup> Cfr. Benavente Chorres, Hesbert. El Know how empresarial: más que un contrato, Edit. Astrea, 2002. p. 1.

<sup>190</sup> Cfr. Ob. Cit. p. p. 2. 3 y 4.

se daba pleno valor a los contratos cuyo objeto era la transmisión de tecnología no patentada, pero la situación cambió en 1964, por un lado con la resolución de caso *Sears Roebuck & Co. vs. Stiffel Co.* en que por el derecho de patentes se cuestionó la validez y protección del know how, ya que todo conocimiento técnico mantenido en secreto no se le debía proteger legalmente porque desnaturalizaría la situación jurídica de las patentes y, por otro lado, con el caso *Titeloc Carpet Strip Co. vs. Klasner*, en que se admitió la existencia de evidencia suficiente para establecer el robo de partes de unas máquinas por el demandado, careciendo esta situación de poder suficiente para prevenir o restringir copias de tales partes, y que el demandante debía recurrir a tal efecto a la protección de sus ideas mediante patentamiento.

Como se observa, en la jurisprudencia norteamericana prevalecía el derecho de patentes y tan es así que el autor Hesbert Benavente invoca la opinión del Juez Black, la que transcribo porque deja en claro el pleno rechazo del know how: “ ...aquel que hace un descubrimiento, puede claro está, mantenerlo en secreto si así lo desea, pero acuerdos privados mediante los cuales individuos autotitulados inventores no mantienen sus descubrimientos en secreto, sino que los revelan a cambio de regalías contractuales, son contrarios al plan de nuestro derecho de patentes, que regula cuidadosamente el tipo de invenciones que pueden ser protegidas y la manera en que se realizará tal protección...”

Pero la jurisprudencia del know how sufrió un cambio radical con el caso *Painton Ltd vs. Bourns Inc* en 1970, ya que la demandada Bourns había concedido una licencia a la demandante Plainton, que cubría procedimientos patentados y conocimientos técnicos (know how), lo cual, después de seis años de vigencia la demandada decidió no renovarla, exigiendo la entrega de toda la documentación, resolviendo el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, que si los Estados daban validez a esos tipos de contratos, los inventores podrían soslayar la manera en que las invenciones pueden ser protegidas, por lo que, los inventores se verían incentivados a eludir la presentación de solicitudes de patentes y a suscribir contratos de licencia a largos plazos y al llegar el caso a la Corte Suprema Federal, se resolvió que la ley de patentes no deja sin efecto

a las normas específicamente aplicables a los secretos industriales y demás conocimientos técnicos no patentados; el derecho aplicable es pro-competitivo; un secreto comercial puede ser utilizado por quien lo haya desarrollado o por quienes se encuentren unidos por contratos, sin que el objeto del secreto pierda su carácter como tal ante el orden jurídico.

El reconocimiento del know how se reformó y reforzó en el caso *Kewanee Oil Co. vs. Bicon Corp.* de 1973, en que se estableció que la extensión de la protección sobre secretos comerciales a conocimientos no patentables es beneficiosa, pues incentiva la investigación e innovación en áreas no cubiertas por el derecho de patentes y que al darse validez a los contratos de provisión de conocimientos técnicos, quienes poseyeran tales conocimientos tenderían a guardarlos para sí, restringiendo la competencia, en lugar de aumentarla.

En la segunda mitad del Siglo XVIII, en Inglaterra se inició una profunda transformación en la estructura económica por la Revolución Industrial, que tuvo como puntos de apoyo la creciente población, la existencia de materias primas imprescindibles y el descubrimiento de nuevas fuentes de energía que facilitaban la elaboración de las materias primas., aunado al desarrollo de la técnica, la acumulación de capital para invertir y el espíritu capitalista, la aparición de nuevas necesidades y la posibilidad de su satisfacción. Para fines del siglo XIX, contando con nuevas fuentes de energía como el petróleo y la electricidad y la revolución de la nueva metalurgia y la química industrial moderna y el desarrollo de las comunicaciones; en los albores de 1870 la industria deja de ser un sistema de pequeñas empresas independientes, dando paso a los grandes conjuntos industriales y financieros, la acumulación y concentración de capitales se acentuó en la década de los años setenta mediante fórmulas como el trust y los holdings. Todas estas invenciones en el campo de la tecnología fueron en su mayoría acogidas en un sistema de patentes, sea del derecho inglés o del norteamericano, empero, la jurisprudencia demuestra que no todas las invenciones fueron patentadas, es decir, había conocimientos técnicos no patentados altamente valiosos (know



how), debido a que coadyuvan al surgimiento y operatividad de los inventos que han aparecido en las revoluciones industriales.<sup>191</sup>

**2.- Concepto.-** El contrato de know how, es aquél en que una parte mediante el pago de cierta suma, provee a otras informaciones tecnológicas escasas, de forma que posibilite a ésta una posición privilegiada en el mercado,<sup>192</sup> Hernán G. Talavera Corea, lo define como aquél celebrado con el fin de explotar conocimientos técnicos no patentados, que se guardan como secretos y su uso se permite bajo confidencialidad a cambio de una retribución<sup>193</sup> y por su parte Sonia Ortega Parra, indica que el contrato de licencia know how, es un negocio jurídico por el que una parte (transferente) se compromete a poner a disposición de la otra (adquirente o receptor) los conocimientos técnicos constitutivos del know how de modo definitivo, desprendiéndose de ellos en todo o parte, o bien se obliga a comunicar dichos conocimientos, posibilitando su explotación por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación (normalmente, una cantidad de dinero calculada como porcentaje sobre producción o venta).<sup>194</sup>

Por cuanto al precio que se convenga en el know how, éste puede ser cierto y determinado o determinable, si éste es único y conocido como forfait, es decir, es una cantidad única que se fija y puede cubrirse unitaria o fraccionariamente; más si el contrato se celebra a resultas, se hará por medio de uno en el que se fijen las rentas periódicas derivadas de la explotación del conocimiento transmitido, en cuyo caso se denomina troyalty, o incluso puede ser una combinación de ambos sistemas.<sup>195</sup>

Carlos Canudas, señala como efectos característicos del know how:

✓ Práctico, o sea útil, funcional, beneficioso, aprovechable, real;

---

<sup>191</sup> Cfr. Benavente Chorres, Hesbert. Ob. Cit. p.p. 4, 5 y 6.

<sup>192</sup> Cfr. Barbosa, Denis. Ob. Cit. p. 5.

<sup>193</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 1

<sup>194</sup> Cfr. Ortega Parra Sonia. Know how y la Licencia de Patente. Diferencias. En Disjurex, Librería Jurídica Virtual., p. p. 1 y 2.

<sup>195</sup> Cfr. Enrigue Zuloaga., Carlos. Ob. Cit. p. 186.

- ✓ Probado: que los procedimientos hayan sido ensayados, demostrados y comprobados, a la vez seguros y acreditados;
- ✓ Original: que sea nuevo, peculiar, interesante. Es esta característica la que lo hace confidencial durante la vida del contrato y luego de su terminación;
- ✓ Específico: que sea un conjunto de técnicas, procedimientos y métodos definidos e individualizados e identificados en forma concreta;
- ✓ Generalmente no patentados y secreto (en el sentido de que no es comúnmente conocido);
- ✓ Reproducible: o fácilmente transmisible oralmente- en sesiones de entrenamiento o por escrito en los contratos y/o manuales;
- ✓ Sustancial: por el hecho de que el mismo incluya una información importante para la venta de productos o la prestación de los servicios, para la presentación de los productos, las relaciones con la clientela y en general la gestión operativa y administrativa.<sup>196</sup>

**3.- Regulación en México.-** El know how se usa en México y en general en Latinoamérica, a partir de la ausencia de cultura en materia de investigación tecnológica; nuestros hombres de negocios prefieren adquirir tecnologías ya aplicadas, y esto ha creado, en esa materia, una dependencia casi absoluta de nuestra industria y empieza a notarse la influencia de know how extranjero, incluso en el comercio.<sup>197</sup> El contrato know how; a pesar de ser muy utilizado sobre todo en la industria y el comercio, no tiene una regulación específica en el Derecho Mercantil de nuestro país y por lo tanto es innominado y atípico, por lo cual, deberán aplicársele las normas del Código Civil Federal, sin embargo, la Ley de la Propiedad Industrial, dedica los artículos 82 al 86 BIS 1,

---

<sup>196</sup> Cfr. Ob. Cit. p. p. 1 y 2.

<sup>197</sup> Cfr. Enrigue Zuloaga, Carlos. Ob. Cit. p. 186.

a los Secretos Industriales, cuyas normas son aplicables al know how y cuyas notas características son las siguientes:

- ✓ **Secreto industrial.-** El secreto industrial es toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma (Artículo 82).
- ✓ **Contenido del secreto industrial.-** La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos, a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o de prestación de servicios. Asimismo, la información deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros instrumentos similares. (Artículos 82 y 83)
- ✓ **Transmisión o autorización del secreto industrial.-** La persona que guarde un secreto industrial, podrá transmitirlo o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto industrial por ningún medio. (Artículo 84, primer párrafo).
- ✓ **Cláusula de confidencialidad.-** En los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplen, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales. (Artículo 84, segundo párrafo)
- ✓ **Responsabilidad por mal uso del secreto industrial.-** Toda aquella persona que, con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto industrial

del cual se le haya prevenido sobre su confidencialidad, deberá abstenerse de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado. Asimismo, La persona física o moral que contrate a un trabajador que esté laborando o haya elaborado o a un profesionista, asesor o consultor que preste o haya prestado sus servicios para otra persona, con el fin de obtener secretos industriales de ésta, será responsable del pago de daños y perjuicios que le ocasione a dicha persona. También será responsable del pago de daños y perjuicios la persona física o moral que por cualquier medio ilícito obtenga información que contemple un secreto industrial (Artículos 85 y 86).

- ✓ **Protección judicial de secretos industriales.-** La información requerida por las leyes especiales para determinar la seguridad y eficacia de productos farmoquímicos y agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos quedará protegida en los términos de los tratados internacionales en los que México sea parte. En cualquier procedimiento judicial o administrativo en que se requiera que alguno de los interesados revele un secreto industrial, la autoridad que conozca deberá adoptar las medidas necesarias para impedir su divulgación a terceros ajenos a la controversia (Artículos 86 BIS y 86 BIS 1)

Por otro lado, si el know how comprende el uso de patentes, modelos de utilidad o diseños industriales, deberán aplicarse las reglas que establece la mencionada Ley de la Propiedad Industrial, o bien, las que establezcan otras leyes, de conformidad con el objeto del contrato.

**3.- Relación con otros contratos mercantiles.-** El contrato de know how se ha relacionado y aún confundido con otros contratos mercantiles, tal es el caso del contrato de licencia de patente o contrato de patente de invención y con el contrato de franquicia, cuando su naturaleza jurídica es diferente, sin embargo es cierto que tienen como común denominador, la materia objeto de la convención, que se refiere a información sobre conocimientos técnicos, métodos, procedimientos y otros, que en el caso del contrato know how son

secretos y en los contratos de patentes y franquicia son conocidos y se encuentran registrados.

### **C.- Contrato de licencia de patente o contrato de patente.**

**1.- Antecedentes.-** Los antecedentes del hoy llamado contrato de licencia de patente o simplemente contrato de patente, son recientes, pues como es sabido, los derechos de los inventores no fueron reconocidos sino hasta los tiempos modernos, y en el siglo XIX en Italia, Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de América, desarrolla plenamente la patente y en 1884 se crea la Unión de Estados para la Propiedad Industrial. Es muy común que el contrato de patente se celebre asociado a contratos como el joint venture, know how y el contrato de franquicia, principalmente, por ejemplo, el autor Hesbert Benavente Chorres, señala tres etapas en la relación del Know how con las patentes:

Primera etapa.- En esta etapa el know how depende de la patente, es decir, que en un primer momento se lo concebía totalmente subsumido en los contratos de licencia de patentes.

Segunda etapa. Aquí el know how está separado totalmente de las patentes, empero, en vez de proclamar su autonomía e importancia, buscan invalidar su eficacia, validez e importancia económica y jurídica, debido a que, es a través de las patentes (el instrumento jurídico) en que se regulan las invenciones y descubrimientos.

Tercera etapa. En esta etapa el know how es autónomo e interrelacionado, es decir, se le reconoce su autonomía jurídica de otras figuras y su importancia económica. En los momentos actuales se complementa esta figura en su interrelación con figuras contractuales modernas.<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> Cfr. Ob. Cit. p.p. 6 y 7.

**2.- Regulación en México.-** En México, es la nueva Ley de la Propiedad Industrial,<sup>199</sup> la encargada de regular las patentes, las franquicias y los secretos industriales, ya que de acuerdo con su artículo 2o, tiene como objeto: fracción V.- Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registro de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales y fracción VII.- Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante. Mientras que conforme al artículo 1o. de igual Ley, su aplicación administrativa corresponde al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

De acuerdo con las disposiciones contenidas en esta Ley, a continuación, expongo las notas distintivas de las patentes de las invenciones y de los registros de modelos de utilidad y diseños industriales, dejando para otro apartado, lo relativo a la franquicia, que también regula la Ley de la propiedad Industrial:

**a).- Patentes:**

- ✓ **Patente de invención.-** Es el derecho que se le concede a una persona física o moral con motivo de una invención (Artículos 9o. Y 10), entendiéndose por tal toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas, pero solo serán patentables las invenciones que sean nuevas,
  
- ✓ **Excepciones.-** No son patentables los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción o propagación de plantas y animales; El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza; las razas animales; el cuerpo humano y las partes vivas que lo componen y las variedades vegetales (Artículos 15 y 16).

---

<sup>199</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de junio de 1991.

- ✓ **No se consideran invenciones.-** Los principios teóricos o científicos; Los descubrimientos que consistan en dar a conocer o revelar algo que ya existía en la naturaleza, aún cuando anteriormente fuese desconocido para el hombre; los esquemas, planes, reglas y métodos para realizar actos mentales, juegos o negocios y los métodos matemáticos; los programas de computación; las formas de presentación de información; las creaciones estéticas y las obras artísticas o literarias; los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales y; La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezcladas de productos conocidos, su variación de uso, de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que en realidad se trate de su combinación o fusión de tal manera que no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial o un uso no obvio para un técnico en la materia (Artículo 19).
  
- ✓ **Vigencia de la patente.-** La patente tiene una vigencia de 20 años improrrogables, contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud y estará sujeta al pago de la tarifa correspondiente, pero el titular de la patente podrá demandar daños y perjuicios a terceros que antes del otorgamiento hubiesen explotado sin su consentimiento el proceso o producto patentado, cuando dicha explotación se haya realizado después de la fecha en que surta efectos la publicación de la solicitud en la Gaceta (Artículos 23 y 24).
  
- ✓ **Prerrogativas del titular de la patente.-** Si la materia objeto de la patente es un producto, el derecho de impedir a otras personas que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan en venta o importen el producto patentado, sin su consentimiento y si la materia objeto de la patente es un proceso, el derecho de impedir a otras personas que utilicen ese proceso y que usen, ofrezcan en venta o importen el producto obtenido directamente de ese proceso, sin su consentimiento (Artículo 25),

- ✓ **Explotación de la patente.-** El artículo 9o. de la Ley, establece que la persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento,
  
- ✓ **Exclusión de responsabilidad.-** El derecho que confiere una patente no producirá efecto alguno contra: Un tercero que, en el ámbito privado o académico y con fines no comerciales, realice actividades de investigación científica o tecnológica puramente experimentales; Cualquier persona que comercialice, adquiera o use el producto patentado u obtenido por el proceso patentado, luego de que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio; cualquier persona que, con anterioridad a la fecha de la presentación de la solicitud de la patente o, en su caso, de prioridad reconocida, utilice el proceso patentado o hubiere iniciado los preparativos necesarios para llevar a cabo tal utilización o fabricación; el empleo de la invención de que se trate en los vehículos de transporte de otros países que formen parte de ellos, cuando éstos se encuentren en tránsito en territorio nacional;

Tampoco produce efectos contra un tercero que, en el caso de patentes relacionadas con materia viva, utilice el producto patentado como fuente inicial de variación o propagación para obtener otros productos, salvo que dicha utilización se realice e forma reiterada; un tercero que, en el caso de patentes relacionadas con productos que consisten en materia viva, utilice, ponga en circulación o comercialice los productos patentados, para fines que no sean de multiplicación o propagación, después de que estos hayan sido introducidos lícitamente en el comercio por el titular de la patente, o la persona que tenga concedida una licencia. La realización de cualquier actividad de las mencionadas, no construirá infracción administrativa o delito en términos de la propia ley. (Artículo 21)



**b).- Modelos de utilidad.-** Los modelos de utilidad son los objetos, utensilios, aparatos o herramientas que, como resultado de una modificación en su disposición, configuración, estructura o forma, presenten una función diferente respecto de las partes que lo integran o ventajas en cuanto su utilidad; son registrables los modelos de utilidad que sean nuevos y susceptibles de aplicación industrial, por diez años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud y estará sujeto al pago de la tarifa correspondiente (Artículos 27, 28 y 28) y la explotación y limitaciones se rigen por los artículos 22 y 25 de la ley. Al igual que las patentes, los derechos de registro de modelos de utilidad, pueden ser objeto de convención hacia terceros, por parte del titular.

**c).- Diseños industriales.-** El artículo 32 de la ley señala que los diseños industriales comprenden: los dibujos industriales, que son toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar y propio y; los modelos industriales, constituidos por toda la forma tridimensional que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que le dé apariencia especial en cuanto no implique efectos técnicos (artículo 32), cuyo registro tendrá una vigencia de 15 años improrrogables contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud y sujeto al pago de la tarifa respectiva y al igual que el modelo de utilidad y las patentes, la explotación y limitaciones se rigen por los artículos 22 y 25 de la ley y los derechos de registro de diseños industriales, pueden ser objeto de convención hacia terceros, por parte del titular.

**D.- Contrato de franquicia.-** Este contrato de franquicia (franchising) se encuentra muy relacionado con el contrato know how, pues este “saber hacer”, “saber como”, se inserta en la franquicia, ya que como dice el autor Carlos Canudas, en la franquicia es parte fundamental del acuerdo entre franquiciante y franquiciado, y coloca al franquiciado en disposición de explotar su negocio con las ventajas y experiencias adquiridas por el franquiciante a lo largo de los años. Empíricamente el know how se describe en los contratos y en los

manuales de las franquicias y su forma de transmitirlo es esencial, ya que le facilita al franquiciado la posibilidad de entrar en un negocio sin experiencia previa y con conocimientos limitados.<sup>200</sup>

**1.- Antecedentes.-** En la Edad Media, las autoridades gubernamentales y eclesiásticas otorgaban a determinados individuos facultades que originalmente les correspondían a ellos.<sup>201</sup> El autor Hesbert Benavente Chorres, señala que la franquicia era un privilegio o una autorización del soberano a alguno o algunos de sus súbditos, referido a derechos de mercado, pesca o forestales. En Inglaterra, algunos siervos recibieron derechos y privilegios especiales, incluyendo el derecho a la ganancia que se obtuviese de la tierra, el que estaba sujeto a las cuotas o impuestos que se pagaban al rey o a la nobleza, según fuera el caso. Estas cuotas se llamaban “diezmo real” y conformaban la raíz etimológica de la palabra “regalías”.

Durante el siglo XIX, las industrias norteamericanas cruzaban por serios problemas para distribuir los bienes en todo su territorio, dando forma a la franquicia de producto. Según la historia, I. M. Singer & Co. tenía dificultades debido a su bajo índice de ventas, siendo uno de sus principales obstáculos la poca presencia en el territorio de la Unión debido al costo que suponía penetrar con sus bienes a tan vasto espacio territorial, poniendo en riesgo la subsistencia de la empresa; es así que en 1851, la compañía cambió su estructura básica de funcionamiento, es decir, a partir de ese momento, comenzó a cobrarle a sus vendedores en vez de pagarles, con lo cual eliminó su carga de asalariados y creó lo que hoy podríamos denominar como el primer esquema de concesionarios en Estados Unidos, sirviendo como fundamento para los elaborados sistemas de franquicias en la actualidad. Este sistema fue seguido con éxito por la General Motors Company, Howard Jonson, Coca Cola, MC' DONALDS y otras grandes empresas estadounidenses.

En el siglo XX, la franquicia se desarrolló en forma rápida, donde la gran explosión (el Boom de las franquicias) se produjo después de la Segunda Guerra Mundial. Confluyeron en tal situación, factores sociales, económicos

---

<sup>200</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 1.

<sup>201</sup> Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano. Edit. Porrúa, Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac. México 2000. p. 1

políticos, tecnológicos y legales, a los que se sumaron el regreso de miles de soldados estadounidenses y el nacimiento de una gran generación emprendedora conocida como baby boom,<sup>202</sup> a lo que debemos agregar otro factor importante, la evolución de la legislación de marcas en los Estados Unidos de América. En el common law, las marcas eran consideradas, en un principio, como indicador del origen de un producto y como tal no se explicaba el que una marca fuere una licencia. Para 1971, en California se promulgó la primera ley estatal relacionada con la inscripción de las franquicias y en 1979, se crea la Comisión Federal sobre Comercio (Federal Trade Commission), organismo gubernamental encargado de regular y supervisar los métodos y prácticas comerciales que publicó un reglamento de aplicación nacional para el otorgamiento de franquicias.<sup>203</sup>

En México, la franquicia empezó a funcionar en la década de los 80's, cobro auge y en 1989, se Constituyó la Asociación Mexicana de Franquicias, A. C., cuyos propósitos fundamentales consisten en la difusión y promoción de las franquicias en nuestro país así como en el mejoramiento de las condiciones legales con el objeto de propiciar un crecimiento sostenido de las franquicias en México.<sup>204</sup>

**2.- Concepto.-** El Black's Law Dictionary define la palabra franchise, de la siguiente manera: "La franquicia es la licencia que otorga el dueño de una marca o nombre comercial y que permite a otra persona vender un producto o servicio bajo ese nombre comercial. En general, una franquicia involucra un contrato detallado mediante el cual el franquisiatario se obliga a operar un negocio o vender un producto o servicio conforme a los métodos y procedimientos establecidos por el franquiciante, y éste se obliga a su vez, a transmitir al franquisiatario el anuncio, promoción y consulta de otros servicios relacionados con la franquicia".<sup>205</sup> Argañarás, José Ignacio, define la franquicia como un contrato por el cual, un comerciante (franquiciante, otorga a otro

---

<sup>202</sup> Cfr. Ob Cit. p. 8.

<sup>203</sup> Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Ob. Cit. p. 5 y 8.

<sup>204</sup> Cfr. Idem. p. XI

<sup>205</sup> Idem. p. 33

(franquiciado) la licencia, para que venda productos o servicios de su titularidad. Generalmente se paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas.<sup>206</sup>

Por su parte, la autora Alejandra Torres de la Rosa, define a la franquicia de esta forma: Contrato mercantil, principal, definitivo, bilateral, oneroso, atípico, nominado, intuitu personae, consensual y de tracto sucesivo, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obligan a otorgar el uso de una o más marcas, nombres y/o avisos comerciales y derechos de autor, así como a transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia y Know how, y a prestar asistencia técnica, organizativa, gerencial y administrativa a otra parte llamada franquisiatario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial, así como por pagos periódicos o regalías y a comercializar, producir y distribuir bienes, o a prestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado, de acuerdo con las instrucciones y bajo el control de ésta”.<sup>207</sup> Al respecto, si bien en la anterior definición se estima que el contrato de franquicia es atípico, lo cierto es que si bien no se establece en el Código de Comercio y en el Código Civil federal, si se encuentra regulado por la Ley de la propiedad Industrial, como lo refiero posteriormente

**3.- Clasificación.-** Una primera clasificación, distingue entre las de primera y las de segunda generación, mencionando que la primeras surgieron a finales del siglo XIX y principios del XX, siendo su principal objetivo el de asegurar la distribución de los productos, estas franquicias pueden ser definidas como aquel sistema de franquicias rudimentario, que solo implicaba una red de comercialización de determinado artículo o servicio, sin transferencia de Know how ni autorización de un plan negocial, mientras que las segundas, son las “franquicias de formato” o “franquicias con formato de negocios”, que surgieron

---

<sup>206</sup> Cfr. Argañaraz, José Ignacio. Contrato de Franchising (franquicia). Universidad Austral. Facultad de Ciencias Empresariales. p. 2

<sup>207</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 36 y 37

después de la Segunda Guerra Mundial, debido a que el comercio minorista comenzó a orientarse más a los servicios que a los productos.

Los franquiciantes vendían el derecho de adoptar un concepto comercial (desde carteles y publicidad hasta recetas y uniformes) a los licenciarios, quienes eran personas sin ninguna experiencia comercial previas. Estas franquicias suponen la explotación de artículo identificados mediante una marca, además se incluían el modo de dirigir con éxito un negocio en todos sus aspectos, es decir la utilización de un Know how comercial. El Know how actualmente abarca mucho más, es decir, comprende desde los conocimientos técnicos como objeto del derecho, pasando por los ámbitos contractuales como actos jurídicos patrimoniales y concluyendo con sus efectos dentro del contexto empresarial.<sup>208</sup>

Otra clasificación de las franquicias, según Herbert Benavente Chorres:<sup>209</sup>

“Mercantil, porque se celebra entre comerciantes; Nominada, porque se encuentra contemplada en nuestra legislación; bilateral, porque produce obligaciones para los dos contratantes; intuitu personae, porque se celebra en base a las características personales de las partes, sobre la base de la confianza; formal, en cuanto que requiere celebrarse por escrito e inscribirse en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para producir efectos contra terceros; de largo plazo o de tracto sucesivo, pues sus prestaciones se cumplen en el tiempo durante el cual está en vigencia; frecuentemente de adhesión, ya que el franquiciante elabora unilateralmente el contrato; ocasionalmente aleatorio, pero en otras conmutativo y; atípico en México, porque no es regulado por nuestra legislación en cuanto a la relación de Derecho Privado entre las partes contratantes. La regulación en la Ley de Propiedad Industrial es de carácter administrativo y registral.

**4.- Regulación en México.-** Al respecto, debo manifestar primeramente que es cierto que como se menciona en el número anterior, la autora Alejandra Torres de la Rosa, señala que la Ley de Propiedad Industrial, tiene carácter

---

<sup>208</sup> Cfr. Benavente Chorres, Hesbert. Ob. Cit. p. 9

<sup>209</sup> Cfr. Torres de la Rosa, Alejandra. Ob. Cit. p.39

administrativo y registral, sin embargo, también establece disposiciones regulatorias del contrato de franquicia, ya que por un lado, el artículo 136 establece que el titular de una marca registrada o en trámite podrá conceder, mediante convenio, licencia de uso a una o más personas, con relación a todos o algunos de los productos o servicios a los que se aplique dicha marca, con el requisito de que la licencia deberá inscribirse en el Instituto de la Propiedad Industrial, para que pueda producir efectos en perjuicio de terceros.

Luego entonces, tenemos un contrato de licencia de uso de marca, mismo que se convierte en contrato de franquicia, en virtud de que el artículo 42 de igual ordenamiento señala que, existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

Aunado a lo anterior, el artículo 142 BIS de la Ley, menciona expresamente al contrato de franquicia, por cuya forma deberá constar por escrito y contener cuando menos los siguientes requisitos:

- ✓ La zona geográfica en la que el franquisiario ejercerá las actividades objeto del contrato.
- ✓ La ubicación, dimensión mínima y características de las inversiones en infraestructura, respecto del establecimiento el cual el franquisiario ejercerá las actividades derivadas de la materia del contrato.
- ✓ Las políticas de inventarios, mercadotecnia y publicidad, así como las disposiciones relativas al suministro de mercancías y contratación con proveedores, en el caso de que sean aplicables.

- ✓ Las políticas, procedimientos y plazos relativos a los reembolsos, financiamientos y demás contraprestaciones a cargo de las partes en los términos convenidos en el contrato.
- ✓ Los criterios y métodos aplicables a la determinación de los márgenes de utilidad y/o comisiones de los franquiciatarios.
- ✓ Las características de la capacitación técnica y operativa del personal del franquisiatario, así como el método o la forma en que el franquisante otorgará asistencia técnica.

**E.- Contrato de comercio electrónico internacional.-** Otro tema en boga y que debe ponerse en la mesa de discusiones de los estudiosos del derecho, de donde surjan las reformas legislativas correspondientes, para su regulación y sobre todo para su unificación nacional e internacional, lo es sin duda el relativo al *Contrato de Comercio Electrónico Internacional*, mismo que tiene como puntos de partida, por un lado, el uso de medios electrónicos para la contratación de productos y servicios, principalmente a través de Internet y, por el otro, el fenómeno de la globalización, como con anterioridad lo señalé.

Debido al gran desarrollo que actualmente tiene el comercio electrónico en el mundo y por consiguiente a la problemática que enfrentan usuarios y gobiernos, tanto por lo que hace a la celebración de contratos mercantiles, como a la realización de ilícitos penales, a través de Internet, en este apartado realizaré un análisis más profundo respecto del contrato de comercio electrónico internacional, que el realizado sobre los contratos que analice anteriormente.

Para los efectos de esta investigación, es importante tener presente que, el fenómeno de la globalización, entre otras consecuencias abrió las fronteras de los países en el mundo, a la comercialización de una gran cantidad y variedad de productos y servicios y ha creado zonas de libre comercio, cuyas operaciones tradicionalmente han sido reguladas por la Lex Mercatoria (usos y

costumbres comerciales), acuerdos bilaterales, tratados internacionales y convenciones, cobrando auge el uso de medios electrónicos, en la celebración de contratos mercantiles internacionales.

Estas formas inéditas de contratación comercial, han obligado a las legislaciones internas de los estados, a las normas consuetudinarias y a las del derecho internacional a buscar su adecuación, al tiempo que se reclama su unificación global en foros nacionales, regionales y mundiales, en que se discuten infinidad de temas sobre contratos comerciales electrónicos y tecnología digital y se están desarrollando diversas medidas encaminadas a facilitar el cumplimiento de los derechos, como son medidas tecnológicas de protección, técnicas al servicio de la gestión de derechos, procedimientos alternativos de solución de controversias, procedimientos de solución de controversias en línea y cumplimiento inmediato.<sup>210</sup> A los que deben agregarse la firma electrónica, la firma electrónica avanzada, y la certificación, entre otros.

**1.- Comercio electrónico internacional.-** En estas trascendentes transformaciones del comercio internacional, la ciencia de la informática se ha desarrollado, con tal perfección que ocupa un lugar preponderante >estudia el tratamiento automático de la información a través de máquinas electrónicas y computadoras<, puesto que ha propiciado la existencia de redes internacionales de información en que Internet, *per se*, como red de redes; net por la expresión inglesa que significa red e; Inter., por oposición a las intranets particulares, que no son abiertas al público en general,<sup>211</sup> es un canal mundial de telecomunicaciones informáticas, que se integra por muchos canales que a su vez, están interconectados entre sí, lo cual lo convierte en el medio de comunicación más veloz en toda la historia de la humanidad.<sup>212</sup> Sin dejar de mencionarse que la relación entre el derecho y la informática ha dado lugar a lo

---

<sup>210</sup> Cfr. Vargas García, Salomón. Algunos Comentarios sobre el Comercio Electrónico y la Correduría Pública en México, Edit. Porrúa, México 2004. p. p. 10 y 11.

<sup>211</sup> Cfr. S. Rippe, L. Creimer, C. Del Piazzo, D. Hargan, V. Matteo, R. Merlinski, M. Bauza, P. Balarini, G. Caffera, J. Piaggio, N. Pérez. "Comercio Electrónico, Análisis Jurídico Multidisciplinario", Edit. IB de F. Buenos Aires, Argentina, 2003. p. 20.

<sup>212</sup> Cfr. Reyes Kraff, Alfredo Alejandro. La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación, Edit. Porrúa, México 2003. p. 27.



que se denomina derecho informático o de la informática y derecho de la informática jurídica.<sup>213</sup>

Tan es así lo mencionado en el párrafo anterior, que es del dominio público nacional e internacional, la existencia de millones de prestadores de servicios de información, comunicación y retransmisión, por lo que el uso de Internet ha cambiado en muchos aspectos las costumbres, los hábitos y en general la vida del ser humano, porque debe reconocerse que le reduce drásticamente tiempo, distancia y costos, le facilita el acceso gratuito u oneroso, a una gran diversidad de servicios de entretenimiento, educación, cultura, deporte, etc., y le permite la fácil adquisición de múltiples bienes tangibles y no tangibles, a más del acceso a la banca electrónica, el pago de servicios y de impuestos, entre otros, La tecnología informática no tiene límites ni fronteras; su desarrollo lejos de detenerse continuará proporcionando múltiples e insospechados beneficios para la humanidad.

Como medio de comunicación por excelencia en este mundo globalizado, Internet vincula usuarios en un mismo país y en países remotos, en la celebración de contratos de comercio electrónico, cuya naturaleza y derecho aplicable se puede determinar a partir del principio mundialmente reconocido de la autonomía de la voluntad de los contratantes, distinguiéndose entre autonomía conflictual, que es la facultad de las partes de elegir expresa o tácitamente, pero siempre de manera manifiesta, la ley o leyes que ha de regular el contrato, y autonomía material, que es la facultad de las partes de incorporar al contrato cláusulas creadas por las partes y en virtud de las cuales pueden, incluso, excluir las normas de derecho privado que sería competente y aplicable al contrato, de no haberse ejercido tal facultad.<sup>214</sup> Ello sin perjuicio de observar normas imperativas de derecho estatal e internacional

Cabe señalar también que con el uso de Internet en las transacciones comerciales, han surgido otros actores denominados cybermediarios, certificadores y otros, al tiempo que se han suprimido algunos,

---

<sup>213</sup> Cfr. González Malabria, Sergio. Tutela Judicial del Comercio Electrónico, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004. p. 52.

<sup>214</sup> Cfr. Pardini, Anibal A. Derecho de Internet, Edit. Ediciones la Roca, Buenos Aires, Argentina 2002 p. p. 186 y 187.

antes imprescindibles en el comercio tradicional, como vendedores de piso o de mostrador, vendedores de puerta en puerta, agentes de ventas locales y viajeros o foráneos, transportistas y algunos otros tipos de intermediarios. Puede considerarse también que como consecuencia del uso de Internet, vendrá a menos el comercio electrónico mediante correo, telégrafo, teléfono, fax y otros.

Es de reconocerse sin embargo, que las nuevas tecnologías de la informática, al tiempo que reportan al hombre múltiples beneficios en tiempo, costo, etc., a su vez le generan graves problemas. El uso de Internet involucra la imposibilidad de identificar y ubicar físicamente a los usuarios, éstos se ocultan y escabullen y muchas veces no es factible aplicarles las leyes, nacionales o internacionales, según corresponda; por ejemplo, en materia fiscal, el ejercicio de facultades recaudatorias se complica al no poder identificar ni ubicar físicamente a los generadores de la obligación jurídica tributaria, ya sea que la comercialización de bienes y servicio, requiera del paso por aduanas o que mediante otro control se cobren los impuestos o porque en el peor de los casos, se trate del comercio de bienes intangibles, también llamados productos digitales, que son aquellos en los cuales, una vez que queda la transacción concluida, el internauta se conecta a un servidor FTP, en donde puede “teledescargar” el producto, bajo la forma de un archivo numérico, verso su computadora.

Otro modo de ejecución virtual consiste, para el vendedor, en mandar por correo electrónico, y contra remuneración, una clave permitiendo al cliente acceder a unas bases de datos en línea,<sup>215</sup> propiciándose así la evasión fiscal, lo cual involucra para las autoridades fiscales, un nuevo desafío en cuanto a nuevos procedimientos en el control de las transacciones y a los consiguientes mecanismos recaudatorios.<sup>216</sup> Otro tipo de conductas ilícitas que trae consigo el uso de Internet, es la comisión de delitos de venta de drogas y

---

<sup>215</sup> Cfr. Graham, James A. El Derecho Internacional Privado del Comercio Electrónico, Edit. Themis, México 2003. p. 10.

<sup>216</sup> Cfr. Nuñez, Adriana S. Comercio Electrónico. Aspectos Impositivos, Contables y Tecnológicos, Edit. La Ley, Argentina. p. 4.

estupefacientes, fraudes, pornografía y muchos más, denominadas delitos cibernéticos, por cometerse mediante Internet.

Centrándome en el caso particular del comercio internacional, es manifiesta la tendencia a usar medios electrónicos y a Internet por excelencia >Web. e-mail. Chat<, para la celebración de contratos comerciales, situación que ha venido a revolucionar y a transformar las reglas legales y las añejas prácticas comerciales de contratación, pues se suprimió el documento escrito, en el que, según el autor Ricardo L. Lorenzetti, la declaración está asentada en átomos y es susceptible de percepción sensorial y en cambio en el documento electrónico, la declaración está asentada sobre bits,<sup>217</sup> y, por otro lado, la presencia de las partes ahora es virtual y la firma es electrónica, por lo cual la práctica del comercio ha revolucionado y evolucionado a otras formas sorprendentes e inesperadas.

El EC o comercio electrónico por sus siglas en inglés, denominado también como Electronic comerse, E-commerce o ecomerce, término acuñado en el derecho anglosajón, se puede considerar como un pequeño segmento de la gran diversidad de recursos susceptibles de aprovecharse a través de la electrónica y redes informáticas, entre los que Internet ocupa un lugar privilegiado, es como lo señalé, la red de redes. Y que en el ámbito internacional, asume la denominación de Contrato de Comercio Electrónico Internacional, CEI por sus siglas en español o ECI, por sus siglas en inglés.

Sin embargo, en nuestro país como en muchos otros, aún existe temor por la falta de seguridad en las transacciones, privacidad de la información personal, identificación y la ubicación de las partes; es de reconocerse por tanto, que el éxito de las transacciones comerciales vía Internet, depende en gran medida de la seguridad con que se transmita la información y de la identificación plena de sus participantes. Las empresas multinacionales son las primeras en advertir que Internet es el nuevo medio

---

<sup>217</sup> Idem. p. 62.

informático de transacciones comerciales pero presenta una nueva gama de ilícitos antes desconocidos.<sup>218</sup>

Para enfrentar los retos del uso de Internet, por las consecuencias que genera en diversas materias, entre ellas el comercio electrónico, en México se han reformado el Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor, los códigos penales y de procedimientos penales, tanto federales como del Distrito Federal, el Código Fiscal de la Federación y otros ordenamientos jurídicos de carácter general. Es importante señalar que se cuenta además, con las iniciativas de Ley de Protección de Datos Personales, Ley Contra el Crimen Electrónico y Ley General de Informática, las que una vez aprobadas, vendrán a contribuir al afianzamiento de la seguridad jurídica, en las operaciones que se realizan a través de Internet, particularmente en el caso del comercio electrónico que realizan consumidores de bienes y servicios.

En el ámbito gubernamental, puede señalarse el desarrollo del Sistema Nacional e-México, como proyecto integrador, para articular los intereses de los distintos niveles de gobierno, de entidades y dependencias públicas, de los operadores de redes de telecomunicaciones, de las cámaras y asociaciones vinculadas a las TICs, y de diversas instituciones, a fin de ampliar la cobertura de servicios básicos como educación, salud, economía, gobierno y ciencia y tecnología e industria, así como de otros servicios a la comunidad.<sup>219</sup>

Se destacan asimismo: la Comisión Intersecretarial para el Desarrollo del Gobierno Electrónico,<sup>220</sup> que creó la Subcomisión de Firma Electrónica Avanzada, con el propósito de homologar los procedimientos y la tecnología de la Firma Electrónica Avanzada y establecer las condiciones técnicas para el reconocimiento de certificados digitales; la Agenda Presidencial del Buen Gobierno, estableció el Gobierno Digital, para que los ciudadanos puedan acceder a los servicios de información desde la comodidad de su casa u oficina, en la parte interna mejorar el desempeño del Gobierno y hacia su interior el Gobierno Digital debe ayudar a los otros tributos de buen gobierno,

---

<sup>218</sup> Idem. p. 4

<sup>219</sup> Cfr. Elías Azar, Edgar. La Contratación por medios electrónicos. Edit. Porrúa. México 2005. p. 68.

<sup>220</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 9 de diciembre de 2005.

además del acuerdo que permite realizar diversos trámites a los Fedatarios públicos que cuenten con un Certificado Digital de Firma Electrónica Avanzada (FEA) emitido por el Servicio de Administración Tributaria (SAT).

Es así que por Internet se pueden consultar los portales de los gobiernos federal, estatal, municipal y del Distrito Federal, que cuentan con el acervo informático de la legislación que los rige, programas de gobierno y establecen la posibilidad de realizar diversos trámites relacionados con la prestación de servicios y pago de impuestos, entre otros.

En el plano internacional, con objeto de unificar las reglas que rigen el comercio electrónico, se han creado diversos instrumentos jurídicos como son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convenio de Viena de 1980); la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) Sobre el Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales de 2005, lo cual representa sin duda grandes avances en la materia, sin embargo, se encuentran pendientes tareas importantes sobre el perfeccionamiento de los contratos, la ley aplicable y el tribunal competente para conocer y resolver las controversias, es decir, surgen problemas relativos a la existencia y validez de los contratos mercantiles, conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio y aún conflictos jurisdiccionales, que reitero, deben ser objeto de un análisis jurídico profundo, para lograr la uniformidad de las reglas que rigen estas relaciones en el comercio electrónico internacional.

**a).- Antecedentes.-** La aparición del comercio electrónico se remonta a la década de los 60's cuando en los Estados Unidos, algunas empresas acordaron conectar sus computadoras para el intercambio de información, es la primera expresión de comercio electrónico denominado "Intercambio Electrónico de Informaciones", conocido como EDI, con iniciativas independientes en los sectores de ferrocarriles, verdulerías y fábricas de automóviles, y fue diseñado para fortalecer la calidad de los datos que ellos

estaban intercambiando con otros miembros en la cadena de proveedores, así como para satisfacer las necesidades de aceleración y control de procesos, reducción de los costos administrativos de organizaciones empresariales y gubernamentales y en los 70's la transferencia electrónica de fondos (TEF) a través de redes de seguridad, expandió el uso de tecnologías de telecomunicación para propósitos comerciales, permitiendo el desarrollo del intercambio de computadora a computadora, de información operacional comercial en el área financiera, específicamente a la transferencia de giros y pagos.<sup>221</sup>

Ahora bien, en 1969 se crea Internet, como una red mundial de computadoras unidas y comunicadas a través de las líneas telefónicas, cable de TV, fibras ópticas, satélite o líneas de teléfonos móviles, la cual surgió como un proyecto de estrategia militar y que tuvo como origen la red ARPANet (Advanced Research Projects Administration Network) creada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. La idea original había sido la de crear una red que interconectara centros de investigación y tecnología, siendo estos puntos estratégicos para el país durante la Guerra Fría que debían ser preservados en caso de bombardeos en un ataque nuclear.<sup>222</sup> Tuvo que pasar más de una década para que el comercio se realizara a través de Internet, ya durante ese lapso, su uso fue casi exclusivamente para fines educativos y de investigación.

Como lo señala Zaira Elizabeth Hernández, el uso de Internet más tarde pasó a incluir actividades más precisamente denominadas "Comercio en la red" –la compra de bienes y servicios a través de la World Wide Web vía servidores seguros (véase HTTPS, un protocolo de servidor especial que cifra la realización confidencial de pedidos para la protección de los consumidores y los datos de la organización) con tarjetas de compra electrónica y con servicios de pago electrónico como autorizaciones para tarjetas de crédito. El comercio

---

<sup>221</sup> Cfr. Vargas García, Salomón. Ob. Cit. p. p. 6 y 7.

<sup>222</sup> Cfr. Núñez, Adriana S. Ob. Cit. p. p. 17 y 18.

electrónico en la actualidad se ha convertido en el mayor medio de compra y venta entre grandes empresas.<sup>223</sup>

**b).- Concepto.-** Se han elaborado una gran cantidad y variedad de conceptos en torno al comercio electrónico, Anibal A. Pardini, lo define como aquel en el cual toda la transacción se materializa en un entorno electrónico”,<sup>224</sup> Salomón Vargas García, señala que el “Comercio Electrónico se entiende como el conjunto de actividades mercantiles que se desarrollan mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones sin que exista un contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda”.<sup>225</sup>

Asimismo, en la Norma Oficial Mexicana NMX-EDI-001-1998-SCFI. - bajo el rubro “Guía de Implantación del Intercambio Electrónico de Datos-Comercial”, se señala que el Intercambio electrónico de datos (ADI) es la comunicación de información estructurada de computadora a computadora, de aplicación, sin intervención humana y sin papel, entre corporaciones, instituciones o individuos, utilizando un formato estándar para los documentos y enviarlos a través del correo electrónico o de utilizar otro medio de comunicación. En estos conceptos sobre comercio electrónico, se advierte como característica el contacto virtual, electrónico, que se da entre las partes contratantes, desplazando el contacto físico tradicional.

Existen otros conceptos aún más elaborados y completos, como el de la Comisión de la Unión Europea, en la comunicación denominada Una Iniciativa Europea en Materia de Comercio Electrónico (COM.97.57) en que considera que el comercio electrónico es el desarrollo de actividad comercial y de transacción por vía electrónica y comprende actividades diversas: la comercialización de bienes y servicios por la vía electrónica; la distribución on

---

<sup>223</sup> Para ahondar en el tema consulté en la Web la Enciclopedia Wikipedia.org/wiki/comercio\_electrónico.

<sup>224</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 141.

<sup>225</sup> Cfr. Ob. Cit. pág. 9.

line de contenido digital, la realización por vía electrónica de operaciones financieras y de bolsa; la obra pública por vía electrónica y todo procedimiento de ese tipo celebrado por la administración pública.<sup>226</sup>

El argentino Antonio Mille, por su parte, señala que “bajo la denominación de comercio electrónico se distingue el vasto conjunto de actividades con finalidad mercantil que se desarrollan mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones sin que exista un contacto físico directo entre quien oferta un bien o un servicio y quien lo demanda” y que “cubre no solamente actos comerciales directos, como la compraventa o el alquiler, sino también acciones preparatorias o conexas como la de publicidad o mercadeo”.<sup>227</sup>

En este sentido, Adriana Núñez, señala que la definición de comercio electrónico es muy amplia e incluye cualquier forma de transacción de negocios en la cual las partes interactúan electrónicamente en lugar de hacerlo físicamente y aclara que no debe confundirse con el e-bussines (negocio electrónico). El e- bussines no es necesariamente lo mismo que comercio electrónico. El hecho de poner en marcha un negocio electrónico no implica automáticamente que una empresa vaya a vender productos en Internet. El e-bussines incluye posibilidades tales como: captura on-line de potenciales clientes; realización de encuestas por Internet; atención al cliente por correo electrónico, y manejo de perfiles de usuarios, entre otras.<sup>228</sup>

Zaira Elizabeth Hernández, es quien nos precisa cuales son los ramos del e-bussines, es decir, el comercio electrónico de: empresa a consumidor; consumidor a consumidor, entre empresa y gobierno y entre empresa y empresa y distingue entre el comercio electrónico directo y el indirecto, el primero que se refiere a bienes o servicios digitales, se concerta y ejecuta completamente por vía informática y el segundo, que se refiere a

---

<sup>226</sup> Cfr. Citado por Lorenzetti, Ricardo, Comercio Electrónico, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, Ob. Cit p. 53.

<sup>227</sup> Cfr. Citado por Jijena Lelva, Renato Palatzi, Pablo Andrés y Tellez Valdéz, Julio, el Derecho y la Sociedad de la Información: La importancia de Internet en el Mundo Actual, Edit. Miguel Angel Porrúa, Grupo Editorial, México, 2003. p. p. 172 y 173.

<sup>228</sup> Cfr. Ob. Cit. p 31.



bienes o servicios físicos que aún cuando permitan una celebración por medios tecnológicos, requieren del medio físico tradicional para su cumplimiento.<sup>229</sup>

Como se advierte, son muy diversas las acepciones legales y doctrinarias que se han pronunciado sobre el comercio electrónico, por lo cual me propongo confeccionar un concepto a partir de las notas que les son distintivas, a saber: se trata de un contacto electrónico o virtual entre las partes, no se usa papel para la celebración del contrato, la firma es electrónica, se trata de bienes intangibles y/o tangibles. Entonces esta es mi propuesta:

*“Comercio electrónico internacional, es la relación jurídica comercial que se establece entre partes que no mantienen un contacto físico, sino virtual, que se perfecciona a través de medios electrónicos, principalmente Internet y que es relativa a la compra-venta de bienes y/o servicios, tangibles o intangibles, cuya celebración y cumplimiento, puede realizarse desde sitios diversos, cercanos o remotos, observándose el principio mundialmente reconocido de la autonomía de la voluntad de los contratantes, para convenir la aplicación de normas propias y de leyes, así como respecto de los tribunales o árbitros competentes para conocer y resolver las controversias que entre ellas se susciten”.*

**2.- Regulación en México del contrato de comercio electrónico.-** Como ya lo apunté al abordar el estudio del comercio interior en nuestro país, el punto de partida de la regulación del comercio, es el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que establece la libre competencia y la libre competencia en el mercado, prohíbe los monopolios, los estancos y las exenciones de impuestos, todo en pro de impedir el acaparamiento de bienes y servicios y como consecuencia el alza de los precios y también protege a la industria y al derecho del autor.

---

<sup>229</sup> Enciclopedia Wikipedia.org/wiki/comercio electrónico.

Respecto de la producción legislativa constitucional en materia de comercio, el artículo 73, fracción X, concede al Congreso de la Unión, entre otras, la facultad de legislar en materia de comercio y el artículo 5o. Consagra la libertad de comercio lícito. Las leyes reglamentarias de los postulados constitucionales sobre el comercio, Ley de Comercio Exterior y su reglamento, Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor, con su reglamento y diversas leyes y normas de carácter general en la materia, han sido reformados ya que a partir del uso de nuevas tecnologías electrónicas, particularmente de Internet, la práctica del comercio se transformó y dejó atrás muchas formas tradicionales que regulaban esos ordenamientos, como la celebración por escrito y la firma autógrafa de contratos en forma personal o presencial, que ahora se producen a través de medios electrónicos y a distancia, dentro del mismo país y entre países.

**a) *Código de Comercio.-***, Establece el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al referir que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, excepto cuando el propio Código u otras leyes requieran escritura o formas o solemnidades para su eficacia o el derecho extranjero requiera escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no los exijan nuestras leyes (Arículos 78 y 79), asimismo, el artículo 81 de este Código, señala que con las modificaciones y restricciones que establece, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

En su artículo 80, el Código de Comercio prevé la celebración de convenios y contratos por correspondencia, telégrafo o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y destina el Título Segundo a la regulación del comercio electrónico, cuyas disposiciones, de acuerdo con el artículo 89, rigen en todo el país, sin perjuicio de los tratados internacionales celebrados con otros países, establece además que las actividades que regula quedan sometidas a la interpretación y a la aplicación

de los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa.

A continuación me refiero a la forma en que el Código de Comercio regula los contratos mercantiles a través de medios electrónicos, con base en los elementos que intervienen como son el mensaje de datos, el emisor, el destinatario, el intermediario, la firma electrónica, el certificado, el certificador y otros, cuyas definiciones las establece en su artículo 89, consignando además las normas aplicables respecto de los elementos de existencia y de validez de los contratos mercantiles.

El contrato mercantil se realiza mediante el acuerdo de voluntades de las partes vertido en un mensaje de datos, que es la Información generada, enviada, recibida, o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología >tradicionalmente celebrado por escrito<, entre el llamado emisor, o sea la persona que al tenor del mensaje de datos actúe a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado el mensaje antes de ser archivado, que en una compraventa equivale a la figura del vendedor y el destinatario, o sea, la persona designada por el emisor para recibir el mensaje de datos, que sería el comprador (emisor y destinatario pueden contar con un intermediario, que es la persona que actuando por cuenta de otra envía, recibe o archiva el mensaje de datos o le preste algún otro servicio). En nuestro sistema jurídico, la conservación del mensaje de datos se encuentra regulada por la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2002, que establece los requisitos que deben observarse para la conservación de mensaje de datos.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, de acuerdo con el artículo 80 del Código de Comercio, el contrato mercantil celebrado vía electrónica, se perfecciona desde que se reciba la aceptación de la propuesta o de las condiciones con que ésta fue modificada, pero es necesario observar las reglas sobre la seguridad del envío y recepción del mensaje de datos, así como

del acuse de recibido, que el mismo Código establece en sus artículos 90, 90 bis, 91, 91 bis y 92.

El artículo 80 también prevé que tratándose de mensaje de datos, si la ley exige la forma escrita del contrato, se cumple siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente. Se considera que un mensaje de datos es íntegro, si ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación (Artículo 93 bis).

De exigir la ley la firma de las partes, es decir, los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al signatario del mensaje de datos e indicar que el signatario aprueba la información contenida en el mensaje de datos,<sup>230</sup> de acuerdo con el artículo 93 del Código de Comercio, este requisito se cumple siempre que dicho mensaje les sea atribuible y define en forma más amplia la firma electrónica, como los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son usados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos. Los datos para la creación de la firma electrónica son datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su firma electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha firma electrónica y el firmante; la firma electrónica produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa y es admisible como prueba en juicio. (Artículo 89)

Los códigos criptográficos se basan en factores de grandes números, es decir, se determinan los números menores cuyo producto es igual al mayor. Factorear un número con varios centenares de bits es prácticamente imposible con la tecnología de computación actual, aún cuando dispusiéramos

---

<sup>230</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 556.

de incontables años para esperar la respuesta. La criptografía consiste en la codificación de la información, de tal manera que sólo el receptor al que está destinada pueda entender el mensaje, mediante la decodificación.<sup>231</sup>

Para una mayor seguridad en la celebración de contratos mercantiles electrónicos, existe la denominada firma electrónica avanzada, consistente en que los datos de su creación corresponden al contexto en que son utilizados, que corresponden exclusivamente al firmante, que los mismos estén en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante, que es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma y respecto a la integridad de la información de un mensaje de datos, que es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma, ello sin perjuicio de que cualquier persona pruebe la fiabilidad o no de la firma electrónica. Las partes pueden solicitar los servicios de un prestador de servicios de certificación, para que determine y haga del conocimiento de los usuarios si las firmas electrónicas avanzadas o fiables cumplen los anteriores requisitos, lo que deberá ser compatible con las normas y criterios internacionales reconocidos y sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado. (Artículo 98)

El certificador es una persona o institución pública que presta servicios relacionados con firmas electrónicas y que expide certificados, o sea, mensajes de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de firma electrónica, mientras que el certificado es todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de firma electrónica, que para ser válido debe contener la indicación de que se expide como tal, su código único de identificación, la identificación del certificador, razón social, domicilio, dirección de correo electrónico y los datos de acreditación ante la Secretaría de Economía, nombre del titular del certificado, su vigencia, fecha y hora de emisión, suspensión y renovación, el alcance de las responsabilidades que asume el certificador y la referencia de la tecnología empleada para la creación de la firma electrónica.

---

<sup>231</sup> Cfr. Núñez, Adriana S. Ob. Cit. pág. 49.

El Código de Comercio consigna como obligaciones a los firmantes, cumplir las obligaciones derivadas del uso de la firma electrónica, actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los datos de creación de la firma, cuando se emplee un certificado en relación con una firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignadas en el mismo, son exactas (será responsable de las consecuencias jurídicas que se generen por su incumplimiento) y responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el destinatario conociere de la inseguridad de la firma electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia (Artículo 98).

Sobre los prestadores de servicios de certificación, el artículo 100 establece que pueden ser los notarios y los corredores públicos, las personas morales de carácter privado y las instituciones públicas, sin que en el caso de los mencionados fedatarios, la facultad de expedir certificados no conlleva la fe pública por sí misma. La función de certificador se encuentra sujeta al cumplimiento de múltiples requisitos y obligaciones señalados por los artículos 100 a 113, cuya inobservancia trae consigo la imposición de sanciones. Por cuanto al reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros, para determinar si producen efectos jurídicos, se debe considerar el grado de fiabilidad equivalente a los otorgados en nuestro país conforme lo establece el propio Código, pero deberán tomarse en consideración las normas internacionales reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente, pudiendo las partes convenir los tipos de certificados y firmas, siempre que no contravengan el derecho aplicable. (Artículo 114)

Si la ley exige que el acto jurídico se otorgue ante fedatario público, se cumple cuando éste y las partes expresan a través de mensajes de datos los términos exactos en que las partes se obligan y el fedatario lo hace constar en el instrumento público los elementos a través de los que se atribuyen los

mensajes, de los que resguarda una copia y otorga el instrumento en términos de ley (Artículo 93), finalmente, de requerir la ley que la información del mensaje de datos sea presentada y conservada en su forma original, se cumple si puede ser mostrada a la persona correspondiente y si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva como mensaje de datos o en alguna otra forma, respectivamente. (Artículo 93 bis)

Para ubicar el domicilio o establecimiento de las partes, conforme al artículo 94 del Código de Comercio, salvo pacto en contrario del emisor y del destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el primero tenga su establecimiento y por recibido en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, pero si estos tienen más de un establecimiento, se tendrá como tal el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haberla, su establecimiento principal y si no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual, lo cual no representa dificultad alguna si las partes manifiestan su lugar de residencia, pero como ello no siempre ocurre, se presentan problemas de conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio, así como de jurisdicciones.

**b) Ley Federal de Protección al Consumidor.**<sup>232</sup> En materia de comercio electrónico establece entre otros principios básicos en las relaciones de consumo, la real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados (Artículo 1). En este sentido, resulta importante la atribución que el artículo 24 concede a la Procuraduría Federal del Consumidor de promover, en coordinación con la Secretaría de Economía la formulación, difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por propia ley, respecto del comercio por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. La protección al consumidor en materia de

---

<sup>232</sup> Se reformó por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de febrero de 2004.

comercio electrónico, tiene como antecedente los lineamientos emitidos por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de abril de 1998.<sup>233</sup>

La ley protectora del consumidor, dispone en su artículo 56, que el contrato se perfeccionará a los cinco días hábiles contados a partir de la entrega del bien o de la firma del contrato, lo último que suceda y que durante ese lapso, el consumidor tendrá la facultad de revocar su consentimiento sin responsabilidad alguna, lo que es aplicable a los contratos de comercio electrónico según lo dispone el artículo 76 Bis de la propia ley, que inclusive, obliga al proveedor a proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que el mismo pueda acudir para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones, lo cual evita conflicto de leyes y aún de jurisdicciones en caso de controversias, dando seguridad jurídica al consumidor.

La ley también impone al proveedor la obligación de entregar al consumidor factura, recibo o comprobante, en el que consten los datos específicos de la compraventa, servicio prestado u operación realizada (Artículo 12), así como la celebración de ventas por escrito en que conste el nombre y domicilio del proveedor, identificación de los bienes y servicios, las garantías y demás requisitos señalados por la ley (Artículo 52), pero si la venta se realiza por teléfono, televisión, correo, mensajería, etc. , o sea que no exista trato directo con el consumidor, el proveedor deberá cerciorarse de que la entrega del bien o servicio efectivamente se hace en el domicilio del consumidor o que el consumidor está plenamente identificado, permitir al consumidor hacer reclamaciones y devoluciones por medios similares a los utilizados para la venta, cubrir los costos de transporte y envío de mercancía en caso de haber devoluciones o reparaciones amparadas por la garantía, salvo pacto en contrario, informar previamente al consumidor el precio, fecha aproximada de entrega, costos de seguro y flete y, en su caso, la marca del bien o servicio. (Artículo 53)

---

<sup>233</sup> Vargas García, Salomón. Ob. Cit. p. 41



Esta ley regula en sus artículos 19, 24, 85, 86, 87 Bis el uso de contratos de adhesión, si bien elaborados unilateralmente por el proveedor, faculta a la citada Procuraduría para revisar que cumplan determinados requisitos y en su caso inscribir los que así lo requieran, en el Registro Público de Contratos de Adhesión que la misma organiza y opera y publicarlos en el Diario Oficial de la Federación. En el artículo 86, se ordena que los contratos de adhesión sujetos a registro, contengan una cláusula que otorgue competencia a la mencionada Procuraduría para resolver en la vía administrativa cualquier controversia que se suscite sobre su interpretación o cumplimiento, lo cual evita problemas de jurisdicción. Debe indicarse que corresponde a la Secretaría de Economía la facultad de establecer normas oficiales mexicanas y normas oficiales a que deben sujetarse los contratos de adhesión que requieran de inscripción.

En materia de publicidad, el artículo 32 de la ley ordena que la información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas y se faculta a la Procuraduría para ordenar al proveedor que suspenda o corrija la información o publicidad que no cumpla los requisitos que establece la ley.

El artículo 17 por su parte, establece la obligación del proveedor de indicar en la publicidad que envíe a consumidores, el nombre, domicilio, teléfono y, en su defecto, la dirección electrónica del proveedor; de la empresa que, en su caso, envíe la publicidad a nombre del proveedor, y de la Procuraduría, así como la facultad del consumidor para exigir directamente a proveedores específicos y a empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios, no ser molestado en su domicilio, lugar de trabajo, dirección electrónica o por cualquier otro medio, para ofrecerle bienes, productos o servicios, y que no le envíen publicidad.

El artículo 76 Bis establece además normas para proteger al consumidor, de los abusos en la celebración de contratos por medios

electrónicos como Internet, y obliga al proveedor a utilizar la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, la que no puede transmitir o difundir sin autorización de éste, quien también tiene derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.

De la protección de datos personales también se ocupa la Ley Federal de Protección al Consumidor, ya que prohíbe a los proveedores y a las empresas que utilicen información sobre consumidores con fines mercadotécnicos o publicitarios >ofrecimiento y promoción de bienes, productos o servicios a consumidores< y a sus clientes, utilizarla con fines diferentes, así como enviar publicidad a los consumidores que expresamente les hubieren manifestado su voluntad de no recibirla o que estén inscritos en el registro público de consumidores que la ley faculta llevar a la multicitada Procuraduría. (Artículos 18 y 18 BIS)

Sobre este tema, es interesante la iniciativa con proyecto de decreto de la Ley Federal de Protección de Datos Personales,<sup>234</sup> en cuyo artículo 1o. establece que para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de estos derechos fundamentales, así como el acceso a la información que sobre las mismas se recabe, tiene como objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes y asimismo señala que en lo que resulte pertinente, lo dispuesto por la misma será aplicable a las personas morales, sanciona como delitos la inserción falsa de datos y prevé la acción de protección de datos personales o de habeas data, la que procederá para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes.

---

<sup>234</sup> Publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del 7 de septiembre de 2001.

Finalmente, como ya lo mencioné, el uso de Internet no se limita a la práctica del comercio, que ya de por sí en nuestro país representa problemas que desde hace tiempo se previeron y que son los relacionados con la aplicación de leyes (conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio), y en que por cierto, la determinación del juez competente para resolver un conflicto dependerá de su cultura y sensibilidad en la interpretación de las normas por aplicar,<sup>235</sup> sino que también se generan otras consecuencias jurídicas por conductas denominadas delitos cibernéticos; por ejemplo Gabriel Andrés Címpoli señala que la posibilidad de existencia de actividad fraudulenta en los *sites* de subastas *on line* admite las variantes: venta de mercadería falsa o inexistente, manipulación de los precios de venta, venta en violación a la ley de propiedad Industrial, venta de bienes de titularidad ajena, fraude fiscal,<sup>236</sup> en el plano sexual, se cometen delitos como pedofilia, promoción de turismo sexual, pornografía, pornografía infantil y otros.

**c).- Otros ordenamientos.-** A pesar de que existen muchas tareas pendientes en el ordenamiento jurídico mexicano, para regular en forma completa las conductas ilícitas, derivadas del uso de medios electrónicos, principalmente por Internet, puedo mencionar la *Ley de Propiedad Industrial*, que tiene por objeto, entre otros, proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen, y regulación de secretos industriales y prevenir los actos que atenten contra la propiedad industrial o que constituyan competencia desleal relacionada con la misma y establecer las sanciones y penas respecto de ellos, ello a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

En materia de pornografía infantil, los artículos 187 y 188, del *Código Penal para el Distrito Federal*, castigan la incitación y la practica de relaciones sexuales con menores de edad, que se obtengan por cualquier medio, como serían los medios electrónicos y principalmente por Internet. En México se creó la Policía Cibernética, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública

---

<sup>235</sup> Cfr. Ovilla Bueno, Rocío. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 92 mayo-agosto, México 1998.

<sup>236</sup> Cfr. Campoli, Gabriel Andrés. Derecho Penal Informático en México, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2004. p. p.45 y 46.

Federal, que de acuerdo con la nota periodística de Cristina Pérez Stadelman, informó que los sitios informáticos son usados por organizaciones de pedrastras y bandas mundiales que utilizan Internet como arma de promoción y reclutamiento.<sup>237</sup>

### **3.- Regulación del contrato de comercio electrónico internacional (CCEI).-**

Los países se han venido organizando y agrupando con objeto de regular su economía y establecer zonas de libre comercio, impuestos, aranceles, libre tránsito de personas, etc., etc., constituyendo bloques económicos y organizaciones de muy diversa naturaleza, entre las que pueden citarse, la Asociación Europea de Libre Comercio (ADELC); la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Unión Europea (UE); La Organización Mundial del Comercio (OMC), integradas principalmente por países europeos: otras en el ámbito americano, como son la Comunidad Andina (CAN); el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA); la Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN); la Alternativa Boliviana para América Latina y el Caribe (ALBA); el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

En las operaciones mercantiles celebradas entre individuos dentro de un mismo Estado y aún entre individuos ubicados en diferentes estados, se usan cada vez más los medios electrónicos, principalmente Internet como ya se estableció, lo cual trae como consecuencia problemas de aplicación de leyes en el tiempo y en el espacio, ya sean nacionales o de carácter internacional, o bien usos y costumbres (*Lex Mercatoria*) así como los consecuentes conflictos de competencia y de jurisdicción para conocer y resolver las controversias.

Este es el caso del comercio electrónico, que permite nuevas modalidades para la formación del consentimiento, hasta el punto de ser posible contratar a través de un ordenador haciendo *clic* sobre un icono,<sup>238</sup> así de sencillo, es por ello que se discute sobre la capacidad de los contratantes, el consentimiento, la forma de los contratos, la firma electrónica, la legislación

---

<sup>237</sup> Para ahondar sobre este tema, consulté el artículo publicado el 11 de marzo de 2007, en la Sección de Sociedad del Diario El Universal. p. A16.

<sup>238</sup> Cfr. González Malabria, Sergio. Ob. Cit. p. 52.

aplicable, los tribunales competentes en caso de controversias, etc., temas que al día de hoy provocan preocupación y atraen la atención de los gobiernos y juristas en todo el mundo.

En el ámbito internacional, independientemente de los convenios, acuerdos y tratados celebrados en forma bilateral entre países, se cuenta con instrumentos multilaterales, que regulan el comercio electrónico, como son: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convenio de Viena de 1980); Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) Sobre el Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales de 2005, los que me propongo analizar a continuación:

**a).- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980).**- Como lo señalé con antelación, esta Convención es la combinación de las convenciones sobre la compraventa internacional de mercaderías y sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías, adoptadas por una Conferencia Diplomática celebrada en la Haya en 1964, misma que ya regulaba la compraventa celebrada por medios electrónicos como el teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea, pues a ello hace alusión en su artículo 20 cuando señala que el plazo de aceptación fijado por el oferente en estos medios, comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario, lo cual se corrobora con lo dispuesto por el artículo 11 cuando señala que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito, ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma y que puede probarse por cualquier medio >medios electrónicos<, inclusive por testigos, y establece, aunque en forma limitada, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Por cuanto hace al ámbito de aplicación de esta Convención, en el artículo 1,1), incisos a) y b), se establece que se aplicara a los contratos de

compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes, que estos sean estados contratantes y cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un estado contratante. A contrario sensu el numero 2) del mismo artículo, las partes demostraran antes o en el momento de la celebración del contrato, que tienen sus establecimientos en estados diferentes, a través del contrato, tratos entre ellas >serían comunicaciones< o información aportada.

Con relación al comercio electrónico, el artículo 2 de la Convención lo restringe a compraventas de mercancías para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debería haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; en las subastas; judiciales; de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y; de electricidad,

De los elementos de validez del contrato, la regulación de la Convención se limita a la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, y salvo disposición expresa en contrario, no aplica a la validez del contrato ni a ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso, ni a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (Artículo 4), lo cual desde luego es problemático, particularmente respecto de la capacidad de las partes cuando celebran el contrato sin su presencia física, es decir, por medios electrónicos como Internet, aunque esto es comprensible ya que la Convención data de 1980 en los momentos en que el comercio electrónico apenas se iniciaba.

**b)- Ley Modelo de la CNUDMI Sobre el Comercio Electrónico,** El 12 de junio de 1996, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, aprobó la así como una Guía para su incorporación al derecho interno, destacándose la autonomía que concede a las partes para modificar los capítulos II y III, relativos a los requisitos jurídicos y la

comunicación de los mensajes de datos (Artículo 4), así como la necesidad de que al interpretar las normas se promueva su uniformidad y se observe la buena fe. (Artículo 3), lo cual constituye un verdadero esfuerzo para que los países miembros cuenten con normas básicas en el comercio electrónico, sin embargo, el hecho de que no regule elementos de validez de los contratos mercantiles, como son la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin, urge la necesidad de que se legisle sobre la unificación de las reglas aplicables a estas convenciones internacionales.

El ámbito de aplicación esta ley se determina por su artículo 11, el que regula una gran gama de relaciones jurídicas comerciales, ya que es aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales, mismas que comprenden: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoraje (factoring); de arrendamiento de bienes de equipo con opción a compra (leasing); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera. Como se observa, esta ley resulta aplicable a materias que nuestra legislación no regula como comerciales.

Aunque esta Ley Modelo no establece en forma expresa cuál es su objeto, de su artículo 5, se desprende que consiste en la regulación de las relaciones jurídicas comerciales que se realizan de manera electrónica entre las partes a través del mensaje de datos, a los que concede validez jurídica y fuerza obligatoria y conforme a las definiciones que establece en su artículo 2, el comercio electrónico se realiza de la siguiente manera:

Según esta Ley Modelo, para el perfeccionamiento del contrato, la oferta y la aceptación deben ser expresadas por las partes en el mensaje de datos, que consiste en la información generada, enviada, recibida o archivada o

comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax; el iniciador del mensaje, es el que actuado por su cuenta o en cuyo nombre se hay actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si este es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él >vendedor en nuestra legislación< puede hacerlo por sí o a través de un sistema de información programado >por ejemplo una página Web<. (Artículos 11, 12 y 13), el destinatario, es quien fue designado por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él > comprador en nuestra legislación<, mientras que el intermediario es el que actuando por cuenta de otro, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él y; por sistema de información se entiende todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

No omito señalar que el carácter de comerciantes de los intermediarios, técnicamente cibermediarios: Gateways, directorios, generales, comerciales, especializados, servicios de búsqueda, centros comerciales, publicadores, revendedores virtuales, entre otros, lo adquieren dando cumplimiento a lo establecido por el Código de Comercio.<sup>239</sup>

De requerirse por la ley nacional, que la información conste por escrito, se cumple por el mensaje de datos si la información se puede consultar posteriormente (Art. 6) y si requiere la conservación del mensaje de datos >celebración del contrato escrito<, se cumple si el mensaje de datos se puede conservar y reproducir, así como contener los datos de las partes y la fecha y hora de enviado y recibido, lo que puede quedar a cargo de un tercero (Artículo 10), ahora que de requerirse el documento original, se cumple si existe garantía de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez, en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma. (Artículo 8) Pero si lo que se requiere es la firma del mensaje de datos, se cumple si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el

---

<sup>239</sup> Cfr. Pardini, Anibal A. Ob. Cit. p. 153.



mensaje de datos y si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. (Artículo 7)

Otro aspecto fundamental en el comercio electrónico, es el valor probatorio del mensaje de datos, pero debe tenerse presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. (Artículo 9)

Finalmente, esta Ley Modelo regula el comercio electrónico en forma específica en materia de transporte de mercancías, precisando como actos relacionados con las mismas, las marcas, el número, la cantidad, el peso, declaración de la índole o el valor, la emisión de un recibo, la confirmación de haberse completado la carga, la notificación a alguna persona de las cláusulas y condiciones del contrato, comunicación de instrucciones al portador, reclamación de la entrega de las mercancías, notificación de su pérdida o de los daños que hayan sufrido, cualquier otra notificación o declaración relativas al cumplimiento del contrato, promesa de hacer entrega de las mercancías a la persona designada o a una persona autorizada para reclamar esa entrega, la concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías, la adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato.

**c).- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales, de noviembre de 2005**, que trata de establecer en forma más completa y uniforme normas para la regulación del comercio electrónico internacional. Los Estados partes declararon en el Anexo de la Convención, entre otros: *“Convencidos de que si se adoptaran normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que deriven de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la*

*certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y se ayudaría a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas”.*

Respecto a su ámbito de aplicación, conforme al Artículo 1 de esta la Convención, la misma es aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados y no se tendrán en cuenta su nacionalidad, ni su carácter civil o mercantil o del contrato, sin embargo, excluye su aplicación sobre comunicaciones electrónicas relacionadas con contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; operaciones en un mercado de valores reglamentado; operaciones de cambio de divisas; sistemas de pago interbancarios; acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra y la Convención tampoco es aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero. (Artículo 2)

En esta Convención, como en el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI, se establece también el principio de autonomía de la voluntad de las partes para exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones (Artículo 3), se destaca la necesidad de que al interpretar las normas se promueva su uniformidad y se observe la buena fe (Artículo 5), asimismo, no establece en forma expresa cuál es su objeto, pero también puede considerarse que consiste en la regulación de las relaciones jurídicas comerciales, que se realizan de manera electrónica entre las partes a través del mensaje de datos, a los que concede validez jurídica y fuerza obligatoria (Artículos 4 y 8), por lo cual puede afirmarse que éste hace las veces de contrato, de igual forma, esta Convención define como la mencionada Ley

Modelo, el mensaje de datos, el iniciador, el destinatario y el sistema de información, precisando que por sistema automatizado de mensajes se entenderá un programa informático o algún otro medio automatizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta y por establecimiento, se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.

La propuesta de celebrar un contrato vía electrónica, según lo establece la Convención, cuando no sea dirigida a una o varias partes determinadas sino a todo aquel que haga uso de sistemas de información, se considera como una invitación a presentar ofertas, salvo que se indique claramente la intención de obligarse por su oferta en caso de que así se acepte ( Artículo 1), por lo que es necesario distinguir entre las llamadas ofertas pasivas y las ofertas activas, las primeras son las que hacen publicidad y exhiben productos, promoviendo su comercialización mediante ofertas públicas genéricas y que pueden provocar por parte del público visitante la propuesta de ofertas de contratación, más no pueden ser consideradas una oferta formal y las segundas, contienen propuestas de contratación y pueden ser ofertas vinculantes, por la suficiencia de sus antecedentes sumada al carácter predefinido y personalizado (o receptivo) de sus destinatarios.<sup>240</sup>, por lo cual, éstas prevenciones resultan importantes, ya que se debe tener la certidumbre jurídica de la clara intención de otorgar el consentimiento para la celebración del contrato.

Como ya lo mencioné, uno de los problemas que se generan con motivo de la celebración de contratos mercantiles través de comunicaciones electrónicas, es que al desconocer la ubicación de las partes, se generan problemas de conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio, a más de provocar problemas de competencia y de jurisdicción para resolver las

---

<sup>240</sup>Cfr. Pardini A. Anibal, Ob. Cit. p. 159

controversias. Esta Convención establece diversos supuestos sobre la ubicación de las partes, así pues, su artículo 6 indica que se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que la otra parte demuestre que no tiene establecimiento alguno en ese lugar; si no indicó un establecimiento, teniendo más de uno, se tomará como tal el que tenga relación más estrecha con el contrato, considerando las circunstancias conocidas o previstas por las partes antes y al concluir el contrato; si la persona física no tiene establecimiento, se refuta como tal su lugar de residencia habitual; un lugar no constituye un establecimiento, porque en él estén ubicados el equipo y la tecnología que sirva de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato, ni donde las partes puedan tener acceso a dicho sistema de información.

Asimismo, con el desconocimiento de la identidad de las partes al comerciar a través de medios electrónicos, se generan problemas de validez del contrato, como puede ser la falta de capacidad. Esta Convención prevé en su artículo 7, que nada de lo que dispone afectará la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas. Esta norma se complementa con lo que dispone el Artículo 13 relativo a la disponibilidad de las condiciones contractuales, ya que nada de lo establece afectará la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a alguna parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho, así como también se complementa con lo que establece el artículo 14 respecto de los errores cometidos en las comunicaciones electrónicas a que me refiero posteriormente.

Otro aspecto muy importante en el comercio electrónico son los requisitos de forma; el artículo 9 de esta Convención dispone que no serán

obligatorias sus disposiciones cuando dichas comunicaciones, requieran alguna forma particular para realizarse o probarse, en todo caso, señala que si la ley requiere que una comunicación o un contrato: conste por escrito o prevea consecuencias en caso de incumplimiento, el requisito se cumple si la información puede ser consultada posteriormente; si se requiere la firma de una parte o prevea consecuencias en caso de incumplimiento, se cumple el requisito si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene respecto de la información consignada en la comunicación electrónica y si el método empleado es tan fiable como sea apropiado para los fines por los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable o se ha demostrado la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido con determinar la identidad de la parte y para indicar su voluntad respecto de la información de la comunicación electrónica;

Por otro lado, si la ley requiere que una comunicación o un contrato se conserve en su forma original o prevea consecuencias en caso de incumplimiento, se cumple el requisito respecto de una comunicación electrónica, si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole (determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación y el grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso) y si en los casos en que se exija proporcionar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar.

También son relevantes los aspectos relacionados con el tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas, ya que conforme al artículo 10 de la Convención, las comunicaciones se tienen por expedidas en el momento en que salga de un sistema de información que esté

bajo el control del iniciador o de quien la envíe en su nombre o bien cuando la misma sea recibida, lo cual ocurre en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que haya designado, o bien en otra, cuando se le comunique que se envió a ésta. Se entiende que la comunicación puede ser recuperada por el destinatario, en el momento en que llegue a su dirección electrónica. Finalmente, el lugar de expedición de la comunicación electrónica, es el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, a lo que resultan aplicables las reglas sobre la ubicación de las partes a que ya me referí.

Ahora que cuando se cometen errores en las comunicaciones electrónicas, el artículo 14 de la Convención prevé los supuestos; cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado, tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo el error, si: la persona o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido y si la persona o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte, situaciones que no afectarán la aplicación del derecho que regule las consecuencias del error cometido, a excepción de que el propio sistema brinde la oportunidad de corregir el error.

## CAPÍTULO QUINTO

### TEORIA PARA LA UNIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

**I.- Falta de uniformidad en las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales.-** He sostenido en Capítulos anteriores, la falta de uniformidad en las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, pues como lo señala el autor Jorge Oviedo Albán, podemos encontrarnos con respuestas jurídicas diferentes a una misma situación de hecho, tales como las normas atinentes a la capacidad, la validez y formación de los contratos, la ejecución de las obligaciones y efectos derivados del contrato, entre otras.

*De esta manera surge la necesidad de contar con unas reglas uniformes que se puedan aplicar a la transacción, sin importar la naturaleza y nacionalidad de la persona interviniente en el acto, ni la ubicación de los bienes objeto del negocio, así como tampoco los diferentes sistemas político económicos. Se evitan así los problemas jurídicos derivados de tratar de encontrar la ley del contrato aplicable, así como el tribunal y la ley aplicable para regular el eventual conflicto jurídico que pueda surgir.<sup>241</sup>*

En este sentido, a pesar de que también he mencionado algunas causas y factores por las que lo anterior acontece, ahora es necesario que en el presente Capítulo me aboque a determinar en qué consisten éstos y consecuentemente, el porqué se presenta esta disunificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, lo cual constituye la parte medular de esta investigación, ya que es la teoría y base de mis propuestas de reforma legislativa, con lo que pretendo contribuir de esta manera, a la unificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales.

---

<sup>241</sup> Cfr. Oviedo Albán Jorge. La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales, Conferencia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia 2002.

Antes de entrar en materia, me permito analizar en forma preeliminar, las notas distintivas de los elementos que habré de tomar en cuenta para apoyar mi teoría de la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, a saber: la globalización; la regionalización; la codificación y; la multiplicidad de reglas.

Así tenemos que, hablar de la globalización, es menester considerar que una de las tantas consecuencias producidas por éste fenómeno, es sin dudarlo, la apertura de las fronteras entre la mayoría de los países, a la comercialización de una gran diversidad de bienes y servicios, tangibles e intangibles; por consiguiente, ello ha redundado en la celebración de contratos mercantiles internacionales, la que se ha multiplicado aceleradamente en las últimas décadas y han surgido muy variadas e inesperadas maneras de comerciar, que no se encuentran reguladas o cuando menos no debidamente por la legislación y por ello se denominan contratos atípicos, a los que me referí en el Capítulo Cuarto, entre los que analicé el contrato Joint Venture, Contrato de Agencia y Distribución Internacional, el contrato Know how y el contrato de Franquicia.

Se destaca también, la celebración de contratos de comercio electrónico internacional que se encuentran en pleno desarrollo y cuyas vicisitudes de eficacia en la vida jurídica, resultan naturales por la falta de uniformidad o regulación inadecuada de las reglas que los rigen, tanto en las legislaciones nacionales como internacionales, lo cual también genera una problemática de conflicto de leyes en el espacio, tema del que también me ocuparé en este Capítulo.

En este contexto, se asocia el tema de la regionalización, que se encuentra enmarcado por el surgimiento progresivo de formas de integración económica >o bloques económicos<, entendiéndose como integración económica, el proceso mediante el cual dos o más Estados nacionales eliminan gradualmente sus barreras comerciales, limitaciones a los movimientos de los factores, políticas microeconómicas industriales, alteraciones de los tipos de



cambio y políticas macroeconómicas autónomas, para formar un solo mercado y establecer políticas que lo regulen.<sup>242</sup>

Esta situación ha generado como consecuencia necesaria, la creación de agrupaciones regionales de diversos países, a modo de bloques económicos y políticos; por ello, en su oportunidad me referiré a las notas características de la Unión Europea (UE), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina (CAN), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y la Comunidad del Caribe (CARICOM), que van creando sus propias normas para regular los contratos mercantiles internacionales e instrumentar los mecanismos de solución de controversias que se susciten entre las partes; en el caso de México, puedo mencionar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TELCAN), que celebró con Estados Unidos y Canadá, tema del que también me ocuparé en el mismo apartado.

Estas agrupaciones regionales, celebran tratados que tienen que ver con diversas materias, además de la económica. Debido a que, mediante la armonización de las normas entre naciones, en materia social y ambiental, se pretenden evitar un falseamiento de la competencia en una zona de integración económica, o mediante la unificación del derecho internacional privado, se busca la seguridad jurídica mediante una regulación estándar complementada por la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales.

Los tratados que abarcan diversos objetos de las materias mencionadas en el párrafo anterior, se les denomina como tratados multipolares. Entre los Estados parte de los acuerdos multipolares existe un fuerte interés de que las normas del mismo se cumplan de igual forma por todos los Estados parte.<sup>243</sup>

Como consecuencia, se suman a los factores mencionados, las múltiples fuentes de la regulación contractual comercial internacional, como

---

<sup>242</sup> Cfr. Bolaños Linares, Rigel. *Contratación Internacional*. 1a. Ed. Edit. Porrúa, México 2004. p. 3.

<sup>243</sup> Cfr. Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Los Tratados Multipolares, Una Nueva Generación de Tratados Internacionales*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. V. 2005 p. 435.

son, entre otras: la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969; los tratados suscritos entre estados para dotar a los partícipes del tráfico de un derecho material uniforme o normas de conflicto uniformes; usos mercantiles y costumbres al tráfico mercantil de que se trata; condiciones generales de los contratos; reglas adoptadas por gremios mercantiles internacionales; conjunto de reglas sugeridas a los particulares del tráfico económico para que las adopten como Ley del contrato; principios generales de derecho aplicables a las transacciones internacionales; Los precedentes jurisprudenciales, básicamente decisiones arbitrales.<sup>244</sup>

Quedan comprendidas en estas fuentes, otros múltiples instrumentos, como es el caso de la Convención de Compraventa Internacional de mercaderías, que establece reglas sobre el derecho aplicable a los contratos mercantiles internacionales, así como principios, leyes modelo, guías para la celebración de contratos mercantiles, contratos tipo y muchos otros instrumentos jurídicos, que resultan vinculatorios entre las partes, en materia de contratos mercantiles internacionales.

Al respecto, Agustín Alcocer Alcocer refiere que puede hablarse ya de un derecho mercantil internacional que se expande y abarca mayores operaciones y países que aceptan la regulación y aplicación de reglas comunes.<sup>245</sup> La labor legislativa en todos esos campos es enorme y de creciente importancia; y da lugar a una *Nueva Ley Mercatoria: campos enteros de actividades económicas están ya regidos por convenciones y ordenamientos externos: el transporte marítimo, el arbitraje comercial, los instrumentos internacionales de crédito y pagos, la compraventa internacional de mercaderías; entre otras actividades –bancarias, aduanales, monetarias— intervienen instituciones y organismos internacionales autónomos, integrados por varios países; por ejemplo; la Organización Mundial de Comercio, el Tratado de Libre Comercio, ---México, Estados Unidos, Canadá--- el Banco Mundial, la creación del Euro –moneda única en la Comunidad Europea-- e*

---

<sup>244</sup> Cfr. Oviedo Albán, Jorge. Ob. Cit. p. 7.

<sup>245</sup> Cfr. Arce Gargollo, Javier. Ob. Cit. p. 8.

*inclusive pretende unificarse mundialmente la totalidad de la legislación mercantil.*<sup>246</sup>

Otro factor importante en la problemática que estoy planteando, es la codificación que se realizó del Derecho Mercantil, que se muestra evidente por el hecho de que la legislación nacional ha sido rebasada en mucho, por las normas de derecho que las partes aplican a los contratos mercantiles internacionales, pues se habla de la dispersión de normas mercantiles, producto de la regulación de la legislación que trajo consigo el advenimiento de los estados nacionales, es decir, su codificación, luego se puso en evidencia su dispersión, como ocurre con la legislación mexicana, en que del Código de Comercio han emanado multitud de leyes que regulan otros tantos aspectos del Derecho Mercantil, al tiempo que se plantea la necesidad de agruparlas en la Ley Federal Mercantil, aspectos que posteriormente trataré.

No dejo de mencionar que en esta problemática, también confluye el hecho de que en muchos casos, provenientes de los usos y costumbres de los comerciantes, como ya lo mencioné anteriormente, en el Capítulo Primero de esta tesis, el Derecho Mercantil, nacional e internacional no produce nuevas normas, sino que por lo contrario, generalmente regula situaciones de hecho, que finalmente tiene que reconocer, porque son prácticas uniformes las del comercio y las de solución de controversias, por lo cual reitero que la Lex Mercatoria, no sucumbió con el advenimiento de los estados nacionales, ni con la consecuente codificación del Derecho Mercantil, sino que continuaron vigentes los usos y las costumbre de las corporaciones de comerciantes y los consulados que éstos crearon para dirimir sus controversias y es por ello, que actualmente se le nombra como Nueva Lex Mercatoria y es indudable que ha cobrado fuerza frente a las legislaciones nacionales.

Es conveniente recordar aquí, que la Lex Mercatoria es el conjunto de reglas propias del comercio internacional elaboradas sin la intervención de los Estados, ya sea por organismos privados en el nivel internacional o por

---

<sup>246</sup> Cfr. Alcocer Alcocer, Agustín. Contratación Privada Atípica en el Derecho Mexicano. Edit. Colección Fundap de Derecho Privado, México 2003. p. 36.

órganos intergubernamentales y, que constituye un método de solución de los conflictos de leyes. Son reglas que las partes, mediante el principio de autonomía de la voluntad, hacen suyas en sus relaciones jurídicas o, bien, son reglas aceptadas por organizaciones de comerciantes o de prestadores de servicios y su uso generalizado las hace obligatorias entre sus afiliados.<sup>247</sup> Ejemplo de esto lo constituyen los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales, en su nueva versión de 2004.

**A.- Factores.-** Para probar mi teoría, consistente en que carecen de uniformidad las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, ya sea por su falta o inadecuada regulación, en seguida procedo al análisis de los motivos por los que en mi opinión los siguientes factores han cotribuido a esta problemática: la globalización, la regionalización; la multiplicidad de reglas y; la codificación del Derecho Mercantil.

**1.- Globalización.-** El fenómeno de la globalización, involucra principalmente aspectos políticos, económicos y sociales y en materia comercial, ésta toma relevancia por el intercambio mayor de bienes y servicios que experimentan los mercados mundiales, aunque como señala el autor Rigel Bolaños Linares, hablar de globalización obliga no solo a hablar de la movilidad de bienes y servicios, capitales, contactos personales y de las tecnologías de la información y comunicación, sino del cambio climático, la desertificación, el agotamiento de la riqueza biológica y el debilitamiento de la capa de ozono, en conclusión: la destrucción del medio ambiente planetario que no conoce fronteras,<sup>248</sup>

**Sobre la anterior problemática se amerita también, un análisis profundo de las reglas que regulan estos aspectos tan importantes y trascendentes para los países en general, máxime que existe la**

---

<sup>247</sup> Cfr. Bolaños Linares, Rigel. Ob. Cit. p. 43

<sup>248</sup> Idem. p. 2.

**preocupación internacional sobre el calentamiento global de la tierra, que por la naturaleza de esta investigación no me es posible realizar.**

Es patente la influencia y el impacto que provoca la globalización en el comercio nacional e internacional, originando situaciones de hecho a que se enfrenta la incipiente regulación estatal, ya que se han creado formas de contratación inéditas, que van rezagándola cada vez más. Prueba de ello es que las convenciones, tratados, convenios, acuerdos y otros instrumentos de carácter internacional, suelen establecer normas que obligan a los países a comprometer la reforma de su legislación nacional, a más de que ésta no regula o no lo hace adecuadamente, los contratos por ello llamados atípicos, que las costumbres y usos de los comerciantes han integrado en la Nueva Lex mercatoria y que son de aceptación mundial y hablo de los contratos mercantiles internacionales Know how, Joint venture, Factoring y franquicia, por ejemplo.

Víctor M. Castrillón y Luna destaca que *nuestro país, enfrenta el paradigma de que en un mundo en el que la globalización de las economías constituye el signo de nuestro tiempo y en que las prácticas comerciales y financieras se realizan utilizando esquemas e instrumentos sumamente modernos (como el comercio electrónico) que hasta hace algunos años eran inimaginables, la legislación en nuestro país se encuentra sumamente rezagada y desactualizada, no respondiendo ya al contexto de las exigencias del tráfico comercial y financiero de nuestros días.*<sup>249</sup>

Es por ello que *la expansión del comercio, el uso de la informática, la aparición de innumerables modalidades de realización de negocios, de generación de lucros, así como el crecimiento y poder de las empresas, ha hecho surgir paulatinamente nuevos contratos cuyo contenido fluye de los usos y las prácticas mercantiles internacionales, o de la determinación de los sujetos operadores del comercio, o en algunos contados casos, de la reglamentación*

---

<sup>249</sup> Cfr. Castrillón y Luna, Víctor M. Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil o Comercial Frente a la Globalización. Ponencia presentada el 9 de marzo de 2006 en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 2.

*del Poder Público, o de la combinación de esos elementos, trayendo para el derecho continuas indagaciones, perplejidades y debates, a los que se ha procurado responder y ecuacionar.*<sup>250</sup>

La Comisión Europea se ha pronunciado respecto de la globalización, en los siguientes términos:<sup>251</sup>

*“La globalización significa que los flujos de mercancías, servicios capitales, tecnologías y personas se están extendiendo por todo el mundo, a medida que los países se están abriendo para estrechar sus relaciones mutuas. La globalización puede crear mayor riqueza para todos, pero también puede causar trastornos, y debe controlarse mediante normas internacionales. La actividad empresarial se está mundializando, por lo que es lógico que las normas de un comercio internacional justo se establezcan también a nivel mundial. La globalización significa que cada vez más países, tanto ricos como pobres, participan en la economía mundial. Es un proceso que está cambiando la estructura del comercio mundial y que impregna cada vez más nuestra vida cotidiana”.*

Asimismo, la Unión Europea señala que la globalización puede impulsar el crecimiento económico. Pero también puede tener efectos perjudiciales. Al aumentar el tamaño y la apertura de los mercados, aumenta también la competencia entre las empresas y entre los países. Al hacer que compitan economías que no tengan el mismo nivel de desarrollo, la globalización, si no se controla, puede aumentar la brecha entre los países ricos y los países pobres y marginar aún más a los países con economías más débiles.

En este sentido, el Xavier Ginebra Serrabou, señala: *La globalización de la vida económica internacional afecta a las empresas de manera directa. La globalización de los mercados abre, en primer lugar, nuevas oportunidades de expansión en el exterior. Las posibilidades de versificación en otros mercados geográficos nunca habían sido tan altas como en la actualidad, en un mundo*

---

<sup>250</sup> Cfr. Sierralta Ríos, Anibal. Joint Venture Internacional, 2a. Ed. Edit. Depalma, Buenos Aires 1996. p. 17.

<sup>251</sup> Unión Europea. Dirección General de Prensa y Comunicación. La Globalización en Beneficio de Todos, diciembre de 2002.

*con barreras comerciales decrecientes, con unas facilidades de comunicación extraordinarias y con un costo de transporte inferior. Precisamente, la globalización ha provocado en los últimos años una creciente y una intensa rivalidad internacional en muchos sectores de la economía. Esta rivalidad ha supuesto no sólo una caída de los precios y beneficios, sino un exceso de capacidad productiva considerable en muchos sectores. Este exceso ha agudizado el estrechamiento de los márgenes empresariales, la caída de la inversión y el aumento del desempleo.*<sup>252</sup>

Lo mencionado es elocuente, las consecuencias que pueden producirse por el fenómeno de la globalización, en mi opinión es una clara llamada de atención dirigida a países como el nuestro, pues no debemos soslayar, que México no alcanza el desarrollo económico que caracteriza a países industrializados, que gozan de tecnologías propias y desarrolladas para emprender los retos del futuro comercial; en este sentido, debemos reconocer la clara distancia económica y tecnológica que existe entre el nuestro, por ejemplo, y los países integrantes de la Unión Europea, Estados Unidos de América y Canadá, situación que puede palpase, por la gran diferencia que existe entre el menor valor de la moneda mexicana frente a la de estos países.

**2.- Regionalización.-** Este factor de regionalización, sin dudarlo se funde con el anterior de la globalización, puesto que también implica la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales; es cierto que la tendencia a crear grupos o bloques económicos entre países, como los comentados, conlleva la idea de protección a los Estados miembros de esos grupos y sus gobernados, procurando establecer en los contratos mercantiles, reglas que más les favorezcan en sus relaciones comerciales con otros no integrantes.

**Las uniones de estados se realizan a través de lo que se ha llamado integración económica, que ya mencioné al inicio de este Capítulo,**

---

<sup>252</sup> Cfr. Ginebra Serrabou, Javier. Alianzas Estratégicas o Joint Ventures. 2a. Ed. Edit. Themis, México, 2006. p. XIII.

**que puede involucrar inclusive cuestiones políticas, monetarias y migratorias, como son los casos de la Unión Europea (UE), del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y otras de menores alcances como la Comunidad Andina, la Comunidad del Caribe y la Asociación Latinoamericana de Integración, de los que me ocupo en este apartado.**

De acuerdo con el Rigel Bolaños Linares, estas son las formas de integración económica, que vienen a ilustrar mi afirmación de la fuerza que detentan los bloques económicos:

- ✓ *Zona de libre comercio.*- Es una forma de integración económica entre dos o más Estados que deciden suprimir entre ellos las restricciones substanciales respecto a intercambios de mercancías y servicios durante un plazo determinado, observando ciertas regulaciones encaminadas a establecer formas integradoras superiores. Sin embargo, dichos Estados mantienen sus aranceles frente a terceros países.
- ✓ *Unión aduanera.*- Es una forma de integración económica cuyas características son la supresión de discriminación a los movimientos de mercancías y servicios entre los Estados miembros, la adopción de un arancel común y el trato diferenciado a los Estados no miembros.
- ✓ *Mercado Común.*- Es una forma de integración económica en la que se tiende a abolir no sólo las restricciones al comercio (mercancías y servicios) sino a todos los movimientos de factores (personas y capitales), bajo la organización de autoridades e instituciones comunitarias reguladas por un derecho comunitario.
- ✓ *Unión económica monetaria.*- Es una forma de integración económica que implica la fusión de las economías de los Estados miembros.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 3.



Respecto de los motivos o razones por los cuales los países forman grupos o bloques sobre todo económico políticos, me permito invocar los apuntados por Constanza Rodríguez Naredo:

- ✓ Teoría de la estabilidad hegemónica: sugiere que nosotros estamos en una era de hegemonía en decadencia, lo que conlleva a la formación de bloques. Esta decadencia proviene del miedo a que hoy en día, Estados Unidos no es una potencia tan poderosa, como lo fue entre 1950 y 1960. Esto significa, que como EUA, ya no es el líder mundial, ahora habrá una inestabilidad que explica la formación de varios grupos líderes.
- ✓ Algunos economistas creen que los bloques de comercio se forman para alcanzar beneficios de un comercio tradicional, tales como mayor competencia, mejor eficiencia en el uso de los recursos y mayor acceso a los mercados en países miembros.
- ✓ Los bloques de comercio son útiles para preparar a los miembros y darles herramientas de la competencia global. Miembros pertenecientes de cualquier bloque, al no sentir a sus industrias listas para la competencia global, pueden aprovechar de los frutos del libre comercio en una escala regional.
- ✓ Debido a las crecientes políticas proteccionistas, algunos países ven a los bloques de tratado, como un seguro, en caso de que los tratados multilaterales fallen.
- ✓ Los bloques podrían formarse para atender objetivos de seguridad nacional que favorezcan ciertas alianzas y castiguen a los enemigos; esto lo podríamos ver a ejemplo, en el caso de apoyo de EUA hacia la constitución de la Unión Europea, ya que una comunidad económicamente fuerte podía mejor confrontar el reto del comunismo soviético.
- ✓ Los bloques también se podrían formar por razones relacionadas con las políticas domésticas. Los políticos nacionalistas, en instancia, podrían

desea hacerse cargo de reformas económicas (como eliminar políticas proteccionistas) a través de medios regionales, las cuales probablemente no serán populares en las naciones locales. Por lo tanto, cuando se enfrentan con la oposición en casa, el político podría argumentar que sus manos están atadas y que las instituciones regionales requieren que en la nación local se tomen riendas sobre el asunto.

- ✓ Una quizás menos aceptada teoría, se basa en el poder e influencia de las empresas multinacionales de capital extranjero en las regiones cuyo interés radica en la unificación de la región. Según Eduardo Galeano, son las mismas multinacionales que operan en estos países quienes se benefician al poder mover libremente sus bienes entre sus filiales, fijando así los precios a su conveniencia pues se protegen de la competencia fuera del bloque.<sup>254</sup>

**a).- Unión Europea (UE).**- La Unión Europea es sin duda la integración de Estados por excelencia, en lo económico, político, social y otros ordenes; El proceso de integración europea constituye una de las actividades humanas más singulares y, quizás, el fenómeno social y político más deslumbrante de los que se han producido hasta el Siglo XX y que, en el comienzo del Siglo XXI, está incrementando su relevancia como Unión Europea. Por primera vez en la historia de la humanidad, un grupo de Estados, voluntariamente, de forma pacífica y sin coacción alguna, se han puesto de acuerdo para formar una organización política nueva, superadora de los Estados nacionales, aunque conviviendo con ellos y generando un espacio de libertad, prosperidad económica y bienestar social sin precedentes en la historia.<sup>255</sup>

Los antecedentes remotos de lo que hoy es la Unión Europea, se remontan al 25 de marzo de 1957, en que los países Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, celebraron los siguientes instrumentos internacionales: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

---

<sup>254</sup> Cfr. Rodríguez Naredo, Constanza. En Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Marista, Año 7, Quinta Epoca, No. 1, Agosto-Diciembre 2006. p. p. 137 y 138.

<sup>255</sup> Cfr. Aldecoa Luzarraga, Francisco. La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Edit. Lenos, Madrid 2000. p. 25.

(CEE); El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y; El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), llamados Tratados de Roma, por suscribirse en este país, los que lo ratificaron y entraron en vigor el 1 de enero de 1958. Por virtud del primer tratado mencionado, se constituyó la Comunidad Económica Europea (CEE) >que es el antecedente de la Unión Europea (UE) <.

**El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), estableció como acciones la Unión Aduanera, pactándose un periodo de transición de 12 años para desaparecer todas las barreras arancelarias entre los Estados miembros y una política agrícola común para la libre circulación de los productos agrícolas dentro de la unión, así como la adopción de políticas proteccionistas, que permitieron a los agricultores europeos evitar la competencia de productos procedentes de terceros países, prohibió los monopolios, la concesión de privilegios comerciales a la región ultraperiférica y estableció algunas políticas en transportes. La Comunidad Económica Europea (CEE), creó las siguientes instituciones: La Comisión; el Consejo; la Asamblea Europea; el Tribunal de Justicia y el Comité Económico.**

**Con relación a la impartición de justicia, de las mencionadas instituciones, merece comentarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es un tribunal internacional, ya que decide los conflictos entre los Estados miembros en lo concerniente a materias comunitarias; de otro lado, funciona como tribunal constitucional en cuanto a que juzga sobre los derechos y deberes respectivos de los órganos de la Unión y finalmente, actúa como tribunal de lo contencioso administrativo, asegurando la protección de los derechos de los particulares contra los actos de la administración comunitaria.**

Se dice que ante el éxito impulsado por la mayor fluidez de los intercambios comerciales, el 1 de junio de 1968 se suprimieron todos los aranceles internos entre los Estados miembros, al tiempo que se adoptó un Arancel Aduanero Común para todos los productos procedentes de terceros países. Sin embargo, este mercado común afectaba solamente a la libre circulación de bienes y existían retrasos en las fronteras que incrementaban los costos de consumidores finales, por lo que por protestas de grandes industriales, la Comisión Europea realizó un anteproyecto para establecer también el libre movimiento de bienes, de capital, de servicios y de personas, lo cual tuvo que esperar a que el Acta Única Europea de 1986 diera el impulso que hizo que en 1992 se estableciera el mercado unificado.

Es oportuno señalar la mutación, el cambio de naturaleza que se produce en las Comunidades Europeas desde la firma de los Tratados de París (1952) y Roma (1957), constitutivos de las tres Comunidades Europeas ---Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), Comunidad Económica Europea (CEE) y Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa)---, al Tratado de la Unión europea (TUE) de Maastricht (1992), con el que nace formal y realmente la Unión Europea, y las modificaciones que se producen a través de los Tratados de Ámsterdam (1997) y de Niza (2001), que permitirán consolidar la Unión.<sup>256</sup>

Es de destacarse que en 1999, entró en vigor la unión monetaria europea; entró en operaciones el Banco Central Europeo, se fijaron los tipos de

---

<sup>256</sup> Cfr. Aldecoa Luzarraga, Francisco. Ob. Cit.p. 26.

cambio y el Euro, moneda común europea, empezó a utilizarse en todas las transacciones bancarias. Al respecto, el autor Francisco Aldecoa señala:

*“Terminamos al comienzo de 2002, en que se cumplen las últimas previsiones del Tratado de la Unión Europea de 1991 con la puesta en circulación de la moneda única, que ha resultado un éxito, sobre todo de asunción por parte del conjunto de la sociedad europea y de la ciudadanía de este nuevo instrumento de la vida cotidiana, pero también de acción política y que está teniendo efectos de demostración en varios sectores y en los países que se han quedado fuera de la zona euro y de la Unión Europea.”<sup>257</sup>*

Otro tema importante relativo a la integración política de los países de la Unión Europea, es el relativo a la Constitución Europea; se pretendía que el tratado por el que se establece una Constitución para Europa entrase en vigor el 11 de noviembre de 2006, sustituyendo a los actuales Tratados de la CE y el de la UE. Pero antes debía ser ratificado por los Estados signatarios. Tanto Francia como los Países Bajos han rechazado este tratado mediante sendos referendos. La cumbre del CUE del 15 y 16 de junio de 2006 ha tomado nuevas resoluciones al respecto: Se estableció que durante la presidencia del CUE en el primer semestre de 2007 a cargo de Alemania se elaborara una propuesta sobre la que no se han establecido detalles. Podría tratarse de una modificación del texto o de la elaboración de un nuevo tratado que tal vez no sería una constitución, sino una especie de “ley fundamental” como la que posee Alemania. El proceso recibiría su impulso definitivo durante la presidencia francesa del CUE en el segundo semestre de 2008, a la espera de poder aplicar las conclusiones en 2009, coincidiendo con la nueva formación del Parlamento y la comisión.

---

<sup>257</sup> Idem. p. 20

Finalmente, la Unión Europea contribuyó para la formación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) con sede en Ginebra, Suiza y constituye un foro para las negociaciones comerciales multilaterales, además de proporcionar un marco reglamentario y mecanismos para garantizar que sus miembros respeten las reglas del juego. Entre esos mecanismos se halla el procedimiento de solución de diferencias. En el marco de la globalización de la economía mundial, la OMC representa el foro más legítimo para eliminar los obstáculos al comercio, elaborar y hacer que se cumplan normas mundiales y hacerlas compatibles con las normas establecidas por otros organismos multilaterales. Los objetivos de la labor de la Unión Europea dentro de la OMC, son:

- ✓ Abrir los mercados de mercancías y servicios y las inversiones con arreglo a normas claras y un calendario que permita a todos los países aplicarlas.
- ✓ Hacer que la OMC sea más abierta, responsable y eficaz mediante el dialogo con otros grupos y organizaciones.
- ✓ Asociar plenamente a los países en desarrollo en los procesos de toma de decisiones de la OMC, ayudándoles a que se integren en la economía mundial.

El procedimiento de solución de diferencias, que se estableció en 1995, es un foro que las partes pueden utilizar para hacer valer los derechos que les conceden los acuerdos comerciales multilaterales, los 144 miembros tienen exactamente el mismo derecho a pedir una compensación a través de la OMC, si consideran que uno de sus socios comerciales está infringiendo las normas. Por consiguiente,

este mecanismo protege a los miembros más débiles frente a las actuaciones arbitrarias o unilaterales de los más fuertes. Los procedimientos de solución de diferencias animan a las partes a solucionar sus diferencias mediante la consulta. Si no se consigue una solución, se recurre al sistema del grupo de expertos (panel), el cual adopta una decisión sobre el caso que debe ser aprobada o rechazada por todos los miembros de la OMC.

**b).- Mercado Común del Sur (MERCOSUR).**- La constitución del Mercado Común del Sur o MERCOSUR, tiene sus orígenes en el Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991 entre las Repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Oriental de Uruguay, en cuyo artículo 1, Propósitos, Principios e Instrumentos, los estados partes decidieron constituir un Mercado Común, que debería estar conformado el 31 de diciembre de 1994 y al que se denominaría Mercado Común del Sur (MERCOSUR).<sup>258</sup>

En este tratado se consideró que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social y entendiendo que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diversos sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio.

**Estos son los propósitos que estableció el Tratado del MERCOSUR:**

---

<sup>258</sup> Página Web del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

- ✓ La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.
- ✓ El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico, comerciales regionales e internacionales.
- ✓ La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes; de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;
- ✓ El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración;
- ✓ Por otro lado, en el artículo 4, este tratado establece que en las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal y que paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

**Asimismo, conforme al artículo 18 del Tratado, se dispuso: Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones**



específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones.

Por cuanto hace a la adhesión al Tratado, el artículo 20, señala que el presente tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados partes después de cinco años de vigencia de este tratado. No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional y de una asociación extraregional. La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes.

Finalmente, el anexo III del tratado se refiere a la solución de controversias, en los siguientes términos:

- 1.- Las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del tratado, serán resueltas mediante negociaciones directas. En caso de no lograr una solución dichos Estados Partes someterán la controversia a consideración del Grupo Mercado Común, el que luego de evaluar la situación formulará en el lapso de 60 días las recomendaciones pertinentes a las Partes para la solución del diferendo. A tal efecto, el Grupo Mercado Común podrá establecer o convocar paneles de expertos o grupos de peritos con el objeto de contar con asesoramiento técnico. Si en el ámbito del Grupo Mercado Común tampoco se alcanza una

**solución, se elevará la controversia al Consejo Mercado Común, para que adopte las recomendaciones pertinentes.**

**2.- Dentro de los 120 días de la entrada en vigor del tratado, el Grupo Mercado Común elevará a los Gobiernos de los Estados Partes una propuesta de Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el periodo de transición. Antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común. Lo cual realizaron con la celebración del protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, celebrado el 17 de diciembre de 1991.**

**Acorde con los propósitos del Tratado de Asunción, en cumplimiento a su artículo 18, con fecha 17 de diciembre de 1994, los Estados Partes suscribieron el Protocolo al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR o Protocolo de OURO PRETO, que en su artículo 1 estableció como estructura institucional: El Consejo del mercado Común; El Grupo Mercado Común; La Comisión de Comercio del MERCOSUR; La Comisión Permanente Conjunta, El Foro Consultivo Económico-Social y La Secretaría Administrativa del MERCOSUR, describiéndose las facultades y funciones de cada uno de estos órganos y conforme al artículo 34, se dotó al MERCOSUR de personalidad jurídica de Derecho Internacional.**

**El marco jurídico del MERCOSUR se integra con el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; las decisiones del Consejo del Mercado común, las resoluciones del grupo Mercado Común y las Directivas de la**

**Comisión de Comercio del MERCOSUR adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción (Artículo 41) Algo muy importante es que el artículo 42 establece que las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, tienen carácter obligatorio y que cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.**

**Por cuanto hace a la solución de controversias, que surgieran entre los estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el protocolo de Brasilia de 17 de diciembre de 1991 (Artículo 43). Finalmente, en anexo de este Protocolo, se estableció el Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Por cuanto hace al Arancel Externo Común, este se creó en 1994 por la Decisión 22/94 del Consejo del Mercado Común**

**El 25 de junio de 1996, el Consejo del Mercado Común suscribió la declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático del MERCOSUR y el Protocolo de adhesión de Bolivia y Chile, mismos que fueron ratificados por los Estados partes el 24 de julio de 1998, en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile.**

Para el año 2000, los Estados Partes iniciaron una nueva etapa de integración regional denominada “Relanzamiento del MERCOSUR”, que tiene como objetivo el reforzamiento de Unión Aduanera tanto a nivel intracomunitario como en el racionamento externo y se busca la adopción de políticas fiscales que aseguren la solvencia fiscal y de políticas monetarias que garanticen la estabilidad de precios, por lo que decidieron priorizar estos temas: Acceso al mercado; agilización de los trámites en frontera; incentivos a las inversiones, a la producción, a la exhortación, incluyendo las zonas francas, admisión temporaria y otros regímenes espaciales; arancel común externo; Defensa comercial y de la competencia; solución de controversias; incorporación de las normativas MERCOSUR; fortalecimiento institucional del MERCOSUR y relaciones externas.

Finalmente, en lo que respecta a la solución de controversias, el 18 de enero de 2002, los Estados partes suscribieron el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, cuyos mecanismos son la negociación directa de las partes (Artículo 4), el arbitraje, la determinación del Grupo Mercado Común y las reclamaciones de particulares.

**c).- Tratado de Libre Comercio (TELCAN).**- En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, conocido como NAFTA por sus siglas en inglés, celebrado entre México, Estados Unidos de América y Canadá,<sup>259</sup> estos tomaron entre otras decisiones: reafirmar los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus naciones y en materia de comercio, contribuir al desarrollo armónico, a la expansión del comercio mundial y a ampliar la

---

<sup>259</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de diciembre de 1993.

cooperación internacional; crear un mecanismo más extenso y seguro para los bienes y los servicios producidos en sus territorios; reducir las distorsiones en el comercio; establecer reglas claras y de beneficio mutuo para su intercambio comercial; asegurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión; desarrollar sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como de otros instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación; fortalecer la competitividad de sus empresas en los mercados mundiales y; alentar la innovación y la creatividad y fomentar el comercio de bienes y servicios que estén protegidos por propiedad intelectual.

Con base en tales premisas, en el artículo 101 del TELCAN y de conformidad con lo dispuesto en el artículo XXIV, denominado “Aplicación territorial- tráfico fronterizo, uniones aduaneras y zonas de libre comercio”, del Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y Comercio, de 1947, por sus siglas GATT, los Estados contratantes crearon una zona de libre comercio; El TELCAN consta de ocho partes y 22 capítulos, divididos en 2206 artículos y 402 Anexos, destacándose en materia comercial: la primera parte en cuanto al establecimiento de la zona libre de comercio y sus objetivos (Artículos 101 y 102) y la extensión de obligaciones (artículo 105); la segunda parte respecto del comercio de bienes, el trato nacional y acceso de bienes al mercado (Artículo 300), aranceles y eliminación arancelaria (Artículos 301 y 302), exención de aranceles aduaneros (Artículo 304), tasas arancelarias de nación más favorecida para determinados bienes, medidas no arancelarias (Artículo 308), derechos aduaneros (Artículo 310), impuestos de importación (Artículo 314), entre muchas otras disposiciones que sería largo enumerar.

Sin embargo, no quiero dejar de mencionar el Capítulo XIX relativo a la Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y compensatorias y el Capítulo XX, relativo a disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias, las consultas, la comisión, los buenos oficios, conciliación y mediación e integración de un panel, así como derechos de particulares y medios alternativos de solución de controversias

Particularmente hablando de los objetivos del TELCAN, en el artículo 102, se establecieron, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, los siguientes:

- ✓ Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las Partes;
- ✓ Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio; aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- ✓ Proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes;
- ✓ Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias y;
- ✓ Establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

Por cuanto al ámbito de aplicación del TELCAN, en la segunda Parte, Comercio de bienes, Capítulo III, Trato nacional y acceso de bienes al mercado, el artículo 300, denominado Ámbito de aplicación y extensión de las obligaciones, se establece que este capítulo se aplicará al comercio de bienes de una parte incluyendo:

- ✓ Los bienes comprendidos en el Anexo 300-A “Comercio e inversión en el sector automotriz”.
- ✓ Los bienes comprendidos en el Anexo 300-B “Bienes textiles y del vestido” y;

- ✓ Los bienes comprendidos en otro capítulo de esta Parte.

Salvo lo previsto en tales anexos o capítulos.

Por lo que se refiere la solución de controversias si bien el TELCAN en el Capítulo XX titulado “Disposiciones institucionales para la solución de controversias”, ésto solamente es aplicable a las controversias entre los Estados miembros, no respecto de los particulares.

Así es, en el artículo 2001, se prevé el establecimiento de la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas que éstos designen, con facultades para resolver las controversias sobre la interpretación o aplicación del TELCAN, para lo cual podrá, entre otros, solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental y la propia Comisión establecerá sus reglas y procedimientos; y al menos que la propia Comisión disponga otra cosa, todas sus decisiones se tomarán por consenso.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 207 del TELCAN, la Comisión podrá convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios o recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación u otros procedimientos de solución de controversias o formular recomendaciones, para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia; las partes deben cooperar, en la solución de la controversia, pues el artículo 2003 del TELCAN, dispone que procurarán, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de éste y, mediante la cooperación y consultas, se esforzarán siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento, más sin embargo. Sin embargo, después de 30 días de tales acciones sin obtener solución a la controversia, a petición de las partes la Comisión establecerá un panel arbitral, para lo cual, los artículos 208 al 2019 del TELCAN disponen el procedimiento del juicio arbitral.

Por cuanto toca a los derechos de los particulares, en caso de controversia, como lo aseveré anteriormente, lo mencionado en el párrafo anterior no aplica y lo que es más, el artículo 2021 del TELCAN, señala que ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras partes con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con el propio TELCAN. En cambio, el artículo 2022 de este Tratado, regula el procedimiento para la solución de controversias, en los siguientes términos:

- ✓ En la mayor medida posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.
- ✓ A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
- ✓ Se considerará que las partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo anterior, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.
- ✓ La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El Comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

Como puede observarse en este punto, sobre los derechos de los particulares, para enfrentar las controversias que surjan entre ellos con motivo



de la aplicación del TELCAN, se omitieron las correspondientes reglas sustantivas conforme a las que se resolverán las controversias comerciales privadas. La consecuencia de esto, es que se deja a los particulares que simplemente apliquen el derecho contractual de uno de los países a los contratos internacionales en la zona de libre comercio, lo que redundará en una situación inequitativa a favor de la parte cuyo derecho se aplica, que ordinariamente suele ser la parte económicamente más fuerte, es decir, de Estados Unidos de América y de Canadá.

Lo mencionado en virtud de que si el libre comercio del TELCAN, requiere la existencia y promoción del arbitraje comercial privado como un órgano jurisdiccional especializado e independiente, necesariamente requiere de reglas sustantivas comunes aplicables para la solución de las controversias mercantiles, por lo cual, en mi opinión, es necesario que se desarrolle un derecho contractual común internacional que rijan los contratos comerciales internacionales en la zona de libre comercio de este Tratado.

Lo anterior no implica que necesariamente los países modifiquen substancialmente su derecho contractual interno, sobre todo si se trata de la protección de los derechos y garantías constitucionales como en el caso de México, sino que se establezcan reglas uniformes que regulen los contratos celebrados en la zona de libre comercio, así como los medios de solución de controversias que surjan entre los contratantes, por lo cual, cada país, puede seguir y desarrollar sus propias tradiciones jurídicas, y al mismo tiempo cultivar y aplicar el derecho contractual común aplicable a los contratos internacionales.

**d).- Comunidad Andina.-** Mediante el Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1969 por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, se creó el Pacto Andino, conocido también como Grupo Andino o Acuerdo de Cartagena, que tuvo como objetivo el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de los países miembros, mediante la integración y la cooperación económica y social.

**Estas son las etapas por las que ha pasado el proceso de integración andino:**

- ✓ En los años 70, se crearon los órganos e instituciones andinas, como son: el Consejo Andino de Ministros; la Secretaría General; la Comisión, El Tribunal de Justicia Andino; el Parlamento Andino; el Consejo Consultivo Empresarial; la Corporación Andina de Fomento; el Consejo Consultivo Laboral; el Fondo Latinoamericano de Reservas, a los que también se integra la Universidad Andina Simón Bolívar. Lo anterior a excepción del Consejo Presidencial Andino que se creó en el año de 1990.
- ✓ En sus inicios, la política o modelo predominante era un “modelo de institución de importaciones”, o “cerrado”, que protegía a la industria nacional imponiendo aranceles altos a los productos de procedencia extranjera, el Estado y la planificación tuvieron mucha importancia.
- ✓ En los años 80, el modelo entró en crisis por las deudas de los países y la integración se estancó. En 1989 se realizó una reunión en Galápagos, Ecuador y se decidió abandonar el modelo de desarrollo cerrado y dar paso al modelo abierto. El comercio y el mercado adquirieron prioridad, se adoptó un diseño estratégico y un plan de trabajo, predominando el tema de comercio.
- ✓ En 1993, los países andinos eliminaron entre sí los aranceles y formaron una zona de libre comercio, lo que permitió el crecimiento vertiginoso del comercio y la generación de miles de empleos, liberándose en transporte en todas sus modalidades.
- ✓ En 1997, a través del Protocolo de Trujillo, se introdujeron reformas al Acuerdo de Cartagena para actualizarla y el Grupo Andino se transforma en Comunidad Andina.

- ✓ En el año 2003, se dispone el establecimiento de un Plan Integrado de Desarrollo Social y se van recuperando para la integración los temas presentes en el inicio del desarrollo del proceso que habían sido abandonados y para 2007, en su Plan de Trabajo, la Secretaría General de la CAN contempló como áreas de acción las agendas social, ambiental, cooperación política, relaciones externas y desarrollo productivo comercial.<sup>260</sup>

Los objetivos actuales de la Comunidad Andina son:

- ✓ Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económico y social.
- ✓ Acelerar su crecimiento y la generación de ocupación.
- ✓ Facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.
- ✓ Propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional.
- ✓ Fortalecer la seguridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros.
- ✓ Procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión.

Cabe mencionar que, Independientemente de las cuestiones comerciales, la Comunidad Andina ha eliminado los pasaportes y visas, por lo que hay libre circulación de personas, un plan de desarrollo social y una

---

<sup>260</sup> Página Web de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

agenda ambiental, sin embargo, actualmente enfrenta problemas políticos y sociales, pobreza y narcotráfico.<sup>261</sup>

**e).- Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).**- El 12 de agosto de 1980, los países Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, suscribieron el Tratado de Montevideo, en cuyo artículo 1 estatuyeron un proceso de integración encaminado a promover el desarrollo económico-social, armónico y equilibrado de la región, con el objetivo a largo plazo, del establecimiento, en forma general y progresiva, de un mercado común latinoamericano y para ello crearon la Asociación Latinoamericana de Integración.<sup>262</sup>

**De acuerdo con los artículos 28 y 29 del tratado, se instituyeron como órganos políticos: El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores; La Conferencia de Evaluación y Convergencia; y la Secretaría General.**

Después de 1981, un año después de que la ALADI se conformara, mediante una reunión; se analizaron los aspectos relacionados con la nomenclatura arancelaria, así como el proceso aduanero de cada país con el objetivo de encontrar un equilibrio y obtener propuestas de armonización. Dentro de la mecánica de la ALADI el acuerdo de alcance parcial y regional están incluidos. En los regionales participan todos los miembros, mientras que en el parcial solo algunos miembros. Para que estos acuerdos se extiendan a los demás Estados, será por medio de la Cláusula de la Nación más Favorecida. Por su parte en 1985 se aprueba la Declaración de Montevideo, en donde se crearon tres mecanismos para dar impulso a la asociación comercial. Estos fueron: Preferencia arancelaria regional (PAR); desviar importaciones realizadas fuera de la ALADI para proteger lo local; Eliminación Multilateral de Restricciones Arancelarias y; Nuevos mecanismos de pago y Compensación de Operaciones.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Cfr. Rodríguez Naredo, Constanza. Ob. Cit. p. 141.

<sup>262</sup> Página Web de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

<sup>263</sup> Cfr. Rodríguez Naredo, Constanza. Ob. Cit. p. 149

**f).- Comunidad del Caribe (CARICOM).**- Esta organización surgió en el año de 1958, como resultado de 15 años de gestiones a favor de la integración regional; sus estados miembros son Antigua y barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guayana, Haití, Jamaica, Montserrat, Sant Kitts and Nevis, Salta Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago

Los objetivos de la Comunidad del Caribe son:

- ✓ Estimular la cooperación económica en el seno de un mercado común del Caribe.
- ✓ Estrechar las relaciones políticas y económicas entre los estados miembros.
- ✓ Promover la cooperación educacional, cultural e industrial entre los países de la comunidad.

Los principales órganos de la Comunidad del Caribe son:

- ✓ Conferencia.- Es el órgano supremo y la integran los jefes de estado y de gobierno de los países miembros, su principal responsabilidad es trazar la política de la Comunidad y también autoriza la firma de tratados con otras organizaciones de integración.
- ✓ Consejo.- Integrado por los ministros de relaciones exteriores y se encarga del desarrollo de los planes estratégicos de la Comunidad, de coordinar la integración de diferentes sectores y de promover la cooperación entre los estados miembros.
- ✓ También cuenta con Consejos: para el Desarrollo Económico y Comercial (COTED); para las Relaciones Exteriores y de la Comunidad (COFCOR);

para el desarrollo Humano y Social (COHSOD) y; para la Planificación Financiera (COFAP).<sup>264</sup>

Se dice que la Comunidad del Caribe se estableció originalmente en 1973, Sin embargo, no ha podido progresar hacia una integración económica. Un compromiso formal hacia una unión monetaria y económica fue adoptado por estados miembros en 1984, pero desde entonces ha habido muy poco avance. En octubre de 1991, los gobiernos de CARICOM fueron incapaces, por tercera vez consecutiva, de establecer un arancel externo común dentro de la fecha límite fijada.<sup>265</sup>

**3.- Multiplicidad de reglas.-** Debo mencionar que en los contratos mercantiles internacionales, se aplican una gran cantidad de normas contenidas en códigos de comercio, códigos civiles y otros ordenamientos internos de los países, en los que se establece el principio mundialmente reconocido de autonomía de la voluntad de las partes, que les permite elegir el derecho aplicable, la forma de solucionar sus controversias y los tribunales que en su caso conocerán y resolverán de éstas, lo cual propicia que no exista uniformidad en las reglas que regulan estas situaciones, pues se dejan al arbitrio de los contratantes.

Deben sumarse a lo mencionado, las múltiples y variadas normas contenidas en las fuentes de regulación contractual internacional en materia mercantil, a saber: Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969; tratados suscritos entre estados para dotar a los partícipes del tráfico de un derecho material uniforme o normas de conflicto uniformes; usos mercantiles y costumbres al tráfico mercantil de que se trata; condiciones generales de los contratos; reglas adoptadas por gremios mercantiles internacionales; conjunto de reglas sugeridas a los particulares del tráfico económico para que las adopten como Ley del contrato; principios generales

---

<sup>264</sup> Página Web de la Comunidad del Caribe.

<sup>265</sup> Rodríguez Naredo, Constanza. Ob. Cit. p. 142 y 143.

de derecho aplicables a las transacciones internacionales y; los precedentes jurisprudenciales, básicamente decisiones arbitrales.<sup>266</sup>

Un claro ejemplo de la multiplicidad de normas que regulan los contratos mercantiles internacionales lo encontramos con las normas emitidas bajo los auspicios de la UNICITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), por la Convención de Viena celebrada en 1980, en materia de compraventa internacional de mercaderías. Asimismo, cabe referirse a los principios de la UNIDROIT.<sup>267</sup>

Pero es larga la lista de las reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales, a continuación menciono solo algunas:

1. Protocolo sobre el Régimen de Uniformidad de los Poderes.
2. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas.
3. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia Sociedades Mercantiles.
4. Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional.
5. Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero.
6. Convención sobre la Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías.
7. Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.
8. Convención UNIDROIT sobre Arrendamiento Financiero Internacional y Factoraje Internacional.
9. Convención UNICITRAL sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Stand By.
10. Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías.

---

<sup>266</sup> Cfr. Oviedo Albán, Jorge. Ob. Cit. p. 7

<sup>267</sup> Cfr. Castrillón y Luna, Victor M. Ob. Cit. p. 18.

11. Convenio de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio.
12. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial.
13. Reglamento de Conciliación Comercial,
14. Reglamento de Arbitraje.
15. Incoterms.
16. Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales.
17. Guía para los Contratos Maestros de Franquicia.
18. Cláusulas Estándar, contratos tipo o modelos de contrato publicados por la Cámara de Comercio Internacional.

**4.- Codificación del Derecho Mercantil.-** Como lo expuse en el Capítulo Primero de esta investigación, con el advenimiento de los estados nacionales, al fortalecerse el poder público, se retorna a éste la actividad legislativa y la impartición de justicia, que de hecho habían sido cedidas durante siglos a las corporaciones y a los consulados de los comerciantes; así, en los Siglos XVIII y XIX, se produce un movimiento codificador, ya que se crean en Francia las Ordenanzas de Colbert, que son los antecedentes inmediatos del Código de Comercio Francés de 1807 >Código de Napoleón<, luego el Código de Comercio Español de 1829, el Código de Comercio de México de 1854 y la regulación mercantil en el Common Law, entre otros muchos ordenamientos.

**Sin embargo, uno de los principales problemas que esto trajo consigo, es que no fueron codificadas todas las normas de Derecho Mercantil, utilizadas por la fuerza de la costumbre y de los usos de las corporaciones y consulados de los comerciantes en la antigua Lex Mercatoria, además de que algunas de estas normas se integraron en códigos mercantiles y otras en códigos civiles y en casos como el Common Law no se distinguió entre obligaciones civiles y mercantiles, lo cual demuestra que los usos y las costumbres mercantiles varían de comunidad en comunidad y más propiamente de**



**legislación en legislación y de sistema jurídico a sistema jurídico o inclusive con mayores diferencias entre familias jurídicas. La separación legislativa del derecho civil y mercantil es un hecho reconocido en todos los países, con excepción de los anglosajones, Suiza, Turquía y más recientemente Italia.** <sup>268</sup>

La regulación del contrato mercantil en códigos civiles y/o mercantiles, es problemática y propicia la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales; se considera que si el Derecho civil y el mercantil, tienen en materia de las obligaciones la misma esencia, deben regularse en un solo texto legislativo que facilite el movimiento y manejo de las normas jurídicas relativas;<sup>269</sup>

Esta situación debido a que la regulación de los contratos mercantiles en México, es compartida tanto por el Código de Comercio, como por el Código Civil, ya que el primero establece en su artículo 1º:

“Los actos comerciales sólo se registrarán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables”.

Mientras que en su artículo 2o. señala:

“a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal” >el Código Civil federal<

En este sentido, tenemos que el artículo 81 del Código Civil Federal establece:

“Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos”. Entonces se pone en evidencia que la unificación de las reglas que rigen

---

<sup>268</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Ob. Cit. p. 17.

<sup>269</sup> Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Edit. Porrúa, México 2002. p. 87.

los contratos mercantiles, debe plantearse no solo en el ámbito internacional, sino también en el seno de las legislaciones nacionales”.

Como consecuencia de lo anterior, puede considerarse que el localismo excesivo y las diferencias entre familias jurídicas entorpece la armonización e interpretación con criterios propios de los instrumentos internacionales, toda vez que los juristas y jueces tienden a aplicar los conceptos contenidos en los mencionados instrumentos con criterios de derecho interno que no atienden a las particularidades de las transacciones internacionales.<sup>270</sup>

Otro problema derivado de la codificación del Derecho Mercantil, es que dispersó y diversificó una multiplicidad de normas para la regulación del comercio, que terminó con la unidad jurídica del intercambio internacional parcelando el derecho en distintos códigos. Ese fraccionamiento- que sirvió a los propósitos políticos de los nacientes Estados nacionales –se presenta hoy, luego de más de dos siglos, bajo una perspectiva diferente. La técnica clásica de la norma de conflicto nos enfrenta a menudo con la aplicación del derecho extranjero caracterizado por su amplia diversidad y dificultades de conocimiento e interpretación y aún en la zona más integrada del mundo, como es la UE >Unión Europea<, las diferencias legislativas contractuales entre sus miembros provoca importantes dificultades a su mercado interior.<sup>271</sup>

De acuerdo con el autor Jorge Oviedo Albán, el momento en que el Derecho Mercantil se codificó, coincide con el de la nacionalización de sus normas y conllevaría a la posterior aparición del derecho internacional privado, en principio mediante la regulación de las situaciones internacionales por medio de leyes internas y más tarde por medio de tratados, costumbre internacional y jurisprudencia. Sin embargo, la actividad económica, cada vez más intensa entre los pueblos, no se encuentra regulada en un régimen único y armónico al estilo de las codificaciones decimonónicas del derecho privado en los sistemas de derecho codificado de origen romano germánico.

---

<sup>270</sup> Cfr. Oviedo Albán, Jorge. Ob. Cit. p. 8

<sup>271</sup> Cfr. Matteo, Vivien. La Contratación Mercantil y la Añoranza del “jus commune”. En Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Universidad Austral. Edit. Albreamáica. S. A. 2007 P. 1

Por el contrario, tal normatividad se encuentra dispersa en un sin número de leyes y tratados internacionales, legislación supranacional, legislación comunitaria, recopilaciones de usos y costumbres, y recomendaciones de principios, tal como sucede con los Principios de UNIDROIT para la contratación mercantil internacional. Esta dispersión de la normatividad aplicable a los negocios internacionales, se convierte en un obstáculo jurídico y económico a la creciente liberalización comercial.<sup>272</sup>

Así, pese a la codificación del Derecho Mercantil en México, ahora la legislación en la materia sufre un proceso de descodificación, que más bien es de dispersión y en consecuencia falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales. Señala Miguel Acosta Romero que *en México, el fenómeno de la descodificación se observa más acentuadamente en el Derecho Mercantil, se dio desde 1859 con la expedición de la Ley General de Instituciones de Crédito. El Código de comercio, que es una ley que tienen 100 años de vigencia >117 años< en nuestro país, promulgada el 5 de septiembre de 1889 y en vigencia a partir de 1890 contiene muy pocos artículos que aún están en vigor.*<sup>273</sup> Asimismo, a similar situación de descodificación, se señala que se distingue en la legislación en vigor, leyes derogatorias y leyes complementarias del viejo Código de Comercio.<sup>274</sup>

Es evidente que ante la problemática de dispersión y descodificación del Derecho Mercantil, ahora existe la pretensión de concentrar en una Ley Federal de Comercio, el contenido del actual Código de Comercio, junto con la multitud de leyes especiales en la materia:

Ante la Quincuagésima Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos fue presentada por el C. Humberto Romero Pérez, una Iniciativa de Ley Federal de Comercio, la cual apareció publicada en el *Diario de los Debates* correspondientes al jueves 12 de

---

<sup>272</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 5.

<sup>273</sup> Cfr. Acosta Romero Miguel. Ob. Cit. p. 56

<sup>274</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge. Ob. Cit. p. 53

noviembre de 1981. De acuerdo con lo expresado en dicha iniciativa por el diputado Romero Pérez, ella fue formulada por un grupo de diputados integrantes de la Comisión de Comercio, quienes contaron con la colaboración de los más eminentes juristas y catedráticos en materia mercantil, quienes se impusieron la tarea de revisar la Legislación Mercantil para abrogar el Código de Comercio y Leyes Especiales que derivaron de él, solicitando a los diputados integrantes de la Cámara su opinión y observaciones, así como que lo enviaran a las organizaciones profesionales de trabajadores, a las Facultades de Derecho, a las Facultades de Contaduría y Administración para que dieran “la medida, el criterio y la modificación o, en su caso, aprobación” a dicho proyecto.<sup>275</sup>

Además de esta problemática, y también como consecuencia misma, se han creado determinadas normas e instituciones de carácter mercantil, que no son uniformes, si bien actúan como denominador común, porque son aplicadas en el ámbito internacional, son aceptadas y reconocidas por los países y tal es el caso del uso generalizado del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, para elegir el derecho aplicable, para adherirse total o restrictivamente a los instrumentos internacionales que regulan los contratos mercantiles, elección de los tribunales para dirimir las controversias y otros, que además de tener límites la voluntad de las partes, se encuentran regidos por reglas en las que tampoco existe uniformidad.

**B.- Proceso de unificación.-** Son indudables las acciones desplegadas para tratar de unificar las reglas que regulan los contratos mercantiles internacionales, sobre todo en las últimas décadas, por parte de organismos internacionales de carácter intergubernamental o gremial los que han dedicado su esfuerzo a permitir la consolidación de las normas propias del tráfico mercantil internacional: En particular han sido la UNICITRAL >UNICITRAL-CNUDMI, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<, la UNIDROIT >Instituto Internacional para la Unificación del

---

<sup>275</sup> Cfr. Vázquez Arminio, Fernando. Comentarios y Críticas a la Iniciativa de la Ley Federal de Comercio. En Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM. México 1984. p. 863

Derecho Privado< y la CCI >Cámara de Comercio Internacional<, entre otras entidades, las que mediante la adopción de convenciones internacionales, sugerencia de leyes modelo, o recopilaciones de leyes generales o principios y costumbres internacionales, han permitido abrir el camino hacia la mencionada consolidación de éste derecho.<sup>276</sup>

Este derecho mercantil internacional, señala Jorge Oviedo Albán, se ha venido consolidando en gran medida a expensas de la actividad legislativa de los Estados con un carácter consecuentemente despolitizado, de allí el porque la fuente principal del mismo no sea la ley ni los tratados, sino la costumbre, los usos contractuales, las reglas adoptadas por instituciones gremiales, leyes modelo sugeridas por entidades internacionales, etc. La conformación y consolidación del derecho mercantil internacional significa la reafirmación de la economía liberal de mercado y del instrumento jurídico que permite la circulación de la riqueza en los ámbitos nacional e internacional, que es el contrato.

Asimismo, la tendencia uniformadora por medio de las anteriores fuentes debe ser estudiada también, de manera paralela, por la conformidad de un derecho mercantil comunitario, como es el caso que se está gestando en algunos países europeos, al haber adherido estos a la Comunidad Económica Europea (C. E. E.) >Unión Europea<. Los Estados miembros tienen el compromiso de adaptar su derecho interno a los postulados fijados por las Directivas del Consejo y la Comisión de la Comunidad Económica Europea. Adicionalmente se pueden identificar una serie de dificultades de diverso orden que impiden la estructuración y consolidación del derecho mercantil internacional como categoría sistemática. La doctrina encuentra dificultades de tipo histórico, económico, jurídico y teórico. Podemos concretarlas de la siguiente manera:

Los estados no son partidarios en muchas ocasiones de “ceder soberanía” a legislaciones foráneas. Esto retrasa en muchas ocasiones la

---

<sup>276</sup> Cfr. Oviedo Albán, Jorge. Ob. Cit. p. 4.

entrada en vigencia de normas convencionales internacionales que dependan para su entrada en vigor, como suele suceder, de la adopción de un número mínimo de países suscriptores o adherentes. En otras ocasiones suele pasar mucho tiempo entre la adopción de los instrumentos internacionales y su incorporación a los sistemas jurídicos internos, signados en ocasiones por trámites engorrosos.<sup>277</sup>

Sobre la tarea unificadora, el autor Mateo Vivien, indica que Estados Unidos cuenta con dos instituciones abocadas a la tarea de la uniformización del derecho, si bien su labor también ha sido objeto de críticas: el American Law Institute y la National Commissioners on Uniform Status Law.

Más al sur, no cuenta aún América Latina con un Tratado Multilateral vigente que reúna las voluntades de todos los países del área en materia de contratación internacional, como sucede en Europa con la Convención de Roma 80 sobre Obligaciones Internacionales Contractuales, pues la Convención Interamericana de México de 1994, sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que haría sus veces, aún no cuenta con el suficiente número de ratificaciones-que la posicionarían como un marco uniforme y en especial no cuenta con la de Uruguay. No obstante, la mayoría de los países de la región son parte de la importante Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (ONU).<sup>278</sup>

A continuación, me refiero a los instrumentos básicos, que considero importantes en el proceso de unificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, en la inteligencia de que los analizaré en términos generales, para luego, en el punto III de este mismo Capítulo, denominado Teoría para la Unificación de los Contratos Mercantiles Internacionales, los analizaré en forma pormenorizada conforme a las reglas que contienen, particularmente en lo que atañe a los rubros: autonomía de la voluntad y sus límites; su ámbito de aplicación personal, legal, territorial y material; elementos de existencia y de validez; buena fe; interpretación y; solución de controversias.

---

<sup>277</sup> Cfr. Oviedo Albán, Jorge. Ob. Cit. p. p. 6, 7 y 8.

<sup>278</sup> Cfr. Vivien, Mateo. Ob. Cit. p. p. 2 y 3.

**1.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980).**- Esta Convención es la combinación de las convenciones, sobre la compraventa internacional de mercaderías y sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías, adoptadas por una Conferencia Diplomática celebrada en la Haya en 1964.

Primeramente quiero destacar que en esta convención se plasmó claramente la intención, de uniformar las reglas de los contratos de compraventa internacional de mercaderías; así lo revela en el Preámbulo cuando expresa que: *“Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en las que se tenga en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuirá a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional promoverá el desarrollo del comercio internacional.”*

El ámbito de aplicación de la Convención es, desde luego, respecto de los contratos de compraventa internacional de mercaderías; se advierte la presencia del elemento especulativo que caracteriza al comercio, ya que la convención aplica solo cuando las mercaderías están destinadas a su posterior comercialización, o bien que vayan a ser manufacturadas o producidas. La Convención no aplica a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios (Artículo 3), ni a las mercaderías que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, o sea, a menos que el vendedor no haya tenido conocimiento antes o al momento de celebrarse el contrato que tenían ese uso; en subastas; judiciales; de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; de buques; embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y; de electricidad (Artículo 2).

Otras limitantes son que la regulación de los contratos se constriñe a su formación y a los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador

(Artículo 3), ya que el artículo 4 excluye a la validez del contrato y a la validez de cualquier uso, así como respecto de la propiedad de las mercancías vendidas y la responsabilidad del vendedor, por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

El artículo 6 de esta convención establece el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, sobre la aplicación de la convención y si bien en el artículo 11 señala que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma y que podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos, esto no aplica cuando cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración en contrario, por exigir su derecho la forma escrita, por lo cual, este principio no es absoluto.

En el ámbito personal de los contratantes, la convención se aplica únicamente quienes tengan su establecimiento en estados diferentes, sin considerarse su nacionalidad, por lo que en ese caso bien pueden tener la misma, así como tampoco importa el carácter civil o comercial de las partes o del contrato y se establecen reglas para determinar la ubicación del establecimiento. De igual manera, conforme al artículo 9 de la convención, los usos y prácticas de las partes las obligan en la relación jurídica, a más de que si no disponen lo contrario, se tiene tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían tener conocimiento, que sea ampliamente reconocido en el comercio internacional y observado por las partes en contratos del mismo tipo, en el tráfico mercantil de que se trate.

Por lo que toca a la interpretación de la convención, según el artículo 7 deberá tomarse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional, aplicándose en lo que no prevea, los principios generales de la propia convención y a falta de ello, de acuerdo con la ley aplicable conforme al derecho internacional privado, aunque establece algunas reglas que mencionaré en su oportunidad.



Existen otras reglas en la Convención, correspondientes a la formación del contrato, la oferta y su aceptación; la modificación del contrato; las obligaciones y responsabilidades del vendedor, la conformidad y entrega de las mercaderías, los plazos para el cumplimiento, la resolución del contrato, el precio, su reducción, fecha y lugar del pago, la transmisión del riesgo, las obligaciones comunes a las partes y la indemnización por daños y perjuicios que se ocasionen.

De las disposiciones finales, se destaca que la Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que ésta rige, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo. Asimismo, se regulan la entrada en vigor, la ratificación, aceptación y aprobación de los Estados signatarios, así como las declaraciones y denuncias de los mismos.

**2.- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.-** Esta Convención se celebró en México, Distrito Federal, el 17 de marzo de 1994. De igual manera, esta convención tiene la tendencia a uniformar las reglas relativas al comercio internacional, al reafirmar los estados partes su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estado Americanos, reiterar la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio y considerar que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico.

Por cuanto hace a su ámbito de aplicación, la convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales, que son aquellos en los que las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados partes diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. La convención se aplica a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos de que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Cualquier Estado Parte podrá en el

momento de firmar, ratificar o adherir a la convención, que ésta no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte y declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma (Artículos 1 y 2).

Las normas de la convención son aplicables, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional (Artículo 3). Para la interpretación y aplicación de la Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación (artículo 4).

La convención no aplica a: cuestiones del estado civil; capacidad de las partes; consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; sucesiones; testamentos; matrimonio; relaciones de familia; títulos de crédito; venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; arbitraje o elección del foro; derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general; los contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de la convención (Artículos 5 y 6)

Esta Convención también establece el principio de autonomía de la voluntad, ya que las partes pueden elegir el derecho aplicable a una parte o a la totalidad del contrato, en forma expresa o que se desprenda en forma evidente de su conducta y de las cláusulas del contrato, consideradas en su conjunto. La elección del foro no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable (Artículo 7).

En cualquier momento las partes pueden convenir en someter el contrato en todo o en parte a un derecho distinto al convenido, lo hayan o no elegido, lo cual no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros (artículo 8). Asimismo, establece reglas para el caso de que las partes no hayan designado el derecho aplicable o éste fuera ineficaz,

aplicando cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Como limitación de lo mencionado, la Convención dispone que se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro, cuando tengan carácter imperativo y éste podrá aplicar discrecionalmente, cuando lo considere pertinente, las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos (Artículo 11)

Conforme al capítulo II de la convención, el derecho aplicable regulará principalmente: su interpretación, los derechos y obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; los diversos modos de extinción de las obligaciones; las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato (Artículo 14). Algunas reglas sobre el derecho aplicable, son que el derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos; se entenderá “por derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes; el derecho designado por esta convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro (Artículos 16 a 18)

De las disposiciones generales de esta Convención, pueden destacarse, que la misma no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado parte de la convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración; la posibilidad de que los Estados puedan hacer reservas sobre una o más de sus disposiciones y que la convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas, cuando tenga dos o más sistemas jurídicos aplicables.

**3.- Principios de UNIDROIT de contratos comerciales Internacionales, de 2004.-** Cabe señalar primeramente que la UNIDROIT, es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido también como Instituto de Roma, precisamente porque en esta Ciudad tiene su Sede, es una organización intergubernamental que agrupa los estados miembros de la Unión Europea y es creador de estos principios UNIDROIT de Contratos Internacionales de 2004 y de sus antecesores de 1994.

**El último de los esfuerzos por establecer reglas uniformes que regulen el contrato de comercio internacional, lo son estos Principios UNIDROIT de Contratos Internacionales de 2004.**

Sobre estos principios UNIDROIT, José Luis Siqueiros apunta que estamos frente a un instrumento valioso de derecho privado que, sin ser vinculatorio ni requerir firma, ratificación o adhesión, aporta a las partes que participan en la contratación internacional una guía de neutralidad en sus negociaciones. El incremento de comercio exterior, tanto público como privado, conduce a las partes interesadas a situaciones de extrema complejidad; ante la postura rígida de cualquiera de ellas en algún punto de conflicto, la solución debe encontrarse en el articulado de los Principios; igual consideración procede cuando un tribunal de justicia internacional o los árbitros en la misma esfera tratan de resolver un litigio internacional.<sup>279</sup>

Estos principios UNIDROIT 2004, tienen como propósito establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, admitiendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya que éstas cuentan con libertad para acordar la aplicación de los principios, en los contratos que celebren y acordar la aplicación de principios generales de derecho, la Lex Mercatoria o expresiones semejantes; asimismo, los principios pueden aplicarse cuando las partes no determinaron el derecho aplicable al

---

<sup>279</sup> Cfr. Sequeiros, José Luis. Los Nuevos Principios UNIDROIT 2004 sobre Contratos Comerciales Internacionales. En Revista de Derecho Privado No. 11, Año IV mayo-agosto, 2005. p. 11.

contrato, pueden utilizarse para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o el derecho nacional y pueden servir como modelo para las legislaciones nacionales e internacionales.

Como Lex Mercatoria, los Principios UNIDROIT se han venido aplicando por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y otros tribunales, pues constituyen un derecho que es reconocido por los países y es aplicable internacionalmente.

Sin embargo, los Principios UNIDROIT, presentan limitaciones respecto del ámbito de aplicación, ya que no comprenden a la invalidez del contrato causada por falta de capacidad, inmoralidad o ilegalidad (Artículo 3.1). Por cuanto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, si aplica, puesto que se les concede la libertad de celebrar y determinar el contenido del contrato, sin requerirse forma para su celebración, también pueden excluir la aplicación de los principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente, pero siempre y cuando no restrinjan las normas imperativas, sean nacionales o supranacionales, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado (Artículo 1.4)

La interpretación, con base en estos Principios, consiste en que debe tenerse en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y que en las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación de los principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes (Artículo 1.6).

Entre las reglas generales que establecen estos Principios, encontramos las relativas a: la buena fe con que deben actuar las partes; a su obligación de observar los usos y prácticas que hayan convenido, así como a cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate; las notificaciones; términos y; plazos.

Los principios también contienen reglas sobre el perfeccionamiento del contrato; la oferta, su revocación, aceptación y su plazo, aceptación tardía, el rechazo o contraoferta; el perfeccionamiento condicionado; el contrato abierto, la negociación de mala fe, la confidencialidad; las cláusulas de integración, de modificación o extinción, estándar, sorpresiva, conflictos entre cláusulas y entre formularios; la representación, facultades del representante, representación aparente y oculta, falta o exceso de facultades y conflictos de intereses del representante, subrepresentación, ratificación de actos, extinción del poder.

Los Principios UNIDROIT establecen algunas reglas sobre los elementos de existencia y de validez de los contratos mercantiles internacionales, como son las relativas al perfeccionamiento, modificación y extinción, imposibilidad inicial, error, error determinante, dolo, intimidación, excesiva desproporción, terceros, confirmación; nulidad del contrato, pérdida del derecho, plazo para notificarla, anulación parcial, efectos retroactivos, daños y perjuicios, imperatividad, declaraciones unilaterales. Los Principios también establecen reglas de interpretación, intención de las partes, de declaraciones y de otros actos, circunstancias relevantes, interpretación sistemática, dando efecto a todas las disposiciones y contra proferentem, discrepancias lingüísticas e integración del contrato.

En el rubro de obligaciones entre las partes contratantes, los Principios establecen reglas relativas a obligaciones expresas o implícitas, cooperación entre las partes, obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos; determinación del tipo de obligación, de la calidad de la prestación y del precio; contrato de tiempo indefinido, renuncia por acuerdo de partes, estipulación a favor de tercero, identificación del beneficiario, cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad, excepciones, revocación, renuncia, cumplimiento, momento de cumplimiento y cumplimiento en un solo momento o en etapas, cumplimiento parcial, secuencia en el cumplimiento, cumplimiento anticipado, lugar de cumplimiento, pago con cheque u otro instrumento, pago por transferencia de fondos, moneda de pago, moneda no expresada, gastos del incumplimiento, imputación de pagos, imputación del

pago de obligaciones no dinerarias, solicitud de autorización pública, gestión de la autorización, autorización ni otorgada ni denegada; excesiva onerosidad (hardship), efectos y obligatoriedad del contrato.

Sobre el incumplimiento de las obligaciones del contrato, se establecen reglas relativas a: interferencia de la otra parte, suspensión y subsanación del incumplimiento, periodo suplementario para el cumplimiento, cláusulas de exoneración, fuerza mayor (force majeure), cumplimiento de obligaciones dinerarias y no dinerarias, reparación y reemplazo de la prestación defectuosa, pena judicial, cambio de remedio, derecho a resolver el contrato, notificación de la resolución, incumplimiento anticipado, garantía adecuada de cumplimiento, efectos generales de la resolución, restitución, derecho al resarcimiento, reparación integral, certeza del daño, previsibilidad del daño, prueba del daño en caso de una operación de reemplazo y por el precio corriente, daño parcialmente imputable a la parte perjudicada, atenuación del daño, intereses por falta de pago de dinero y sobre el resarcimiento, modalidad de la compensación monetaria, moneda en la que se fija el resarcimiento, pago estipulado para el incumplimiento; la compensación, condiciones, en moneda extranjera, notificación, contenido y efectos de la compensación.

Otro rubro interesante de las reglas que establecen estos Principios de la UNIDROIT, para los contratos mercantiles internacionales, es el relativo a la cesión de créditos: exclusiones, créditos no dinerarios, cesión parcial y de créditos futuros, créditos cedidos sin especificación individual, suficiencia de convenio entre cedente y cesionario, costes adicionales del deudor, cláusulas prohibiendo la cesión, notificación al deudor, cesiones sucesivas, prueba adecuada de la cesión, excepciones y derechos de compensación, derechos relativos al crédito cedido, obligaciones del cedente. También se regulan las transferencias de obligaciones, modalidades, exclusión, consentimiento y anticipado del acreedor, liberación del deudor originario, cumplimiento a cargo de un tercero, excepciones y derechos de compensación, derechos relativos a la obligación transferida. También se regulan la cesión de contratos: exclusión, consentimiento y anticipado de la otra parte, liberación del cedente, excepciones y derechos de compensación, derechos cedidos con el contrato.

Finalmente, en estos Principios se establecen reglas para la prescripción: periodos de prescripción y su modificación por las partes, nuevo periodo por reconocimiento, suspensión del procedimiento judicial y del procedimiento arbitral, medios alternativos de solución de controversias, suspensión en casos de fuerza mayor, muerte o incapacidad, efectos del vencimiento del periodo de prescripción, derecho de compensación y restitución.

**4.- INCOTERMS (2000).**- Otra de las acciones que se han desarrollado para tratar de unificar las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, es la de crear normas que entre las transacciones comerciales puedan utilizarse como estándares internacionales, este es el caso de los Incoterms; la palabra Incoterm es una abreviación de international Commerce Terms, es decir, términos comerciales internacionales. Para hablar de los Incoterms, preciso referirme primeramente a la Cámara de Comercio internacional (CCI), su creadora.

La CCI, es una organización empresarial constituida en 1919 en París, sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países. Los miembros de la CCI son empresas que efectúan transacciones internacionales y también organizaciones empresariales. En la actualidad miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países y se organizan como Comités Nacionales en cerca de 80 de ellos.

Un año después de la creación de las Naciones Unidas, la CCI obtuvo el rango de organismo consultivo privilegiado de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, OCDE, Comisión Europea, etc. incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del



momento, que es entregado en visita “ad hoc” al primer Ministro del Estado anfitrión.<sup>280</sup>

Dentro de su actividad va creando instrumentos que faciliten el comercio y las inversiones internacionales; destacan la Corte Internacional de Arbitraje, la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (Incoterms, Reglas y Usos relativos a los créditos documentarios, etc. y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional: Carta de las empresas para un Desarrollo Sostenido, Código de Prácticas Legales en publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, etc, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, Guía para el Comercio Electrónico, etc.

Ahora bien, los incoterms se crearon en 1936 y se han publicado versiones en los años 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000. Debe indicarse que los Incoterms, son reglas internacionales uniformes para la interpretación de términos comerciales, que carecen de fuerza normativa o legal, obteniendo su reconocimiento de su cotidiano y constante uso a nivel mundial, por lo que para que sean de aplicación a un contrato determinado, éste deberá especificarlo así.

Los Incoterms definen las obligaciones, gastos y riesgos del transporte internacional y del seguro, que son reconocidos como estándares internacionales por las autoridades aduaneras y las cortes en todos los países,

Las materias que regulan los Incoterms, son:

- ✓ La distribución de documentos.
  
- ✓ Las condiciones de entrega de la mercancía.

---

<sup>280</sup> Página Web de la Cámara de Comercio Internacional.

- ✓ La distribución de los costes de la operación.
- ✓ La distribución de riesgos de la operación.

Excepciones:

- ✓ La legislación aplicable a los puntos no reflejados en los Incoterms.
- ✓ La forma de pago de la operación.

La clasificación de los Incoterms, se determina a partir de grupos de salida y grupos de llegada, que se identifican con las letras iniciales que corresponden a las reglas de los Incoterms.

Grupo de salida:

Grupo E: EXW: "Ex Works" ("En fábrica")

Grupo F: FCA: "Free carrier" ("Franco transportista"); FAS: "Free Alongside Ship" ("Franco al costado del buque") y; FOB: "Free On Board" ("Franco a bordo")

Grupo C: CFR: "Cost and Freight" ("Coste y flete"); CIF: "Cost insurance and Freight" ("Coste, seguro y flete"); CPT: "Carriage Paid To..." ("Transporte pagado hasta...") y; CIP: Carriage and Insurance Paid to... ("Transporte y seguro pagados hasta...")

Grupo de llegada:

Grupo D: DAF: "Delivered At Frontier" ("Entregado en frontera"); DES: "Delivered Ex Ship" ("Entregado sobre el buque"); DEQ: "Delivered Ex Quay" ("Entregado en muelle"); DDU: "Delivered Duty Unpaid" ("Entregado sin pago de derechos") y; DDP: Delivered Duty Paid ("Entregado con pago de derechos")

**II.- Teoría para la unificación de los contratos mercantiles internacionales.-** Como ya antes lo expresé, son múltiples las reglas que se aplican a los contratos mercantiles internacionales. Ahora me ocuparé del

análisis de esas reglas, con la intención de establecer una teoría para su unificación, tanto del contrato mercantil internacional en general, como particularmente del contrato de comercio electrónico internacional, debido a que éste último, se está utilizando cada vez con mayor frecuencia y es un instrumento que presenta una gran complejidad a la hora de requerir su cumplimiento y en su caso solicitar la solución de las controversias entre las partes.

**A.- El contrato mercantil internacional.-** Existen reglas que regulan el contrato mercantil internacional, que no son uniformes entre sí, ya sea que se establezcan en convenciones o tratados internacionales, principios, leyes modelos, guías y otros; estas reglas inclusive son consideradas como principios en estos instrumentos, a saber, ámbito de aplicación, principios de autonomía de la voluntad y de la buena fe, los elementos de existencia y de validez, la interpretación, y la solución de controversias, cuyo estudio es importante en el Derecho Mercantil, en virtud de que, como lo indica Javier Carrascosa González, el contrato internacional es actualmente el principal instrumento jurídico de circulación de los valores patrimoniales y, en definitiva, de la riqueza. Un instrumento típico de la economía de mercado que manifiesta una fuerza de expansión, ya que los caracteres del medio donde se desenvuelve incitan a la conquista y apertura continua de nuevos mercados.<sup>281</sup>

Sin desde luego pretender realizar un examen exhaustivo, en este apartado me propongo analizar algunos de los elementos más importantes de los contratos mercantiles internacionales, a la luz de los diversos ordenamientos que los regulan, a saber: La Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980); La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994); los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales (2004) y; los INCOTERMS (2000). Lo anterior considerando también las reglas establecidas

---

<sup>281</sup> Cfr. Carrascosa González, Javier. El Contrato Internacional. (FRACCIONAMIENTO *VERSUS* UNIDAD), Edit. Civitas, S. A., Madrid, España, 1992. p. 23

en la legislación mercantil mexicana, con objeto de demostrar la falta de uniformidad en las reglas que regulan los contratos mercantiles internacionales.

**1.- Autonomía de la voluntad y su límites.-** El principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ha evolucionado hasta alcanzar actualmente una gran relevancia en la celebración de contratos mercantiles internacionales, a tal grado que no es raro que en algunos casos haya rebasado las reglas que rigen a éstos, sobre todo en lo que corresponde a la violación de normas imperativas propias de los derechos nacionales, llámense de orden público, de interés social o irrenunciables, que se constituyen como un freno a la libertad de las partes para contratar.

El desarrollo histórico del principio de autonomía de la voluntad de las partes, lo explica con bastante claridad la autora Silvia Contarino, en los siguientes términos:

En la primera etapa del derecho romano, no se reconoció la voluntad de los particulares, quienes se estaban a la regulación de los contratos, es partir de la etapa Bizantina, en que la declaración de la voluntad común de los particulares comienza a producir efectos jurídicos. Así, durante el feudalismo las convenciones generan un vínculo jurídico; en esta etapa rige el principio “*modus et convenio vicunt legem*”. Posteriormente, durante la Ilustración, se consagra la igualdad jurídica y, como consecuencia de esta, la libertad jurídica, entendiéndose que la ley debe solamente suplir la voluntad particular y, en su caso, completarla; en esta etapa rige el principio “*voluntas facit legem*”. Finalmente, en el Siglo XIX, el mercantilismo concibe el principio de *autonomía de la voluntad* como una actitud de respeto a la libertad individual, pero pronto comienza a preocuparse por la seguridad del tráfico jurídico y, por ello, a fijar los límites de esta autonomía con el fin de que el contrato sea un eficaz instrumento para el desarrollo del comercio; para ello, se otorga preeminencia a lo declarado sobre lo querido y se protege al diligente hombre de negocios.<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> Cfr. Contarino, Silvia. Contratos Civiles y Comerciales. Ámbito Contractual y Teoría General, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000. p. 62.

Lo anterior de tal suerte que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, es de aceptación mundial. Una somera aproximación a los distintos ordenamientos jurídicos, muestra la generalizada aceptación en los mismos de la autonomía de la voluntad de las partes como principio rector del contrato, tanto en el plano estrictamente interno como en el internacional. Así, son las partes quienes deciden iniciar una relación, determinando con quien, cómo y, llegado el caso —si se trata de un contrato no estrictamente interno— a qué ley someten su relación contractual.<sup>283</sup> Se distingue entre autonomía material y autonomía conflictual; la primera por cuanto a la capacidad de las partes para especificar los términos del contrato y la segunda, para elegir el derecho aplicable.

Un ejemplo claro se da en los *acuerdos del arbitraje comercial* por el que las partes deciden someter a arbitrio todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente...<sup>284</sup>

Se distingue también entre libertad para contratar y libertad contractual; la primera es la autodecisión o libre celebración del contrato; consiste en la libertad de los particulares para contratar o no, y en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante y la libertad contractual, es la autorregulación o libertad que tienen las partes para establecer el contenido del contrato. Así, usando esta libertad, las partes pueden hacer su propio contrato, dejando de lado, si lo consideran conveniente, todas las reglas de derecho civil y comercial que no impliquen un interés de orden público, hayan sido dictadas en resguardo de las buenas costumbres o regulen específicamente y de manera obligatoria la materia del contrato —normas imperativas.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Cfr. Esplugues Mota C. *Contratación Internacional*, 2a. Ed. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1999. p. 55

<sup>284</sup> Cfr. Athié Gutiérrez, Amado. *Derecho Mercantil*, 2a. Ed. Edit. Mc Graw-Hill, México 2002, p. 15.

<sup>285</sup> Cfr. Contarino, Silvia., *Ob. Cit.* p. 56

En la legislación mexicana se reconoce el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en la celebración de los contratos, en términos del artículo 1839 del Código Civil Federal, aplicable en materia mercantil por virtud del artículo 2o. del Código de Comercio, sin embargo, contiene las siguientes limitaciones:

Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Este principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya sea material o conflictual, o libertad para contratar y libertad contractual, es en muchos casos generador de conflictos de leyes, puesto que las partes contratantes pueden, por un lado, convenir normas cuya aplicación se encuentre prohibida por normas imperativas de las legislaciones de los estados a que pertenezcan o bien, por otro, elegir una sola o varias leyes para regular su contrato. En otras palabras, si el Derecho elegido va a regular <<toda>> la relación contractual --contrato como fenómeno unitario--, o se va a admitir que aspectos diferenciales del mismo, que no coinciden necesariamente con las previas categorías conflictuales establecidas por el legislador, se rijan por leyes diferentes; esto es, se va a aceptar el *depeçage*. El fraccionamiento incorpora como argumentos a su favor, el hecho de facilitar un pleno cumplimiento de la voluntad de las partes en la eventual búsqueda de un equilibrio interno del contrato.<sup>286</sup> El *depeçage* consiste entonces en la designación de diversas leyes para regular diversos aspectos de los contratos.

En otro orden de ideas, como ya lo mencioné, la autonomía de la voluntad para contratar no es absoluta, tiene ciertos límites debido a que el poder de los particulares de regular por sí, libremente, sus propios intereses encuentran un límite en que tales intereses no se encuentren en intolerable

---

<sup>286</sup> Cfr. Espulgues Mota G. Ob. Cit. p.p. 86 y 87

pugna con los del cocontratante y los de la sociedad.<sup>287</sup> Estos límites, aun cuando no son uniformes, se encuentran contemplados en la legislación nacional e internacional:

En el Código de Comercio de nuestro país, se establece la libertad contractual, en los siguientes términos:

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

**Es lo que se conoce como *pacta sunt servanda*, es decir la libertad para contratar, sin embargo, las partes habrán de pactar cuestiones que pueden surgir posteriormente a la celebración del contrato, inclusive la de designar terceros para intervenir en caso de controversia, en otras palabras, en lo que se le llama la teoría de la imprevisión, pactar consecuencias como la devaluación de la moneda, periodos de rescisión de la economía y otros**

**En el ámbito internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, prevé en su artículo 6 el principio de autonomía de la voluntad de las partes, aunque de forma limitada, ya que por un lado, las partes cuentan con la libertad de poder excluir la aplicación de la Convención, pueden también establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos, sin embargo, por otro lado, el propio artículo 6 indica que ello es sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención, mismo que establece que en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado**

---

<sup>287</sup> Cfr. Rezonico, Juan Carlos. Principios Fundamentales de los Contratos. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999. p.222.

**Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención, no se aplicará ninguna disposición de los siguientes artículos 11, 29 y Parte II de la Convención, que permita la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquiera otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea escrito: a continuación transcribo estos numerales:**

Art. 96.- El Estado contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito, pondrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12, en el sentido de que la celebración, modificación o extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

Artículo 11.- El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

Artículo 29.- 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo que se haga por escrito no podrá modificarse o extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

Parte II.- Esta se refiere a la formación del contrato, y comprende del artículo 14 al 24.

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, de 1994, consagra también el principio de autonomía de la voluntad, ya que las partes pueden elegir el derecho aplicable a una parte o a la totalidad del contrato, en forma expresa o que se desprenda en forma evidente de su conducta y de las cláusulas del contrato, consideradas en su conjunto. La elección del foro no entraña necesariamente la elección del



derecho aplicable (Artículo 7). En cualquier momento las partes pueden convenir en someter el contrato en todo o en parte a un derecho distinto al convenido, lo hayan o no elegido, lo cual no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros (Artículo 8).

Pero si las partes no eligen el derecho aplicable o si ello fuere ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos y para determinar esto, el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, pero si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, la ley de éste podrá aplicarse, a título excepcional (Artículo 9).

Independientemente de lo anterior, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto (Artículo 10). Esto se tomará en cuenta para decidir sobre si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona física (Artículo 15).

No obstante lo señalado, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo y éste podrá aplicar discrecionalmente, cuando lo considere pertinente, las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos (Artículo 11), lo cual indica que la autonomía de la voluntad de las partes no es un derecho absoluto.

En el mismo sentido se pronuncian los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales internacionales de 2004, ya que conforme a los artículos 1.1 y 1.2, las partes tienen libertad de celebrar el contrato y determinar su contenido y no se requiere alguna forma en particular para celebrar o probar el contrato, declaración o acto, por lo cual, el contrato puede ser probado por

cualquier medio, inclusive por testigos. Debe señalarse aquí la circunstancia de que la adopción de los Principios de UNIDROIT, es en todo caso voluntaria para los contratantes, ya que carecen de fuerza vinculatoria.

Es interesante que conforme a estos Principios, el contrato celebrado válidamente puede ser modificado o extinguido por las partes, aunque también conforme a lo que éste disponga o por cualquier modo conforme a los principios (Artículo 1.3). Las partes también pueden excluir la aplicación de los Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente (Artículo 1.5). No obstante, los Principios contienen la limitante de que no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado (Artículo 1.4).

**2.- Ámbitos de aplicación.-** Una vez analizados los instrumentos mercantiles internacionales a que me he referido con antelación, a continuación expongo sistemáticamente las reglas que contienen y que regulan los contratos mercantiles internacionales, relativos a los siguientes ámbitos de aplicación: personal, legal, territorial y material.

**a) Personal.-** Con relación a los contratantes, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante la Convención de las Naciones Unidas), se aplica únicamente a quienes tengan su establecimiento en estados diferentes, sin considerarse su nacionalidad, por lo que en ese caso bien pueden tener la misma, pero deben encontrarse en estados diferentes, así como tampoco importa el carácter civil o comercial de las partes o del contrato, por lo cual, es claro que pueden presentarse conflictos de leyes, en este caso civiles y mercantiles, correspondientes a los estados en que se encuentren los contratantes o los que correspondan a su nacionalidad.

En efecto, si de acuerdo con lo señalado por la mencionada Convención, por virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, éstas celebran un contrato de naturaleza civil, éste se regirá por disposiciones mercantiles, con exclusión de las normas civiles que deberían regir su relación, originando el conflicto de leyes correspondiente. Lo cual no es acorde con las leyes mexicanas, pues se encuentran bien definidos los sistemas subjetivo y objetivo del Derecho Mercantil, explicados con bastante claridad por el autor Oscar Vásquez del Mercado, en los siguientes términos:

*En el sistema subjetivo el Derecho Mercantil es un derecho reservado a ciertas personas, a los que intermedian en la circulación de la riqueza, de las mercancías, por lo tanto, es esencialmente el derecho mercantil el derecho de los comerciantes. El derecho objetivo no considera al sujeto, sino al objeto de las operaciones de comercio, esto es, el acto mismo de comercio, por lo que en este sistema el derecho atiende principalmente al acto cuya naturaleza determina su aplicación, independientemente de si es o no comerciante quien lo ejecuta.*<sup>288</sup>

Ciertamente, en la legislación mexicana, conforme al artículo 3o. del Código de Comercio, tienen carácter de comerciantes las personas con capacidad legal para ejercer el comercio, que hacen de él su ocupación ordinaria, las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles y las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio >elemento subjetivo<; mientras que si las personas accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, realizan una operación de comercio, sin ser comerciantes, quedan sujetas a las leyes mercantiles (Artículo 4o.) >elemento objetivo<.

Así, los actos de comercio que autoriza el artículo 75 del Código de Comercio, pueden enumerarse:

1. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

---

<sup>288</sup> Vásquez del Mercado, Oscar Ob. Cit. p. 31.

2. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
3. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
4. Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
5. Las empresas de abastecimientos y suministros;
6. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;
7. Las empresas de fábricas y manufacturas;
8. Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo;
9. Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;
10. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda;
11. Las empresas de espectáculos públicos;
12. Las operaciones de comisión mercantil;
13. Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;
14. Las operaciones de bancos;
15. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
16. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
17. Los depósitos por causa de comercio;
18. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
19. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
20. Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
21. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
22. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
23. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
24. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
25. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

Pero no son considerados actos de comercio, conforme al artículo 76 del Código de Comercio: la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes; ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

La problemática que he señalado en los párrafos anteriores, también se hace patente en Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (en adelante la Convención Interamericana), pues en sus artículos 1 y 2, señala que determina el derecho aplicable a los contratos internacionales, que son aquellos en que las partes tienen su residencia

habitual o su establecimiento en Estados diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. Dicho sea de paso, Esta Convención también aplica a los contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos de que las partes en el contrato la excluyan expresamente.

Con relación a este ámbito de aplicación personal, los Principios UNIDROIT, como carecen de fuerza vinculante, puesto que no emanan de alguna convención o tratado celebrados entre estados, no establecen previsiones respecto de las partes contratantes, por lo que aplican a todo aquel que se adhiera a los mismos; igual situación ocurre con los Incoterms, que si bien son de reconocida aceptación mundial en las transacciones comerciales, como tampoco provienen de un instrumento vinculante para las partes, solo obligan a quienes los adopten.

**b).- Legal.-** La Convención interamericana determina el derecho aplicable a los contratos internacionales, que son aquellos en los que las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados partes diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

**La convención se aplica a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos de que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Cualquier Estado Parte podrá en el momento de firmar, ratificar o adherir a la convención, que ésta no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte y declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma (Artículos 1 y 2). Las normas de la convención son aplicables con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional (Artículo 3). Para la interpretación y aplicación de la**

**Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación (Artículo 4).**

Conforme al capítulo II de la Convención Interamericana, el derecho aplicable a los contratos mercantiles internacionales, regulará principalmente: su interpretación, los derechos y obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; los diversos modos de extinción de las obligaciones y; las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato (Artículo 14).

La Convención Interamericana también establece, que el derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales, regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos. (Artículo 16), entendiéndose por derecho, el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes (Artículo 17) y que el derecho designado por esta convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro (Artículo 18).

La Convención de las Naciones Unidas, por su parte, señala como ámbito de aplicación del derecho, la regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, aunque limitado a su formación y a los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador (Artículo 3), excluyendo de plano lo relativo a la validez del contrato y a la validez de cualquier uso, así como respecto de la propiedad de las mercancías vendidas y la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías (Artículo 4), lo cual resulta bastante problemático por cuanto hace a la imposibilidad de invocar la nulidad del contrato y la responsabilidad civil y hasta penal a cargo de las partes, principalmente del vendedor, lo cual amerita los siguientes comentarios:

Un aspecto importante del contrato es su validez, ya que por lo que toca a nuestra legislación, trae como consecuencia la nulidad, el

incumplimiento de los requisitos que al efecto establece el artículo 1795 del Código Civil Federal, en los siguientes términos:

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Debo aclarar que si bien aquí hablo de contratos escritos, en los que puede presentarse esta problemática, la situación se agrava cuando estamos en presencia de contratos celebrados electrónicamente, en donde se pierden las nociones de capacidad de los contratantes, los vicios del consentimiento o su manifestación, o cuestiones relativas a su objeto o motivo o fin; regresaré sobre estos cuestionamientos posteriormente, en el apartado dedicado al contrato electrónico de comercio internacional. Asimismo, es problemática la disposición de la Convención de las Naciones Unidas, en el sentido de que no aplica sobre los efectos del contrato respecto de la propiedad de las mercancías vendidas (artículo 4), ya que en caso de controversia, las partes deberán buscar soluciones no previstas por la Convención.

Conforme al artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas, los usos y prácticas de las partes las obligan en la relación jurídica, a más de que si no disponen lo contrario, se tiene tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían tener conocimiento, que sea ampliamente reconocido en el comercio internacional y observado por las partes en contratos del mismo tipo, en el tráfico mercantil de que se trate.

**c) Territorial.-** Para efectos del ámbito de aplicación territorial, la ubicación del establecimiento la establece la Convención de las Naciones Unidas, conforme a la regla de que si una de las partes tiene más de un establecimiento, se tendrá como tal el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, considerando las circunstancias conocidas o previstas por las partes, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el

momento de su celebración y si una de las partes no cuenta con establecimiento, se tiene como tal su residencia habitual (artículo 10 de la Convención).

En la Convención Interamericana, para determinar que una parte no ha consentido debidamente el derecho aplicable, el juez lo determinará tomando en cuenta la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte (Artículo 12); el contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple los requisitos del derecho que lo rige según esta convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o en el derecho del lugar de su ejecución, pero si las partes se encuentran en Estados distintos en el momento de celebrar el contrato, este será válido en cuanto a la forma si cumple los requisitos del derechos que rige según la convención en cuanto al fondo con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución (Artículo 13).

Sobre el aspecto territorio, ni los Principios UNIDROIT, ni los Incoterms hacen previsión alguna, por lo cual, las partes de los contratos mercantiles internacionales, pueden hacer uso de ello sin restricción alguna.

**d) Material.-** Las reglas de los contratos mercantiles internacionales, conforme a su ámbito de aplicación por materia, se encuentran reguladas por la Convención de las Naciones Unidas, que establece en su artículo 1, precisamente que la convención aplica a la compraventa internacional de mercaderías, de las que excluye las siguientes: las que se adquieran para uso personal, familiar o doméstico, o sea, a menos que el vendedor no haya tenido conocimiento antes o al momento de celebrarse el contrato que tenían ese uso; en subastas; judiciales; de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; de buques; embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y; de electricidad (Artículo 2).

Como se advierte, en esta reglas se encuentra presente el elemento especulativo que caracteriza al comercio, ya que la Convención aplica solo cuando las mercaderías están destinadas a su posterior comercialización, o



bien que vayan a ser manufacturadas o producidas, con la salvedad de que la convención no aplica a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios (Artículo 3).

En la Convención Interamericana, no determina el derecho aplicable a:

- ✓ Cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes.
- ✓ Las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal, cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquéllas derivadas de relaciones de familia.
- ✓ Las obligaciones provenientes de títulos de crédito.
- ✓ Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores.
- ✓ Los acuerdos sobre arbitraje o elección del foro.
- ✓ Las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.
- ✓ Los contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de la convención (artículos 5 y 6).

Como puede observarse, el ámbito de aplicación por la materia que se regula, no son uniformes las reglas establecidas por la Convención de las Naciones Unidas y la Convención interamericana, pero menos lo son frente a la

legislación mexicana, pues son limitadas las materias sobre las que aplican estas Convenciones, frente a las que establece el artículo 75 del Código de Comercio, que me permití transcribir al tratar del ámbito de validez personal, a lo cual me remito.

Los Principios UNIDROT, establecen reglas generales aplicables a contratos mercantiles internacionales, particularmente sobre el contrato de compraventa, interpretación, obligaciones, responsabilidades por incumplimiento, cesión de créditos, prescripción y medios alternativos de solución de controversias y por su parte los Incoterms, contienen reglas uniformes sobre los contratos de transporte y de seguros internacionales, relativas a interpretación de términos comerciales, obligaciones, gastos y riesgos, mismos que no son vinculantes y por tanto carecen de fuerza legal, sin embargo, al pactarse son reconocidos como estándares internacionales por las autoridades aduaneras y las cortes en todos los países y entonces adquieren obligatoriedad.

**3.- Elementos.-** A continuación me refiero a los instrumentos internacionales que en general regulan los contratos mercantiles internacionales, con el propósito de analizar si contienen o no reglas relativas a los elementos de existencia y de validez del contrato, en su caso como operan y si son o no uniformes con relación a la regulación de la legislación mexicana en la materia.

En este sentido, antes de realizar el análisis mencionado, debo reconocer que hablando de la legislación mexicana, como lo refiere el autor Javier Arce Gargollo,<sup>289</sup> no existe en el Código de Comercio, o en alguna legislación de carácter mercantil, una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general. Por ello, el concepto de contrato, sus elementos de existencia y de validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, debe tomarse de la regulación del derecho Civil que resulta aplicable en la mayoría de sus

---

<sup>289</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 33

principios y reglas. Entonces, las disposiciones que rigen para los contratos civiles, deben aplicarse a los contratos mercantiles.

Lo anterior con base en los siguientes artículos del Código de Comercio:

**Artículo 2o.-** A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.

**Artículo 81.-** Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

Por lo que hace a la denominación de los contratos en general, éstos son convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos. Los contratos son una especie del género convenios. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. A su vez, el convenio es una especie del acto jurídico, que es la manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos. Estos conceptos que ha elaborado el Derecho Civil, son extensivos al Derecho Mercantil y podemos decir que los contratos mercantiles son convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos de naturaleza mercantil.<sup>290</sup>

Aquí cabe destacar que, como lo asevera el autor Clemente Soto Alvarez, de la misma manera que en el Derecho Civil, se considera en el Derecho Mercantil que la fuente más importante de las obligaciones mercantiles está constituida por los contratos. Y se acude a la legislación civil, es decir al derecho común para definir el contrato, el convenio para determinar los elementos del contrato, para hacer su clasificación...<sup>291</sup>

---

<sup>290</sup> Cfr. Calvo Marroquín, Octavio, Puente y Flores, Arturo. Derecho Mercantil, Ob. Cit. p. 243.

<sup>291</sup> Prontuario de Derecho Mercantil, Edit. Limusa, México 1981. p. 316.

Por lo tanto, en cuanto a los elementos de existencia y de validez del contrato mercantil, resultan aplicables los siguientes artículos del Código Civil Federal:

**Artículo 1794.-** Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

**Artículo 1795.-** El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Sentado lo anterior, primeramente me permito señalar que del análisis de los Incoterms, que como ya mencioné antes, son reglas de comercio elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que carecen de carácter vinculatorio, pero que son de general aceptación en el tráfico internacional, se desprende que no establecen reglas respecto de los elementos de existencia y aún de validez del contrato, sino únicamente respecto del cumplimiento del mismo; estas reglas se refieren particularmente a: la distribución de documentos, las condiciones de entrega de las mercancías, la distribución de costos de operación y la distribución de riesgos.

Cabe recordar que pese a la regulación mínima que contienen los Incoterms, en los términos señalados, y que no son de carácter vinculatorio, salvo que las partes se obliguen a ellos, son reglas reconocidas y de general aceptación en el tráfico mercantil internacional.

En la misma situación se encuentra la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, pues si bien establece en su artículo 12, que la existencia y validez del contrato y la validez substancial del consentimiento de las partes sobre la elección del derecho aplicable se regirán conforme a su capítulo II, lo cierto es que en éste, se indica

que el derecho aplicable regulará principalmente: su interpretación, los derechos y obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida en que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; los diversos modos de extinción de las obligaciones; las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato (Artículo 14). Es decir, esta Convención no establece regla alguna que se refiera a la existencia y validez del contrato, ni tampoco que tales reglas deban ser establecidas por el derecho aplicable.

Por lo tanto, analizaré en seguida los elementos de existencia y de validez de los contratos mercantiles internacionales, con base únicamente en la Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías >en adelante la Convención< y los Principios UNIDROIT 2004 >en adelante los Principios<, con referencia desde luego a lo que establece la legislación mexicana.

**a).- De existencia.** De acuerdo con el artículo 1794 del Código Civil Federal, para la existencia del contrato se requiere el consentimiento y el objeto que pueda ser materia de contrato >excepcionalmente la solemnidad<.

Ahora bien, por lo que hace a los elementos de existencia del contrato, en la Convención se establecen reglas exclusivamente respecto de la formación del contrato de compraventa y de los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor.

Así tenemos que para la formación del contrato, el artículo 11 de la Convención, dispone que el contrato de compraventa no tiene que celebrarse ni probarse por escrito, ni queda sujeto a ningún otro requisito de forma y puede probarse por cualquier medio, incluso por testigos y el artículo 13 señala que la celebración por escrito comprende el telegrama y el telex; aquí se debe agregar la celebración de contratos mercantiles por otras vías electrónicas, como la televisión, el teléfono y sobre todo el Internet, ya que es el medio por excelencia de celebración de contratos de comercio electrónico internacional.

Los Principios por su parte, disponen que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo y que todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional (Artículos 2.1.1 y 3.2)

Estas reglas establecidas por la convención y Principios mencionados, son acordes por cuanto a la manifestación del consentimiento para el perfeccionamiento del contrato, por el que también se pronuncia el artículo 1796 del Código Civil Federal, que se transcribe a continuación:

**Artículo 1796.-** Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Considerando que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones y que en los contratos se integra por la oferta y su aceptación<sup>292</sup> y que el consentimiento es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es, sin vicios (error, violencia, dolo mala fe), por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato,<sup>293</sup> a continuación expongo el análisis de la oferta y la aceptación en la Convención y Principios que se estudian:

La Convención define a la oferta como la propuesta de celebrar un contrato que se dirige a una o varias personas determinadas, cuando es suficientemente precisa porque indica las mercancías y señala expresa o tácitamente la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos e indica la intención del oferente de obligarse si se acepta y se considera como invitación simple la oferta que no se dirige a determinadas personas (Artículo 14). Como regla general, la oferta surte efectos cuando llega al destinatario,

---

<sup>292</sup> Cfr. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles, 8a. Ed., Edit. Porrúa, México 2001. p. 22.

<sup>293</sup> Cfr. De Pina Vara, Rafaél. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, Edit. Porrúa, México 2005, p. 194.

con la excepción de poder retirarla si se comunica al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta, o bien puede revocarse hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.

Además, esta convención señala que no puede revocarse la oferta si se señaló un plazo fijo para la aceptación, que era irrevocable o si el destinatario podría razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta (Artículos 15 y 16); es de destacarse que este concepto de la razonabilidad para considerar la irrevocabilidad de la oferta, es de suyo muy subjetivo pues se desconoce cual es el alcance y validez del punto de vista de la parte que considera que la oferta era irrevocable. La convención señala que se extingue la oferta aunque sea irrevocable, cuando su rechazo llegue al oferente (Artículo 17).

Los Principios establecen reglas similares sobre la oferta (Artículos 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.5) a excepción de su contenido, pues solo aluden a que una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación (Artículo 2.1.2.). En este caso debe entenderse que en la oferta debe señalarse el objeto, las mercancías, sus características, su precio y demás elementos del contrato.

Oscar Vásquez del Mercado señala que *a efecto de que la propuesta obligue al proponente a celebrar el contrato si ésta es aceptada, debe hacerse cumpliendo los términos prescritos para el contrato que deberá concluirse, es decir, deberá contener los requisitos de forma y contenido, propios del contrato que se quiere celebrar, sin ello no hay propuesta; no puede, por ejemplo, proponerse una compraventa, si no se señala el objeto y el precio.*<sup>294</sup> Por ello, en el contrato, el consentimiento es la unión acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 157.

<sup>295</sup> Cfr. Zamora Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, 10a, Ed. Act. Edit. Porría, México 2007. p. 15.

En otras palabras, la coincidencia entre la propuesta y la aceptación perfecciona el contrato. No basta que las dos declaraciones de voluntad se entrecrucen, es preciso que armonicen entre sí, que se complementen, de suerte que, aun teniendo cada contratante un deseo diverso (el comprador, comprar; el vendedor, vender; el prestatario, recibir dinero; el prestador, entregarlo, etc.) la realización de ese deseo permita al otro contratante satisfacer el suyo (el comprador compra porque el vendedor vende, el prestatario recibe el dinero porque el prestador lo entrega.<sup>296</sup>

Por lo que hace a la aceptación de la oferta, la Convención define a la aceptación como toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta, la aceptación puede realizarse por los usos y prácticas de las partes, como la entrega de las mercancías y el pago. Asimismo, la aceptación surte efectos cuando llegue al oferente dentro del plazo fijado y en caso contrario dentro de un plazo razonable, considerando las circunstancias de la transacción y la velocidad de los medios de comunicación empleados por el oferente. Cuando las ofertas sean verbales, la aceptación debe ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. El silencio o la inacción por si solos no constituyen aceptación (Artículo 18). Estas reglas las recogen los Principios en sus artículos 2.1.6 y 2.1.7.

Pero la oferta puede ser rechazada y como tal se considera contraoferta, cuando la respuesta contenga adiciones, limitaciones o modificaciones, pero si contiene elementos adicionales y diferentes que no alteren substancialmente la oferta, entonces se tiene como aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación. Se altera substancialmente la oferta, en lo relativo al precio, el pago, calidad y cantidad de las mercancías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra

---

<sup>296</sup> Cfr. Gariguez, Joaquín. Ob. Cit. p.16.



o a la solución de las controversias. Así lo establecen tanto la Convención (Artículo 19) como los Principios (Artículo 2.1.1).

El plazo para la aceptación de la oferta, según el artículo 2.1.8 de los Principios, comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición, mientras que la Convención en forma más amplia precisa que el plazo de aceptación fijado por el oferente de la oferta en telegrama o carta, corre desde el momento en que el primero se entregue para su expedición y la segunda desde su fecha o la del sobre, o correrá desde el momento en que la oferta llegue al destinatario, cuando el plazo se fijó por teléfono, telex u otros medios de comunicación instantánea, y finalmente, que el plazo para la aceptación comprende días feriados oficiales o no laborables, pero cuando la comunicación de la aceptación no pudiese realizarse en su domicilio el día del vencimiento, el plazo se prorogará al día siguiente hábil.

Fuera del plazo para la aceptación, la aceptación tardía de la oferta, según la Convención (Artículo 21) y los Principios (Artículo 2.1.9) surte efectos si el oferente no informa de inmediato verbalmente o envía una comunicación al destinatario, así como cuando la carta u otra comunicación escrita de la aceptación tardía indica que se envió en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido.

Ahora que para que pueda retirarse la aceptación de la oferta, es necesario que el retiro llegue al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto (Artículos 2 de la Convención y 2.1.10 de los Principios) y respecto de la palabra “llega”, en su artículo 24 la Convención señala que la oferta, la declaración de aceptación o cualquiera otra manifestación de intención “llega” al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se tenga por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

El objeto del contrato es la obligación y el objeto de esta es la prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer.<sup>297</sup> El objeto del contrato mercantil internacional lo es la compraventa de mercaderías y se encuentra implícito en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, la Convención sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT y aún en los Incoterms:

Sin embargo, éstos instrumentos omiten los siguientes requisitos importantes, que sobre el objeto del contrato establece el artículo 1824 del Código Civil Federal:

**Son objeto de los contratos la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer o no hacer.**

**Mientras que los requisitos que debe cumplir la cosa objeto de contrato, son que debe existir en la naturaleza, determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.**

**Esta omisión de los requisitos de la cosa objeto del contrato, por parte de los instrumentos internacionales que establecen reglas de aplicación a los contratos mercantiles internacionales, mencionados con antelación, traen como consecuencia conflictos de leyes de los estados de la nacionalidad de las partes o del territorio en que se encuentran.**

**b).- De validez.-** Conforme al artículo 1795 del Código Civil Federal, interpretado a contrario sensu, los elementos de validez del contrato son: la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, el objeto, motivo o fin lícito y la manifestación del consentimiento conforme a la ley.

---

<sup>297</sup> Cfr. Calvo Marroquín, Octavio y Puente y Flores, Arturo, Ob. Cit. p. 244.

**Primeramente me permito señalar que ni la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, ni los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional, contienen reglas relativas a la validez del contrato y el artículo 4 de la Convención, excluye de plano reglas que regulen la validez del contrato y la validez de cualquier uso, así como respecto de la propiedad de las mercancías vendidas y la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías, por lo cual, solamente analizaré los limitados elementos de validez establecidos por los Principios y la legislación mexicana:**

Con relación a la capacidad de los contratantes, a pesar de que en los Principios se comprenden reglas relativas a la invalidez del contrato, se excluye el establecimiento de reglas sobre la falta de capacidad, inmoralidad o ilegalidad (Artículo 3.1). Antes de entrar en materia, desde ahora me permito plantear la problemática que trae consigo la ausencia de reglas que deben aplicarse a un aspecto relevante para la seguridad jurídica de los contratantes, como lo es la capacidad para contratar:

Así es, la omisión de reglas para regular la capacidad de las partes, son plenamente incompatibles con la legislación mexicana, en donde la capacidad de los contratantes toma relevancia como elemento de validez del contrato, puesto que además de que no son válidos los contratos celebrados por incapaces, hay personas que no obstante que poseen la capacidad para ejercer el comercio, están imposibilitadas para desarrollar la actividad de comerciante y se les prohíbe, por tanto, el ejercicio del comercio, ya sea por una situación especial en que se encuentran determinados sujetos, o bien, porque éste es incompatible con otra profesión.<sup>298</sup>

---

<sup>298</sup> Cfr. Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo Rodolfo. *Nociones de Derecho Mercantil*, 6a. Ed. Edit. Banca y Comercio, México 2005, p. 38.

Como atinadamente lo señala el autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, a las incapacidades –minoría de edad y estado de interdicción— prescritas por el *Código Civil* (Artículos 23, 413 y 635), han de agregarse las siguientes limitaciones de naturaleza mercantil:

- a) La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados e individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad (Artículos 12.-I del *Código de Comercio* y 20-I, *LFCP*).
- b) La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social (Artículos 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 26 del *Código Civil*.);
- c) Las taxativas impuestas por la *LIE* a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley;
- d) La prohibición, a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar los bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge (Artículo 9o. del Código de Comercio).<sup>299</sup>

Muchos son los problemas que se derivan de la falta de reglas en la legislación internacional, que regulen entre otros elementos de los contratos la capacidad de las partes, máxime que si el contratos mercantil internacional se celebra a través de medios electrónicos, pues en ese ámbito parece que se pierden las nociones de capacidad, lugar de celebración del contrato y muchos más.

**Ausencia de vicios del consentimiento.-** Para que el contrato mercantil internacional sea válido, de acuerdo con la legislación mexicana, debe omitir vicios del consentimiento, a saber; el error, la violencia y el dolo. El artículo

---

<sup>299</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 32

1812 del Código Civil Federal, establece que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

**Por lo contrario, los Principios establecen como vicios del consentimiento el error, el dolo, la intimidación y la indebida desproporción, a los que me refiero a continuación:**

**Los Principios definen el error como una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento que se celebró el contrato y establece al error determinante como causa de nulidad del contrato, si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habrá encontrado o lo habría hecho en términos substancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas y la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó o lo conoció o lo debió haber conocido y dejara a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad comercial, o en el momento de anular el contrato, la otra parte no habría actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.**

En el artículo 1813 del Código Civil Federal, sin definirse lo que es el error, se establece la invalidez del contrato cuando el error recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. Mientras que el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique (Artículo 1814). El error puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa (como contenido de las prestaciones de dar) considerada en sí misma; a las calidades o funcionalidad de la cosa referida al

uso o utilización que desee darle el sujeto; o a la identidad de la persona del contratante en aquellos contratos que se celebren en atención a las cualidades del sujeto.<sup>300</sup>

**En cuanto al dolo, los Principios lo establecen también como causa de nulidad del contrato, a favor de la parte que fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que debían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.**

**El artículo 1815 del Código Civil Federal, define al dolo como cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y también define lo que es mala fe, como la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. El artículo 1816 de igual Código, señala que el dolo o mala fe de alguna de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de esta acto jurídico, pero si ambas partes procedieron con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones. A la buena y mala fe me referiré con posterioridad.**

Por cuanto a la violencia, que en los Principios, equivale a la intimidación o amenaza, el artículo 3.9 de éstos establece que una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, para lo cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra

---

<sup>300</sup> Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 27.

parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato

En la legislación mexicana, hay violencia según el artículo 1819 del Código Civil Federal, cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su conyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado. La consecuencia de la violencia es la nulidad del contrato, ya sea que provenga ésta de alguno de los contratantes o ya de un tercero, interesado o no en el contrato (Artículo 1818 del Código Civil Federal).

En la legislación mexicana, la lesión, es otro vicio del consentimiento que trae como consecuencia la nulidad del contrato; la lesión es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación con lo que el por su parte se obliga. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato.<sup>301</sup>

El efecto, el artículo 17 del Código Civil Federal, dispone que cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que el por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año.

Ahora bien, este vicio del consentimiento equivale a lo que en los Principios se denomina como “excesiva desproporción” y también acarrea

---

<sup>301</sup> Cfr. Zamora y Valencia, Miguel Angel. Ob. Cit.p. 20

como consecuencia la nulidad del contrato; en el artículo 3.10 de los Principios, se establece que una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación y la naturaleza y la finalidad del contrato.

Asimismo, el propio artículo 3.10 de los Principios, dispone que a petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial y asimismo cuando lo solicite la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando lo haga saber a la otra parte inmediatamente y en todo caso, antes de que esta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato.

Dos son las diferencias que se advierten entre las reglas que se analizan; por un lado, los Principios excluyen la extrema miseria que reconoce la legislación mexicana como causa de la lesión o excesiva desproporción y por otro lado, aún cuando en los Principios se prevea que el juez puede ajustar los términos del contrato a criterios comerciales razonables de lealtad negocial, que sería equivalente a la reducción equitativa de su obligación, por otro lado priva al afectado del pago de los correspondientes daños y perjuicios que establece el artículo 17 del Código Civil Federal.

Existen otras reglas en el Código Civil Federal, sobre los vicios del consentimiento, que resultan importantes y que desde luego no contemplan los Principios y memnos los restantes instrumentos internacionales a que me he venido refiriendo: el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento (Artículo 1820); Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente



pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia (Artículo 1821) ; no es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia (Artículo 1822) y; Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios (Artículo 1823).

**4.- Buena fe.-** Este tema de la buena, aunque en su aspecto negativo, mala fe, está muy relacionado con los vicios del consentimiento, he querido tratarlo aparte, en virtud de la importancia que tiene en la negociación internacional y en la insistencia por parte de los instrumentos internacionales de que prevalezca la buena fe en los contratos mercantiles internacionales.

El autor Mario Ramírez Necochea, señala que la aceptación creciente del principio general de buena fe puede observarse en los siguientes cuatro niveles:

- ✓ Primero.- Los países del *common law* han ido perdiendo su resistencia ante este concepto, siendo Inglaterra el único país que sigue rechazando la buena fe como canon general de conducta;
- ✓ Segundo.- Los países de tradición romanista, del Código Civil, han ido incorporando progresivamente esta norma con carácter abierto;
- ✓ Tercero.- El artículo ambiguo sobre la buena fe que contiene la Convención de Viena de 1980, se ha ido interpretando cada vez más como regla general aplicable a los contratos;
- ✓ Cuarto.- Los Principios de *Unidroit* ratifican el papel preponderante que tiene la buena fe en la contratación internacional del presente.<sup>302</sup>

---

<sup>302</sup> Cfr. Ramírez Necochea, Mario. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Info Jus, Publicaciones periódicas, Derecho Internacional, Vol. VI. México 2006. p. 5.

**En efecto, los Principios de la UNIDROIT, establecen como base que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, lo que no deben excluir o limitar (Artículo 1.7), ya que las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. Se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo. (Artículo 2.1.15)**

Muy relacionada con la buena fe de las partes contratantes, es la confidencialidad con que deben conducirse, ya que si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte, como así lo establece el artículo 2.1.16 de estos Principios.

La Convención de las Naciones Unidas también establece la buena fe de los contratantes en el comercio internacional, ya que su comportamiento es base para la interpretación de la propia Convención (Artículo 7)

**5.- Interpretación.-** Primeramente debe distinguirse entre la interpretación de la ley y la interpretación del contrato, según el autor Ramón Sánchez Medal, la primera es objetiva y son normas que interpretan normas y la segunda subjetiva que corresponde a la intención común de las partes.<sup>303</sup> A

---

<sup>303</sup> Cfr. Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles Edit. Porrúa, México 1991. p. 69.

continuación, señalaré el tipo de interpretación que establecen los instrumentos que regulan los contratos mercantiles internacionales:

La Convención de las Naciones Unidas establece reglas para su interpretación; deberá tomarse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional, aplicándose en lo que no prevea, los principios generales de la propia convención y a falta de ello, de acuerdo con la ley aplicable conforme al derecho internacional privado, de la Convención (artículo 7).

Asimismo, en su artículo 8, la misma Convención establece reglas para la interpretación de las declaraciones y los actos de las partes, conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cual era esa intención, pero de no aplicar esto, entonces la interpretación deberá realizarse considerando el sentido que le habría dado en igual situación; La intención habrá de determinarse considerando las circunstancias pertinentes del caso, particularmente las negociaciones, prácticas usos y comportamiento que hayan tenido las partes (artículo 8).

Es importante señalar aquí, que la forma escrita facilita considerablemente la determinación del contenido del contrato y la interpretación del mismo. La labor del interprete siempre se ejercita mejor sobre cláusulas escritas que sobre cláusulas verbales, encomendadas a la memoria de las partes o al testimonio de terceros.<sup>304</sup>

Los principios UNIDROIT, establecen para su interpretación, que se tenga en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y que las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación de los principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes (Artículo 1.6). Finalmente, la Convención

---

<sup>304</sup> Cfr. Uría González, Rodrigo. Ob. Cit. p. 642.

Interamericana también establece como regla para su interpretación y aplicación, tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación (Artículo 4).

**Como puede observarse, las Convenciones de las naciones unidas e Interamericana y los Principios UNIDROIT, si bien coinciden en que en su interpretación, debe considerarse su carácter internacional y la necesidad de promover su uniformidad, son omisas en cuanto a la interpretación de la voluntad de las partes vertidas en el contrato, a excepción del artículo 8 de la Convención que establece como reglas para la interpretación de las declaraciones y los actos de las partes, a partir del conocimiento que las partes hayan tenido de su intención o considerando el sentido que le habría dado en similar situación y que en todo caso, se determinará considerando las circunstancias pertinentes del caso, particularmente las negociaciones, prácticas usos y comportamiento que hayan tenido.**

Estas reglas de interpretación resultan desde luego muy limitadas frente a reglas como las establecidas por los artículos 1851 a 1857 del Código Civil Federal mexicano, que disponen como base inicial de interpretación la literalidad de las cláusulas, cuando estas no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, prevaleciendo la intención sobre las palabras, sin comprender cosas distintas y casos diferentes a las que se propusieron, atendiendo al mejor sentido de las cláusulas cuando fueren varios; interpretando las cláusulas unas por otras, dando a las dudosas un sentido armónico con las demás, si fueren varias las acepciones de las palabras, prevalece la que sea más acorde con la naturaleza y objeto del contrato, atendiendo a los usos y costumbres del país para interpretar las ambigüedades de los contratos y sólo en caso de que con estas reglas fuera imposible resolver las dudas, si estas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y si este fuere gratuito,

se resolverán en la menor transmisión de derechos e intereses y si fuere oneroso, se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Pero independientemente de que respecto de las normas de los contratos mercantiles deba realizarse la interpretación correspondiente, existe la necesidad de determinar cuales son las reglas que deben regir los contratos no previstos por la legislación nacional e internacional, es decir, contratos atípicos, situación que resulta problemática, pues como se ha puesto en evidencia, las reglas de interpretación de los instrumentos internacionales que he analizado, no prevén nada sobre el particular y por lo que hace a la legislación mexicana, el Código Civil Federal establece las siguientes reglas, que en casos particulares son rebasadas por la complejidad de las normas que establecen los contratos.

**Artículo 1858.-** Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

**Artículo 1859.-** Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

**6.- Solución de controversias.-** En cuanto a la solución de las controversias que surjan entre las partes de los contratos mercantiles internacionales, debo indicar que fuera de la regulación internacional del arbitraje, como medio por excelencia de solución de controversias, sobre el que realice un amplio estudio en el Capítulo Tercero de esta investigación, respecto de otras formas como la conciliación, la avenencia y la mediación, la regulación es muy limitada y en todo caso se encuentra dispersa en la legislación internacional..

Puedo comentar que en los instrumentos internacionales que he venido analizando en este apartado, no se contemplan reglas que regulen formas de solución de controversias. Si bien es cierto que los Principios UNIDROIT, en su artículo 10.7, mal denominado medios alternativos para la

resolución de controversias, señalan que las disposiciones de los artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa a sus controversias, lo cierto es que estos artículos se refieren a la suspensión del periodo de prescripción que establecen los Principios cuando se inicia un procedimiento judicial o arbitral, pero de ninguna manera establecen reglas sobre formas de solución de controversias.

**B.- El Contrato de Comercio Electrónico Internacional.-** Una vez expuesta la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales en general, me propongo ahora demostrar la misma problemática en particular, de que adolecen los contratos de comercio electrónico internacional.

Como ya lo he mencionado a lo largo de la presente investigación, carecen de uniformidad las reglas que rigen el contrato de comercio electrónico internacional, tanto las establecidas en ordenamientos nacionales como internacionales; esta problemática se presenta en parte en la legislación mexicana, pese a las reformas del Código de Comercio, la Ley Federal de Protección al Consumidor y de otros ordenamientos que regulan la materia de comercio electrónico, aunque contienen muchas reglas afines a las previstas por los instrumentos normativos internacionales a los que en seguida me refiero:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales, son los ordenamientos internacionales que regulan los contratos de comercio electrónico internacional, cuyas reglas adolecen de uniformidad y además se limitan a la formación del contrato de compraventa y en parte los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, pero

omiten regular los elementos de validez de los contratos, como son la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la manifestación del consentimiento bajo la ley, establecidos por el artículo 1794 (a contrario sensu) del Código Civil Federal.

A esta situación se suma el hecho de que tanto en los ordenamientos jurídicos internacionales, como los mexicanos y aún de otros países, al tiempo que establecen el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, éstos no pueden libremente decidir el derecho aplicable. Un ejemplo de la problemática que estoy planteando, es el hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales, establece en su artículo 7, que cuando se desconoce la identidad de las partes al comerciar a través de medios electrónicos, nada de lo que dispone afectará la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas.

Como se observa, respecto de la identidad de las partes, estas reglas remiten a las legislaciones nacionales, que como la mexicana, además de requerir la identidad de las partes contratantes, también exigen acreditar su capacidad, ausencia de vicios del consentimiento y otros, de los que depende la existencia y validez del contrato y entonces con base en el establecimiento, nacionalidad y otros datos de las partes, habría que definir el derecho aplicable.

La misma situación se presenta respecto de los requisitos de forma de las comunicaciones electrónicas, ya que el artículo 9 de esta Convención dispone que no serán obligatorias sus disposiciones cuando dichas comunicaciones, requieran alguna forma particular para realizarse o probarse y en el mismo sentido, el artículo 13 relativo a la disponibilidad de las condiciones contractuales, señala que nada de lo que establece afectará la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de

comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a alguna parte que no lo haga, de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

Es así, que en el marco de las relaciones comerciales internacionales, se presentan casos en que las legislaciones internas de los países, establecen normas contrarias o contradictorias respecto de su ámbito de aplicación, los elementos de existencia y de validez de los contratos, particularmente sobre la firma electrónica para el perfeccionamiento del contrato, el valor probatorio de los documentos electrónicos, etc. lo que trae como consecuencia la generación de conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio o bien conflictos de jurisdicciones para determinar los tribunales competentes para conocer y resolver las controversias entre las partes, lo que pone en evidencia la urgente y necesaria uniformidad de las reglas sobre los contratos de comercio electrónico internacional.

Sólo a manera de ilustrar la problemática de la falta de uniformidad de las normas internacionales que regulan el comercio electrónico que nos ocupa, expongo como ejemplos, uno en que su ámbito de aplicación es respecto de materias diferentes que inclusive nuestra legislación no regula como comerciales o simplemente no las regula y otro relativo al valor probatorio de los documentos electrónicos, ya que contienen diferencias con relación a la legislación de los estados:

El artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías restringe su ámbito de aplicación a compraventas de mercancías para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debería haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; en las subastas; judiciales; de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y de electricidad.



Por su parte el artículo 11 la Ley Modelo de la CNUDMI, amplia su ámbito de aplicación a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales, mismas que comprenden: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoraje (factoring); de arrendamiento de bienes de equipo con opción a compra (leasing); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales, en su artículo 1 establece que es aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados y no se tendrán en cuenta su nacionalidad, ni su carácter civil o mercantil o del contrato.

Sin embargo, la propia Convención excluye su aplicación sobre comunicaciones electrónicas relacionadas con contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; operaciones en un mercado de valores reglamentado; operaciones de cambio de divisas; sistemas de pago interbancarios; acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra y la Convención tampoco es aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o

beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero. (Artículo 2)

Esta problemática merece la exposición del siguiente caso hipotético sobre el valor probatorio que corresponde a los documentos generados con motivo de la contratación electrónica, en que las partes contratantes de los países de México y Chile, celebran un contrato vía Internet, pactando, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI Sobre el Comercio Electrónico y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales.

Al cuestionarse el valor probatorio de los documentos electrónicos para resolver un conflicto surgido entre las partes, conforme a los artículos 5 de la ley Modelo y 8 de la Convención, el mensaje de datos tiene validez jurídica y fuerza obligatoria, cualidades que los documentos electrónicos también obtienen a través de la firma electrónica avanzada y su certificación, reguladas en nuestra legislación por el artículo 98 del Código de Comercio.

Sin embargo, el sistema procesal chileno, no permite que por sí mismos se puedan acreditar legalmente los hechos del mundo telemático, que consten en mensajes o archivos electrónicos inmateriales. Las leyes reguladoras de la prueba son inmodificables por la voluntad de las partes. Los sistemas probatorios se fundamentan en el principio de la valoración legal de los medios probatorios y en ellos las normas inhiben a los jueces para utilizar los medios electrónicos como medios de prueba, les imponen expresamente una determinada eficacia probatoria, o también pueden proveer su admisibilidad solo en el caso de faltar otros medios.<sup>305</sup>

Entonces, para la debida resolución de la controversia, las preguntas obligadas que deben responderse son, si las partes deben estarse a lo que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad pactaron sobre las leyes

---

<sup>305</sup> Cfr. Jijena Lelva, Renato. Ob. Cit. p. 267.

aplicables, es decir, la Ley Modelo y la Convención? o bien, debe aplicarse el ordenamiento jurídico mexicano? o el chileno?

En el primer caso, la respuesta sería negativa, ya que conforme a los artículos 7 de la Ley Modelo y 9 de la Convención, si la ley nacional requiere de la firma del mensaje de datos, se cumple si se utiliza un método para identificar a la persona y que ésta aprueba la información del mensaje y que el método sea apropiado, con lo que el mensaje adquiere valor probatorio, lo cual no opera conforme al derecho chileno, ya que como lo mencioné, las leyes reguladoras de la prueba son inmodificables por la voluntad de las partes y los sistemas probatorios se fundamentan en el principio de la valoración legal de los medios probatorios y en ellos las normas inhiben a los jueces para utilizar los medios electrónicos como medios de prueba, además, el propio artículo 9 de la Convención, señala que sus disposiciones no serán obligatorias cuando las comunicaciones electrónicas requieran alguna forma particular para realizarse o probarse.

En este caso problemático, además se tendría que determinar la legislación nacional aplicable, a partir de la aplicación de las reglas sobre el lugar de la celebración del contrato, el lugar en donde tendrán cumplimiento las obligaciones, el lugar en que se encuentren domiciliados los contratantes, o situadas las cosas objeto del contrato, o sea que estamos en presencia de un conflicto de leyes. Los conflictos de normas jurídicas que interesan al Derecho Internacional Privado, de manera primordial, son aquéllos en los que existe una situación jurídica determinada y es necesario determinar cuál es la norma jurídica que le es aplicable entre dos o más normas jurídicas de diferentes Estados que se estima pueden regularla.<sup>306</sup>

De acuerdo con el autor Carlos Arellano García, la denominación “conflicto de leyes” utilizada en el Derecho Internacional Privado tiene la virtud de hacer referencia a los problemas de vigencia simultánea de dos o más

---

<sup>306</sup> Cfr. Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado, Edit. Porrúa, México 2006, p. 734.

norma jurídicas de diversos Estados que se pretende rijan una situación concreta.<sup>307</sup>

**El ejemplo mencionado nos da una idea de los conflictos de leyes que se originan por la falta de regulación y de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, por lo que no obstante los esfuerzos que se han realizado a la fecha, quedan muchas tareas pendientes, particularmente en lo expuesto sobre el contrato de comercio electrónico internacional.**

**III.- Propuesta de reforma legislativa para la unificación de las reglas de los Contratos Mercantiles Internacionales.-** El derecho contractual mercantil moderno parece estar al mismo tiempo bajo la lupa y en las más lejanas miras de la ciencia jurídica, pero también de los operadores del comercio nacional e internacional, de los profesionales y consumidores. Muchas son las razones y circunstancias que hacen de esta categoría jurídica el centro de tantas investigaciones, trabajos, reflexiones, normativa y decisiones por parte de los primeros y de tantas inquietudes, propuestas y preocupaciones de parte de los segundos.

**A estas alturas, no puede negarse que el movimiento de la economía y el comercio internacionales, a más de numerosas implicaciones políticas que constituyen por sí mismas ocasión para una reflexión aparte, involucra como uno de sus rasgos más característicos y sobresalientes la difícil tensión entre la vigorosa pujanza con que se desenvuelven los mercados mundiales y sus protagonistas, por un lado, y la necesidad de establecer regulaciones jurídicas estables y uniformes para orientar un universo cada día más heterogéneo de operaciones y transacciones, por el otro.**

---

<sup>307</sup> Cfr. Ob. Cit. p. 739.

Quiero manifestar aquí, que dentro de las razones que he tenido para indagar en la problemática de la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, es sin duda el poder comprender y enfrentar los mencionados retos que se plantean a nivel mundial.

En este tenor, durante el desarrollo de esta investigación, he puesto en evidencia la urgente necesidad de crear reglas uniformes para regular los contratos mercantiles internacionales, con base en lo cual he desarrollado dentro de lo que puede comprenderse en el tiempo y en el espacio razonables, una teoría para su unificación, por lo cual, en seguida preciso cual es la problemática y posteriormente expondré cuales son mis propuestas de reformas para su solución.

**A.- Problemática.-** Debe reconocerse que en el ámbito internacional, la obvia estrecha vinculación entre el comercio y el desarrollo, la función económica y social del contrato mercantil en ese importante contexto y por otro su posición emblemática respecto de la libertad de las personas en su actividad privada han dado lugar a una revisión y actualización de los numerosos aspectos de la contratación mercantil.

Lo anterior ha dado lugar a lo que el Profesor Atilio Aníbal Alterini, como comentario al Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de la República Argentina, llama las “Bases para una Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno”, así como, vinculado a lo anterior, a un importantísimo movimiento de unificación del derecho contractual (mercantil y civil), en el ámbito tanto del Derecho Privado, como del Derecho Internacional Privado, avanzando en forma desigual por regiones. En esos trabajos se observa en primer lugar un propósito de esclarecer, simplificar y perfeccionar el régimen jurídico del contrato mercantil (y civil), un discernimiento general entre las situaciones que vinculan o no a la contratación

mercantil con el consumidor, y una progresiva integración jurídica del Comercio Electrónico.<sup>308</sup>

Algunos trabajos muy recientes en materia de contratación, dirigidos a facilitar al máximo y desarrollar el mejor funcionamiento del comercio en los distintos mercados, nos revelan elementos comunes que marcan una tendencia claramente marcada respecto del derecho contractual: el alivio de las formalidades no necesarias, la búsqueda de la concordancia en temas básicos como la formación y perfeccionamiento del contrato, existencia y validez, efectos, modo de pactar y extinguir las obligaciones, su interpretación, medios de solución de controversias y otros, sin perjuicio de promover en otros ámbitos el examen de las distintas normas imperativas que lo circunscriben, y siempre en la atmósfera de la libertad más amplia posible para la actividad contractual civil y mercantil.

El sistema que se comienza a vislumbrar se acompaña con disposiciones dirigidas a conseguir la seguridad y el equilibrio en la contratación (entre los Estados y el desarrollo de la vida privada; entre las partes eventualmente “fuerte” y “débil” del contrato) también en el comercio electrónico y con una serie de formulaciones especiales para el comercio internacional, como lo he expuesto en esta investigación.

**Por ello no debemos pasar por alto que la regulación de las relaciones comerciales en el seno de las legislaciones internas de los estados, ha sido rebasada por acuerdos, convenciones y tratados internacionales, leyes modelo, contratos tipo, principios, guías y otros, que en muchos caso obedecen más a intereses de grupos de naciones o de hombres poderosos política y económicamente, que se asocian formando bloques económicos, que a los intereses de los países que se encuentran en el subdesarrollo y que se insiste, como el nuestro luchan por encontrar igualdad en las relaciones comerciales.**

---

<sup>308</sup> Cfr. Adame Goddard, Jorge. El Contrato de Compraventa Internacional, Edit. Mc. Graw-Hull, México 1994, Ob. cit. p. 216.

Por otro lado, es evidente que América Latina aún no cuenta con un Tratado Multilateral vigente que reúna las voluntades de todos los países del área en materia de contratación internacional, como sucede en Europa con la Convención de Roma 80 sobre Obligaciones Internacionales Contractuales, pues si bien es cierto que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales de México, de 1994, que podría apoyarlo, aún no cuenta con el suficiente número de ratificaciones, que la posicionarían como un marco uniforme, amén de las limitaciones naturales de determinar sólo el derecho aplicable.

Y a nivel regional en América, también se debe reconocer la poca eficacia y los beneficios reducidos que puede reportarle a México el desarrollo y aplicación del TELCAN y la lentitud y dificultades que enfrentan el MERCOSUR, la Comunidad Andina, la Comunidad del Caribe y la Asociación Latinoamericana de Integración.

. No obstante lo anterior y aunque no sea suficiente, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, cumple un rol en la unificación de las reglas que regulan el contrato mercantil internacional, por más de que no contenga disposiciones obligatorias (las llamadas “mandatory rules”) excepto para imponer la forma escrita al contrato. Pero su influencia y la recepción del principio de la autonomía de la voluntad, producen un impacto en la práctica de este contrato comercial. Aporta también un criterio claro de internacionalidad del contrato, su formación y el desarrollo de las obligaciones de las partes, la flexibilización de las formalidades, etc. y que es tomada en cuenta en otros numerosos proyectos, Leyes Modelo, por lo que merece contarse entre los pilares de la moderna teoría del contrato comercial internacional.

**Debido a la necesidad de reglas comunes para los contratos internacionales en materia mercantil cabría preguntar qué tan conveniente sería hacer aplicables por ejemplo los Principios de la UNIDROIT o los Incoterms, por voluntad de las partes, a los contratos comerciales internacionales. ¿Qué ventajas o desventajas podrían tener los contratantes, abogados, jueces y árbitros por el**

hecho de invocar su aplicación? la respuesta tiene que darse a partir de un estudio comparativo de las reglas que contienen los mencionados Principios, con las reglas correspondientes tanto del derecho contractual de la tradición romanista, como de la tradición del *common law*, que son las tradiciones de las que dependen los derechos contractuales de la zona norteamericana a que pertenece nuestro país.

**El análisis de estos temas reporta particular importancia para detectar la problemática que vive actualmente el comercio internacional, nos es útil para tratar de entender qué lugar ocupa nuestro país como sistema jurídico soberano, en el concierto internacional en el que compartimos vicisitudes, confusiones y yerros con otras naciones, que al igual que la nuestra pugnan por salir del atraso económico y aspiran encontrar en las instituciones jurídicas un mecanismo idóneo para su inserción igualitaria en el contexto económico mundial cada día más agresivo, ágil y complejo, que a manera de grandes desafíos, nos obligan a asumir compromisos para el planteamiento de propuestas que conlleven a la unificación de las reglas que lo rigen.**

**Es por ello que han sido puntos medulares del objeto de la presente investigación, por un lado, poner en evidencia la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, de los que he analizado particularmente en su modalidad de comercio electrónico internacional y por ello debemos reconocer que pese a los grandes esfuerzos desplegados por las legislaciones nacionales e internacionales, las convenciones y tratados internacionales, las leyes modelo, las guías, los contratos tipo, así como de las reglas derivadas de los usos y costumbres de los comerciantes, al día de hoy puedo asegurar que dista mucho de haberse logrado, por lo que, a partir de esta teoría, me avoco a elaborar las siguientes propuestas de reforma legislativa para su unificación.**

**B.- Propuesta de reformas.-** He basado y apoyado mi teoría de la falta e inadecuada uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, con el examen de los factores y de la problemática expuesta; he puesto especial énfasis en lo relativo al principio de autonomía de la voluntad de las partes, los elementos de existencia y de validez del contrato



mercantil internacional y particularmente sobre las implicaciones de la regulación del contrato de comercio electrónico internacional, con las consecuencias lógicas del origen de conflictos de leyes y de jurisdicciones, con la correspondiente afectación de intereses nacionales y particulares.

**Por ello, la propuesta que en seguida planteo, de reformas a nuestro sistema jurídico en los ámbitos constitucional y legal, persigue como objeto que el Estado mexicano y sus connacionales, participemos en el comercio internacional con condiciones más justas, que las establecidas hoy en día por las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales.**

**Así tenemos que en materia de celebración de tratados internacionales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:**

**Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:**

**X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la auto determinación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y las seguridad internacionales.**

Como se advierte de éste postulado constitucional, en virtud de que la política exterior incluye la celebración de tratados internacionales y que los principios rectores de ambas facultades del Presidente de la República,

conciernen en lo que me propongo, entre otros aspectos importantes, a la igualdad jurídica de los estados y a la cooperación internacional para el desarrollo, en el ámbito económico me atrevo a afirmar que tanto nuestro país como sus connacionales, no disfrutamos de este dógma constitucional, pues es claro que no gozamos de completa seguridad jurídica y menos del mismo desarrollo económico frente a otros países como los que conforman la Unión Europea, Estados Unidos de América y Canadá, a pesar del TECAN, celebrado con éstos últimos.

Por ello, considero necesario que a la fracción X del artículo 89 Constitucional, se le adicione la mención de que la seguridad jurídica y la cooperación internacional para el desarrollo, sean en los términos de la Constitución y con respeto de las garantías que la misma otorga.

Para los efectos que me propongo, mi propuesta en concreto es que el artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se adicione con lo señalado en negritas, para quedar como sigue:

**Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:**

**X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la auto determinación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados y la cooperación internacional para el desarrollo, en términos de lo que dispone esta Constitución, con respeto de las garantías de los gobernados y de las leyes de orden público, interés social e irrenunciables; y la lucha por la paz y las seguridad internacionales.**

Como consecuencia de lo anterior, se tendría que reformar también la Ley sobre la Celebración de Tratados, con un artículo de estructura semejante al 8o. ; éste dispone lo siguiente:

Artículo 8o.- Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;

II.- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y

III.- Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.

Se propone adicionar a esta ley un artículo 8o. BIS, en la forma siguiente:

Artículo 8o. BIS- Cualquier Convención, tratado o acuerdo interinstitucional que contenga reglas que rijan contratos mercantiles internacionales, en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en los contratos mercantiles internacionales, las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II.- Respetar la aplicación imperativa de normas de orden público, de interés social e irrenunciables.

Como corolario de mis propuestas de reforma, quiero mencionar que a nuestro país, le conviene más que se establezcan reglas comunes y

uniformes, aplicables a los contratos mercantiles internacionales, que atenerse en sus relaciones comerciales y las de sus gobernados, a la legislación internacional que prevalece actualmente, francamente desfavorable a sus intereses como lo he puesto en evidencia, lo que estoy seguro redundará, entre otros beneficios:

- ✓ Mayor legalidad y seguridad jurídica en las transacciones mercantiles internacionales del estado mexicano y sus connacionales.
  
- ✓ Mejor equilibrio e igualdad de México y sus gobernados en las relaciones comerciales con individuos y estados extranjeros.
  
- ✓ Impartición de justicia más rápida.
  
- ✓ Evitar conflictos de leyes y de jurisdicciones.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El comercio es un fenómeno económico y social casi tan antiguo como la humanidad, surge con el trueque, es decir, *el cambio por el cambio*, evoluciona y con el invento de la moneda, surge la especulación comercial, el ánimo de lucro, *el cambio para el cambio* y hoy que se ha vuelto complejo presenta grandes retos y desafíos.

**SEGUNDA.-** La historia registra una gran actividad comercial en pueblos de la antigüedad como Egipto, India, China, Babilonia, Fenicia, Cartago, Grecia y Roma; con la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V el comercio viene a menos, pero durante la Edad Media, resurge y se desarrolla con influencia de la iglesia y las cruzadas y por la celebración de ferias y de bolsas, asimismo se forman los gremios y corporaciones de comerciantes, quienes crean consulados >que se constituyen como verdaderos tribunales< y la Lex Mercatoria (usos y costumbres) y en épocas modernas, el comercio florece en pueblos como Portugal, España, Holanda, Inglaterra y Francia.

**TERCERA.-** El origen y evolución de las fuentes generadoras de obligaciones mercantiles, los encontramos en los pueblos antiguos de Babilonia, Egipto, Grecia, Roma, Rodas, Fenicia y Cartago y la reglamentación de las prácticas comerciales, en las Leyes de Olerón, las Leyes de Rodas, las Ordenanzas de Colbert, la Lex Mercatoria, el Estatuto de Saple y la Nueva Lex Mercatoria.

**CUARTA.-** Actualmente, son fuentes generadoras de obligaciones mercantiles la ley, los usos y costumbres, la nueva Lex Mercatoria, los convenios, acuerdos y tratados internacionales, contratos mercantiles, la doctrina, la jurisprudencia y otras fuentes como el arbitraje y la cláusula compromisoria.

**QUINTA.-** La ley reconoce como fuentes del Derecho Mercantil mexicano, la legislación y en caso de así establecerlo las costumbres y los usos, en cambio, la jurisprudencia y la doctrina no cuentan con esa categoría, sin embargo, en la práctica son invocadas y aplicadas cotidianamente por el juzgador en sus resoluciones.

**SEXTA.-** En los albores del Siglo XIX, se inicia un proceso de codificación del Derecho Mercantil con la expedición del Código de Comercio Francés de 1807, el Código de Comercio Español de 1829, entre otros, retomando el Estado la facultad legislativa que de hecho había dejado en manos de las corporaciones y gremios de los comerciantes.

**SEPTIMA.-** Uno de los principales problemas que la codificación del Derecho Mercantil trajo consigo, es que no se codificaron todas las normas creadas por la costumbre y los usos de las corporaciones y consulados de los comerciantes, es decir, de la antigua Lex Mercatoria, además de que algunas de estas normas se integraron en códigos mercantiles y otras en códigos civiles y en casos como el Common Law, no se distinguió entre obligaciones civiles y mercantiles y así se mantiene en la actualidad.

**OCTAVA.-** La codificación del Derecho Mercantil, también dispersó y diversificó la gran cantidad de normas existentes para la regulación del comercio y terminó con la unidad jurídica del intercambio internacional, ya que parceló el derecho en distintos códigos.

**NOVENA.-** Como consecuencia de lo asentado en las conclusiones anteriores, las normas de Derecho Mercantil, los usos y las costumbres mercantiles, varían de comunidad en comunidad y más propiamente de legislación en legislación y de

sistema jurídico a sistema jurídico o inclusive con mayores diferencias entre familias jurídicas.

**DECIMA.-** En el caso de nuestro país, en la Época Prehispánica se desarrolló una gran actividad comercial en los tianguis o mercados de mesoamérica, sobresaliendo el de Tlatelolco, usándose la moneda y esta actividad se rigió por leyes aplicadas por jueces especializados en materia comercial, que imponían penas muy severas a quienes las infringían.

**DECIMA PRIMERA.-** En las Épocas Colonial e Independiente, se aplicó en México la legislación española, pero solo favoreció a los españoles y por tanto no existió la libertad de comercio.

**DECIMA SEGUNDA.-** A partir de la Constitución de la Monarquía Española de 1812, el comercio se reguló de alguna manera en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que consagra la libertad de comercio y además de establecer normas mínimas, establece las bases del comercio interno e internacional y para su regulación en las leyes secundarias.

**DECIMA TERCERA.-** La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus leyes secundarias, regulan el comercio interior y el comercio exterior del país, sin embargo, existen contratos mercantiles internacionales atípicos que no se encuentran debidamente regulados por nuestra legislación, como el contrato Joint Venture y el contrato Know How.

**DECIMA CUARTA.-** La impartición de justicia en México y otros países ha dado un giro impresionante, actualmente se opta por formas de solución de controversias mercantiles internacionales, que han rebasado y aún desplazado el proceso tradicional estadual, como son el arbitraje, la conciliación, la avenencia y la negociación y existen operadores nacionales y a nivel internacional.

**DECIMA QUINTA.-** Existen reglas de derecho internacional que regulan el contrato mercantil, inclusive a modo de principios; se establecen en convenciones o tratados internacionales, leyes modelos, guías y otros, sin embargo, no son uniformes entre sí.

**DECIMA SEXTA.-** Las legislaciones internas de los estados, han sido rebasadas por acuerdos, convenciones y tratados internacionales, leyes modelo, contratos tipo, principios, guías y otros, que en muchos caso obedecen más a intereses de grupos de naciones o de hombres poderosos política y económicamente, que se asocian formando bloques económicos, que a los intereses de los países que se encuentran en el subdesarrollo, como es el caso de México.

**DECIMA SEPTIMA.-** Uno de los principales factores problemáticos que enfrenta la tarea de uniformar las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, es el relativo al principio de autonomía de la voluntad de las partes y sus límites, ya que en su ejercicio, éstas pactan la aplicación de leyes que se encuentran en conflicto de espacios y de jurisdicciones

**DECIMA OCTAVA.-** Resulta contradictorio que tanto en los ordenamientos jurídicos internacionales, como en los mexicanos y aún de otros países, al tiempo que establecen el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, imponen como límite que no pueden libremente decidir el derecho aplicable.



**DECIMA NOVENA.-** En mi opinión, el estudio del contrato mercantil internacional, debe abordarse a partir de la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites, su ámbito de aplicación, sus elementos, la buena fe, la interpretación y la solución de controversias.

**VIGESIMA.-** En el caso particular del comercio electrónico internacional, existen casos en que las legislaciones internas de los países, establecen normas contrarias o contradictorias respecto de su ámbito de aplicación, los elementos de existencia y de validez de los contratos, particularmente sobre la firma electrónica para el perfeccionamiento del contrato, el valor probatorio de los documentos electrónicos y otros, lo que trae como consecuencia la generación de conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio o bien conflictos de jurisdicciones.

**VIGESIMA PRIMERA.-** La globalización, la regionalización, la multiplicidad de reglas y la codificación del Derecho Mercantil, son factores que originan la falta de uniformidad de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales.

**VIGESIMA SEGUNDA.-** Es indudable que la UNICITRAL >UNICITRAL-CNUDMI, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<, la UNIDROIT >Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado< y la CCI >Cámara de Comercio Internacional<, entre otras, han desplegado verdaderos esfuerzos para unificar las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, sin embargo, en mi opinión no es suficiente.

**VIGESIMA TERCERA.-** El proceso de unificación de las reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, se ha pretendido realizar a través de, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convenio de Viena de 1980), la Convención

Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994), los Principios UNIDROIT (2004) y los Incoterms (2000), sin embargo, estimo que no se ha logrado la uniformidad de dichas reglas.

**VIGESIMA CUARTA.-** La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales, pretenden regular el contrato de comercio electrónico internacional, sin embargo, sus reglas no son uniformes, se limitan a la formación del contrato de compraventa y en parte a los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, pero omiten regular los elementos de validez de los contratos..

**VIGESIMA QUINTA.-** La política exterior en México incluye la celebración de tratados internacionales, como facultades del Presidente de la República, en que los principios rectores son la igualdad jurídica de los estados y la cooperación internacional para el desarrollo, sin embargo, en el ámbito económico nuestro país como sus connacionales, es claro que no gozamos de completa seguridad jurídica y menos del mismo desarrollo económico frente a otros países como los que conforman la Unión Europea, Estados Unidos de América o Canadá, por lo cual nos encontramos en una gran desventaja.

**VIGESIMA SEXTA.-** América Latina aún no cuenta con un Tratado Multilateral que reúna las voluntades de todos los países del área en materia de contratación comercial internacional, como sucede con la Unión Europea (UE), por lo cual, países como México se encuentran en franca desventaja económica.

**VIGESIMA SEPTIMA.-** A nivel regional en América, se debe reconocer que actualmente no se han evidenciado claramente los beneficios que pueda reportarle a México el Tratado de Libre Comercio (TELCAN) que celebró con Estados Unidos y Canadá y por lo que hace a otros países, los agrupados en el

Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina (CAN), la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), enfrentan graves problemas por la lentitud con que se desarrollan.

**VIGESIMA OCTAVA.-** En lugar de que a las relaciones comerciales de nuestro país y sus connacionales con personas y países extranjeros se aplique la legislación internacional, que adolece de falta de uniformidad, le es más favorable el establecimiento de reglas comunes, uniformes y sobre todo justas, aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

**VIGESIMA NOVENA.-** La superioridad que la Suprema Corte de Justicia de la Nación atribuye a los tratados internacionales frente a la ley, hace letra muerta las normas de orden público, interés social e irrenunciables que estas últimas establecen y que en muchos casos son una extensión o desarrollan garantías de los gobernados, ubicándolos en una situación de inferioridad, en las relaciones comerciales de México con otros países, lo cual es incomprensible en nuestro régimen de Estado de Derecho.

**TRIGESIMA.-** Por lo expuesto en las anteriores conclusiones, resulta necesario que a la fracción X del artículo 89 Constitucional, se le adicione la mención de que la seguridad jurídica y la cooperación internacional para el desarrollo, sean en los términos de la propia Constitución, con respeto de las garantías que la misma otorga a sus gobernados y de las leyes de orden público, interés social e irrenunciables.

Me permito precisar con negritas la adición que propongo al artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la auto determinación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; **la igualdad jurídica de los estados y la cooperación internacional para el desarrollo, en términos de lo que dispone esta Constitución, con respeto de las garantías de los gobernados y de las leyes de orden público, interés social e irrenunciables**; y la lucha por la paz y las seguridad internacionales.

**TRIGESIMA PRIMERA.-** Como consecuencia de la adición al artículo y fracción mencionados en la conclusión anterior, propongo se reforme la Ley sobre la Celebración de Tratados, con un artículo de estructura semejante al 8o. asignándole el número 8o. BIS, en los siguientes términos:

Artículo 8o. BIS- Cualquier Convención, tratado o acuerdo interinstitucional que contenga reglas que rijan contratos mercantiles internacionales, en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en los contratos mercantiles internacionales, las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II.- Respetar la aplicación imperativa de normas de orden público, de interés social e irrenunciables.

**TRIGESIMA SEGUNDA.-** Estoy convencido que las reformas que propongo traerán los siguientes beneficios:

- ✓ Mayor legalidad y seguridad jurídica en las transacciones mercantiles internacionales del estado mexicano y sus connacionales.

- ✓ Mejor equilibrio e igualdad de México y sus gobernados en las relaciones comerciales con individuos y estados extranjeros.
- ✓ Impartición de justicia más rápida.
- ✓ Evitar conflictos de leyes y de jurisdicciones.

## BIBLIOGRAFIA.

Acevedo Balcorta, Jaime A. Derecho Mercantil. Edit. Textos Universitarios, México 2000.

Acosta Romero, Miguel. Nuevo Derecho Bancario. 4a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003.

Acosta Romero, Miguel, Lara Luna Julieta Areli. Nuevo Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, México 2004.

Adame, Jorge. El Contrato de Compraventa Internacional. 2a. Ed. Edit. Mc. Graw-Hill, México 2005.

Adame, Jorge. Contratos Internacionales en América del Norte. Régimen Jurídico.

Adame Goddar, Jorge. El Contrato de Compraventa Internacional. Edit. Mc. Graw-Hill, México 1994.

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, UNAM, México 1991.

Alcocer Alcocer, Agustín. Contratación Privada Atípica en el Derecho Mexicano. Edit. Colección Fundap de Derecho Privado, México 2003.

Aldecoa Luzarraga, Francisco. La Integración Europea. Análisis Histórico-Institucional con Textos y Documentos. Edit. Lenos, Madrid 2000.

Alvarez del Manzano y Alvarez Ribera, Faustino. Curso de Derecho Mercantil, 2a. Ed. Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1903.

Alvarez Soberanes, Jaime. El Régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras. 4a. Ed. Edit Themis, México, 2002.

Andrade Sánchez, Eduardo. Teoría General del Estado. 3a. Ed. Edit. Harla, México 2000.

Arellano García, Carlos. Derecho Internacional Privado, Edit. Porrúa, México 2006.

Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, 8a. Ed. Edit. Porrúa, México 2001.

Argañarás, José Ignacio. Contrato de Franchising (franquicia), Facultad de Ciencias Empresariales.

Athié Gutiérrez, Amado. Derecho Mercantil, 2a. Ed. Edit. Mc. Graw-Hill, México 2002.

Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa, Sociedades. 3a. Reimp., Edit. Porrúa, México 1999.

Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades, Edit, Porrúa, México 1991.

Barrera Graf, Jorge. Barrero García, Ana María; Vázquez Pando, Fernando A., Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudio Histórico-Jurídico, Edit. Miguel Ángel Porrúa Editor. México 1999.

Barrera Graf, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil. 8a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2001.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2004.

Benavente Chorres, Hesbert. El Know how Empresarial: Más que un Contrato. Edit. Astrea, 2002

Bolaños Linares, Rigel. Contratación Internacional. 1a. Ed. Edit. Porrúa, México 2004.

Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. 6a. Ed. Edit. Reus, España 1990.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Briceño Sierra, Humberto. El Arbitraje Comercial. Doctrina y Legislación. 2a. Ed. Edit. Porrúa, México 2002.

Briceño Sierra, Humberto. El Arbitraje Comercial Actual. 2a. Ed. Edit. Oxford, México 2005.

Caivano, Roque J. Arbitraje 2a. Ed. Edit. AD. HOC Villela Editor. Buenos Aires, 2000.

Calvo Marroquín, Octavio; Puente y Flores, Arturo. Derecho Mercantil, 48a. Ed. Edit. Banca y Comercio, México 2005.

Campoli, Gabriel Andrés. Derecho Penal Informático en México, Edit. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2004.

Carrasco, Pedro. Historia General de México, Versión 2000. 1a. Ed., Edit. El Colegio de México, México 2000.

Carrascosa González, Javier. El Contrato Internacional. (FRACCIONAMIENTO VERSUS UNIDAD), Edit. Civitas, S. A., Madrid, España, 1992.

Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil. Primer Curso, 10a. Ed. Edit. Herrero, México 1995.



Cervantes Martínez, Jaime Daniel. El Arbitraje en Materia Concursal Mercantil. 9a. Ed. Edit. Cárdenas Editor, México, 2004.

Cervantes Martínez, Jaime Daniel. Mediación, Amigable Composición y Conciliación en Materia Concursal, Ed. Insita Ediciones, S. A. de C. V., México, 2003.

Colín y Capitant, Henry. Vocabulario Jurídico. 8a. Ed. Traducción de Horacio Guaglione, Edit. Depalma, Argentina 2003.

Colmenares Maguregui, Ismael; Delgado Sánchez, Arturo; Gallo T., Miguel Ángel; González Ganez, Francisco y; Perea Cortes Armando, Recopiladores. De la Prehistoria a la Historia, Tomo I, 4a. Ed., Edit. Ediciones Quinto Sol, S. A., México 1994.

Contarino, Silvia. Contratos Civiles y Comerciales. Ámbito Contractual y Teoría General, Edit. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

Cordón Moreno, Faustino. El Arbitraje de Derecho Privado. Edit. Thompson-Civitas Aranzadi, 2005.

Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, El Arbitraje, los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias, Análisis y Práctica en México, Edit. Porrúa-UNAM, México 2004.

Dávalos Mejía, Carlos. El Comercio Mercantil internacional. 2a. Ed. Edit. Mc. Graw-Hill, México 2003.

De la Madrid Andrade, Mario. El Joint Venture. Los Negocios Jurídicos Relacionados. Edit. Porrúa, México 2005.

De J. Tena, Felipe. Derecho Mercantil Mexicano. Con exclusión del Marítimo, 19a. Ed. Edit. Porrúa, México 2005.

De Pina, Vara Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. III. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003.

De Pina Vara, Rafael. Derecho Mercantil Mexicano. 10a. Ed., Edit. Porrúa, México 2003.

De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 26a. Ed., Edit. Porrúa, México 1998.

De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, Edit. Porrúa, México 2005.

Dupuis, Juan Carlos. Mediación y Conciliación. 4a. Ed. Edit. Abeledo-Perrot, Argentina 2004.

Durant Willian, James. Historia de la Civilización. 2a. Ed. Edit. Sepan Cuantos, México 2003.

Elías Azar Edgar. La Contratación por Medios Electrónicos, Editorial Porrúa, México, 2005.

Enrique Zuloaga, Carlos. Pacto Contractual y Contratos Atípicos. 2a. Ed. Edit. Porrúa, México 2002.

Espugles Mota, C. Contratación Internacional, 2a. Ed. Edit. Tiorant lo Blanch, Valencia 1999.

Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I, 2a. Ed., Edit. Porrúa, México 1984.

Feldstein de Cárdenas, Sara. Los Principios del Derecho Contractual Internacional. 3a. Ed. Edit. Ángel Editor, México-Argentina 2002.

Figuroa, Luis Mauricio. Las Fuentes del Derecho. Edit. Porrúa, México 1992.

Floris Margadant S, Guillermo. Derecho Privado Romano. 7a. Ed. Edit. Esfinge, México 1994.

Floris Margadant S, Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 18a. Ed. Edit. Esfinge, S. de R. L. de C. V. México 2006.

Galindo garfias, Ignacio. Teoría de las Obligaciones. 4a. Ed. Edit. Porrúa, México 2002.

García López, José R. y Rosillo Martínez, Alejandro. Curso de Derecho Mercantil. Edit. Porrúa, México 2003.

García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 44a. Ed. Edit. Porrúa. México 1992.

Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil II, 9a. Ed., 2a. Reimp. Edit. Porrúa México 1998.

Ginebra Sarrabou, Xavier. Alianzas Estratégicas o Joint Ventures. 2a. Ed. Edit. Themis, México, 2006.

González Malabria Sergio, Tutela Judicial del Comercio Electrónico, Editorial Tirant lo Bllanch, Valencia 2004.

Graham, James A. El Derecho Internacional Privado del Comercio Electrónico, Edit. THEMIS, México, 2003.

Güitrón Fuentevilla, Julián. Código Civil para el Distrito Federal. Revisado, Actualizado y Acotado por el autor en cita. 73a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2006.

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Edit. Porrúa, México 2006.

Jijena Lelva, Renato; Palazzi Pablo Andrés; Tellez Valdéz, Julio. El Derecho y la Sociedad de la Información: La Importancia del Internet en el Mundo Actual. Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, México 2003.

Kohler Josef, Javier de Cervantes y Anaya. El Derecho de los Aztecas. Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico en México. Edit. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2002.

López Velarde, Rogelio. El arbitraje Internacional. 6a. Ed. Edit. Oxford, México 2002.

Lorenzetti Ricardo. Comercio Electrónico, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina 2001.

Macedo Jaimes, Graciela. Elementos de Historia del Derecho Mexicano. 3a. Ed. Edit. Universidad Autónoma del Estado de México, México 2000.

Mantilla Molina, Roberto L. Derecho Mercantil. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Mantilla Molina, Roberto L. Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales. Sociedades. 28a. Ed. Edit. Porrúa, México 1992.

Márquez Algara, Ma. Guadalupe. Mediación y Administración de Justicia. 1a. Ed. Edit. Universidad Autónoma de Aguascalientes. México 2004.

Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2002.

Núñez Adriana S. Comercio Electrónico. Aspectos Impositivos Contables y Tecnológicos, Editorial La Ley, Argentina 2001.

Olé, Landó. La Lex Mercatoria. 3a. Ed. Edit. Ángel editor, México 2002.

Palazzi Pablo Andrés. Delitos Informáticos, Editorial AD. HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 2000.

Pallares, Jacinto. Derecho Mercantil Mexicano. 2a. Ed, Edit. UNAM, México 1987.

Pardini Aníbal A. Derecho de Internet, Ediciones la Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Pérez de los Reyes, Marco Antonio. Historia del Derecho Mexicano, Vol. I, Edit. Oxford, México 2003.

Pérez Bustamante, Rogelio. Historia del Derecho Español. Las Fuentes del Derecho Edit. DYKINSON, Madrid 1997.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles, 8a. Ed., Edit. Porrúa, México 2001.

Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Ponce Gómez, Francisco y Ponce Castillo Rodolfo. Nociones de Derecho Mercantil, 6a. Ed. Ed. Banca y Comercio, México 2005.

Pradier, Fodere. Compendio de Derecho Mercantil. Edit. Obregón y Heredia, S.A., México 1981.

Puente, Arturo y Calvo, Octavio. Derecho Mercantil. 6a. Ed. Edit. Banca y Comercio, México 2002.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia. Ciencia del Derecho Mercantil. Teoría, Doctrina e Instituciones, Edit. Porrúa, México 2002.

Ramírez Valenzuela Alejandro, Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal, segunda edición, Limusa Noriega Editores, México, 2004.

Rezonico, Juan Carlos. Principios Fundamentales de los Contratos, Edit. Astrea, Buenos Aires 1999.

Reyes Kraff Alfredo Alejandro, La firma electrónica y las Entidades de Certificación, Editorial Porrúa, México, 2003.

Rodríguez González Valdéz, Carlos. México Ante el Arbitraje Comercial internacional. 4a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Rodríguez González-Valdez, Carlos. México ante el Arbitraje Comercial Internacional. 1a.Ed. Edit Porrúa, México 1999,

Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, 25a. Ed. Edit. Porrúa, México 2001.

S. Rippe, L. Creimer, C. Del Piazso, D. Hargan, V. Matteo, R. Merlinski, M. Bauza, P. Balarini, G. Caffera, J. Piaggio, N. Pérez. Comercio Electrónico. Análisis Jurídico Multidisciplinario, Editorial IB de F. Buenos Aires, Argentina, 2003.

Sánchez Medal, Ramón. Contratos Civiles. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2002.

Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, México 1991.

Sepúlveda, Cesar. Derecho Internacional Público. T. II. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Serrano Migallón, Fernando. La Vida Constitucional de México, Constituciones Impuestas, Vol I, Tomos I y II, 1a. Ed. Edit. Fondo de Cultura Económica, México 2007

Sierralta Ríos, Anibal. Joint Venture Internacional, 2a. Ed. Edit. Depalma, Buenos Aires 1996.

Silva Silva, Jorge Alberto. Arbitraje Comercial Internacional en México. 2a. Ed., Edit. Oxford. México 2001.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo. Sistemas Jurídicos Contemporáneos., 4a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Siqueiros, José Luis. El arbitraje en los Negocios Internacionales. 3a. Ed. Edit. Escuela Libre de Derecho- Porrúa , México, 2002.

Siqueiros, José Luis. El arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada, Edit. Miguel Ángel Porrúa. Grupo Editores. México, 1992.

Soto Alvarez, Clemente. Prontuario de Derecho Mercantil, Edit. Limusa, México 1981.

Torres de la Rosa, Alejandra. El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano. Edit. Porrúa, Facultad de Derecho, Universidad Anahuac, México 2000.

Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil, 24a. Ed. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid 1997.

Uría, Rodrigo. Derecho Mercantil, 20a. Ed. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid 1977.

Vásquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles, 14a. Ed. Edit. Porrúa, México 2006.

Vargas García Salomón. Algunos Comentarios sobre el Comercio Electrónico y la Correduría Pública en México, Editorial Porrúa, México, 2004.

Vázquez Arminio, Fernando. Derecho Mercantil. Fundamentos e Historia, Edit. Porrúa, México 1977.

Vázquez Pando, Fernando. El Nuevo Derecho Contractual Comercial. 4a. Ed. Edit. Trillas, México 2001.

Vázquez Pando, Fernando. Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Históricos-Jurídicos Ed. Miguel Angel Porrúa, México 1987.

Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo. El Régimen Jurídico del Comercio Exterior. 3a. Ed. Edit. UNAM, México, 2004.

Zaldivar, Enrique, Manovil, Rafael M. y Ragazzi, Guillermo E. Contratos de Colaboración Empresaria. 2a. Ed. Edit. Aberlardo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. 5a. Ed., Edit. Porrúa, México 2003.

Zamora Pierce, Jesús. Derecho Procesal Mercantil. 5a. Ed., Cárdenas Editor y distribuidor, México 1991.

Zamora Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, 10a. Ed. Act. Edit. Porrúa, México 2007.

#### **REVISTAS, CONFERENCIAS, SUPLEMENTOS, PERIODICOS Y OTROS.**

Barbosa, Denis. El Concepto Jurídico del Know how. Conferencia de la Financiadora de Estudios y Proyectos de la Secretaría de Planeamiento de Brasil.

Briceño Sierra, Humberto. El Arbitraje Mercantil en México. En Revista Jurídica-Anuario. Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1998.

Canudas, Carlos. Know how y Franquicias. En Revista Digital (e-Zine), No. 31. Colaboración en Mercadeo.Com.

Castrillón y Luna, Victor M. El Derecho Mercantil ante los Retos de la Globalización, Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil o Comercial Frente a la Globalización. Ponencia presentada el 9 de marzo de 2006 en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



Díaz, Luis Miguel. El Desprender del Pensamiento Jurídico como Acceso a la Ley Modelo de Conciliación, Comercial Internacional. En Revista Jurídica. Anuario Mexicano de Derecho internacional, Vol. IV. Info Jus, Publicaciones Periódicas, México.

Goldman, Marvin. El Arbitraje en las Relaciones Comerciales. En Revista Jurídica Interamericana. Vol. XII. Marzo-Abril. Venezuela, 2000.

González Cossio, Francisco. Aportación de México al Arbitraje de Inversión. En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Info Jus, Publicaciones Periódicas, Derecho Internacional, Vol. VI, México.

Matteo, Vivien. La Contratación Mercantil y la Añoranza del "jus commune". Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. Universidad Austral. Edit. Albreamáica. S. A. 2007.

Morales, Daniela. Tianguis del Trueque, Reacción a los Embates del Capitalismo. Periódico la Jornada Michoacán, 6 de junio del 2005.

Ortega Parra, Sonia. Know how y la Licencia de Patente. Diferencias. En Disjurex, Librería Jurídica Virtual.

Ovilla Bueno, Rocío. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 92 mayo-agosto, México 1998.

Oviedo Albán, Jorge. La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales, Conferencia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia 2002.

Ramírez Necochea, Mario. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Info Jus, Publicaciones periódicas, Derecho Internacional, Vol. VI. México 2006.

Rodríguez Naredo, Constanza. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Marista, Año 7, Quinta Epoca, No. 1, Agosto-Diciembre 2006.

Rojas Amandi, Víctor Manuel. Los Tratados Multipolares, Una Nueva Generación de Tratados Internacionales. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. V., México 2005.

Siqueiros, José Luis. Los Nuevos Principios UNIDROIT 2004 sobre Contratos Comerciales Internacionales. Revista de Derecho Privado No. 11, Año IV, mayo-agosto, 2005.

Talavera Correa, Hernan G. El Contrato Know how. En La Prensa. El Diario Digital de los Nicaragüenses , No. 23074, 30 de abril de 2003.

Vázquez Arminio, Fernando. Comentarios y Críticas a la Iniciativa de la Ley Federal de Comercio. En Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM. México 1984.

#### **DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS:**

Diccionario de Derecho. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México 2003.

Diccionario Jurídico, Economía, Sociología, Política, Ecología. Fondo Editorial de Derecho y Economía. Argentina. 1998

Diccionario de Derecho. 10a. Ed. Edit. Porrúa, México, 2003.

Diccionario Jurídico Elemental. Edit. Heliasta S. R. L. Buenos Aires 1988.

Diccionario Jurídico. Edit. Abeledo-Perrot Tomo II, Buenos Aires , Argentina, 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano, 13a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM, México 1999

Diccionario Jurídico Mexicano tomo I, 10a.Ed. Edit. Porrúa-UNAM, México 2003.

Diccionario Jurídico Mexicano. T. A-CH. 10a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM, México, 2000.

Diccionario Jurídico Mexicano, 15a. Ed. Edit. Porrúa-UNAM México 2001.

Diccionario para Juristas, Tomo I, Edit. Porrúa, México 2000.

Enciclopedia Jurídica OMEBA JACT-LEGA tomo XVII. OMEBA editores – librereros. Buenos Aires 1969.

Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo III, Edit. Francisco Seix Editor, Barcelona, 1989.

Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo XIV, Edit. Francisco Seix Editor, Barcelona, 1978.

### **LEGISLACIÓN VIGENTE:**

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Comercio.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Decreto por el que se Crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Ley de Aeropuertos.

Ley de Amparo.

Ley de Asistencia y prevención de la Violencia Familiar del Distrito Federal.

Ley de Aviación Civil.

Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones.

Ley de Comercio Exterior.

Ley de Concursos Mercantiles.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de la Propiedad Industrial.

Ley de Protección y Defensa a Usuarios de Servicios Financieros.

Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica.

Ley del Mercado de Valores.

Ley Federal de Competencia Económica.

Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Ley Federal de Telecomunicaciones.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley Federal del Derecho de Autor.

Ley Federal del Trabajo.

Ley Federal sobre el Derecho de Autor.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios.

Ley sobre la Celebración de Tratados.

Nuevas Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Distrito Federal.

Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas y gestión Pericial de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Reglamento Interior del Centro de Arbitraje de México.

Reglamento de Mediación y Arbitraje de la CANACO.

Reglas de Arbitraje del centro de Arbitraje de México.

Reglas de Procedimiento de la Comisión Nacional para la Defensa a Usuarios de Servicios Financieros.

### **LEGISLACIÓN NO VIGENTE:**

Acta Constitutiva y de Reformas de 1847.

Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1814.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (versión original)

Decreto Constitucional para la Libertad de la América mexicana.

Primer Proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana de 1842

Proyecto de Reforma de 1840.

Reglamento Provisional del Imperio Mexicano de 1823.

### **LEGISLACIÓN EXTRANJERA:**

#### **CONVENCIONES, TRATADOS, LEYES, ACUERDOS INTERNACIONALES Y OTROS:**

Acuerdo de Cartagena 1969.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas de los Contratos Internacionales.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980).

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. (1994)

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros.

Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias internacionales.

Incoterms (2004)

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.

Ley Modelo Sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Normas Modelo de las Naciones Unidas para la Conciliación de Controversias Entre Estados

Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales (2004)

Protocolo de Brasilia 1991

Protocolo de Olivos 2002.

Protocolo de OURO PRETO 1994.

Protocolo de Ushuaia 1998

Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional.

Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea 1958.

Tratado de Asunción 1991.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte 1993.

Tratado de Maastricht. 1992

Tratado de Montevideo de 1980

**PORTALES, PAGINAS WEB Y OTRAS FUENTES:**

Asociación Latinoamericana de Integración.

Cámara Internacional de Comercio.

Comunidad Andina.

Comunidad del Caribe.

Enciclopedia Wikipedia.org/Wiki/comercio electronico.

Mercado Común del Sur.

Oficina de Derecho Internacional de la OEA. Corte Internacional de Arbitraje.

Organización de las Naciones Unidas.

Presidencia de la República.

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Unión Europea.