

TENDENCIAS DEL PROCESO MERCANTIL EN EL SIGLO XXI. DESCODIFICACIÓN, ARMONIZACIÓN Y VOCACIÓN INTERNACIONAL

Juan Luis GONZÁLEZ A. CARRANCA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La tradición mercantil en México*. III. *Tendencias y problemática actual*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil (y, para efectos de la presente obra, innecesario) trazar de manera concisa e indubitable la trayectoria del derecho mercantil en Occidente, desde sus albores hasta la fecha; pero la comunidad académica tiende a coincidir en que su punto de partida puede ubicarse en la antigua civilización fenicia, así como en otras culturas semíticas herederas de su tradición (por ejemplo Cartago), que se adueñaron del comercio mediterráneo a principios de la era clásica.

Siendo culturas eminentemente mercantiles, la necesidad de llevar un registro claro de las relaciones comerciales entre sus miembros impulsó la creación tanto de un sistema estructurado de escritura (del cual proviene nuestro propio alfabeto), incluyendo una numeración considerablemente avanzada para su época.¹ Como evidencia, aún conservamos diversos documentos grabados, que han sobrevivido el paso de los siglos, y entre los cuales destacan, por su relevancia para nuestro tema, diversos contratos primitivos, que demuestran una incipiente preocupación por la clase de los mercaderes de regular de manera clara y previsible sus relaciones.

* Investigador honorario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Sobre éstas y otras importantes aportaciones de la cultura fenicia, que desafortunadamente escapan al alcance de este texto, véase Aubet, María Eugenia, *The Phoenicians and the West*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Lo anterior resulta especialmente importante, a nuestro parecer, en la medida en que, a diferencia de otros cuerpos jurídicos de la época, códigos y ordenanzas preservados en estelas y dictados por algún soberano ilustrado, este primitivo “derecho mercantil” —si es que así puede llamársele— tiene una naturaleza privada, dúctil y corporativa (casi diríamos protogremial). Aunque la organización estructurada de un determinado segmento de la sociedad, así como la creación de un sistema normativo originado “desde abajo” no son exclusivas de la clase comercial, la particular importancia de este estrato para el funcionamiento de las sociedades tanto antiguas como modernas constituye un factor clave en la historia y en la tradición jurídica de Occidente. Así, el derecho mercantil en estas primeras iteraciones es verdaderamente un derecho “de los comerciantes, por los comerciantes y para los comerciantes”.

En efecto, tan importante fue este desarrollo consuetudinario del derecho de los comerciantes, que tras su adopción por parte de los griegos (y su consecuente cristalización en la *lex Rhodia de Iactu*),² dio lugar a su eventual incorporación en el Digesto como “ley común para el mar”, tomando como base “la consideración de que el mar es un espacio libre y universal abierto al provecho común debiendo respetarse las naves y sus mercancías, aun en el caso de naufragio”.³ Estas nociones habrían de sobrevivir incluso tras la caída del Imperio Romano de Occidente, con la eventual “territorialización” de los mares que ésta habría de implicar.

Por supuesto, la institución predominante durante buena parte de la historia occidental posclásica son los famosos consulados, grandes corporaciones integradas para proteger y armonizar las intereses de sus agremiados. El proceso, en manos de funcionarios cuasijudiciales, como los cónsules o los priores⁴ (elegidos por los propios agremiados), se caracterizaba por su informalidad y expeditéz, y sus resoluciones descansaban, naturalmente, en la propia práctica mercantil, que conocían de sobra, y no en las barrocas construcciones jurídicas romanas, que muy probablemente se encontraban fuera de su área de experticia. Originados en las grandes ferias (todo un evento en las pequeñas ciudades medievales), su carácter era, en principio, itinerante, por lo que la duración de los procedimientos que conocieran debía, forzosamente, limitarse a la duración de la feria.

El carácter trashumante de la vida del comerciante lo obligaba a convivir con sociedades fundamentalmente diversas, no sólo respecto de su

² Cruz Barney, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 3 y 4

³ Castrillón y Luna, Víctor M., *Derecho procesal mercantil*, México, Porrúa, 2012, p. 7.

⁴ *Ibidem*, p. 6.

idioma o religión, sino de la propia cultura jurídica. Asimismo, la necesidad de permanecer en constante movimiento hacía de la rapidez del procedimiento un requisito *sine qua non* para su funcionalidad. Los anfitriones, por su parte, sabedores de los beneficios que producía la derrama económica generada por la actividad de este gremio, encontraban dentro de su interés facilitar su estancia, lo cual, en este caso, podía lograrse simplemente con el respeto a la autonomía de su estructura normativa. Esto permitió, aun en los albores del Estado-nación, con la eventual absorción por parte de la autoridad central de la potestad legislativa, que la *lex mercatoria* conservara su carácter de *ius commune* y su relativa autonomía, como se atestigua ya desde tiempos de Alfonso X de Castilla, quien incluyó en sus Siete Partidas una especial referencia a la jurisdicción mercantil en materia de derecho marítimo.⁵

Esta identificación del derecho mercantil con el derecho marítimo fue una constante en el viejo mundo, como atestigua la asignación de la jurisdicción mercantil, en la Inglaterra medieval, a la Corte del Almirantazgo, originariamente con facultades para conocer sobre casos de piratería, mediante el conveniente uso de la ficción de que todo acto mercantil ocurría en mar abierto. Aunque las razones que impulsaron esta particular construcción jurídica son eminentemente prácticas,⁶ cabe destacar el hecho de que, a pesar de ser el *common law*, por su carácter flexible y expansivo, más apropiado en apariencia para la resolución de conflictos de este tipo, esta Corte haya optado por abreviar de la tradición romanista en su lugar.

Lo anterior puede explicarse a la luz de otra de las características fundamentales del derecho mercantil: su pretensión de universalidad. Si el comercio era, como hemos señalado, una actividad que trascendía fronteras de idioma, etnia o religión, hubiera resultado poco razonable la aplicación de un marco normativo como el derecho nacional inglés, tan propio y ajeno a los extranjeros, acostumbrados a navegar en un universo de tendencias marcadamente romanas. Así, esta relación tan estrecha entre el derecho del mar y el derecho del comercio, su ubicuidad —hoy diríamos, su internacionalidad— fue una de las características definitorias de sus primeros desarrollos. Cuando, durante el Renacimiento, los grandes internacionalistas como Vitoria, Suárez o Grocio buscaran un orden normativo capaz de superar las limitaciones que suponía la particular cultura jurídica de las naciones del mundo, habrían de volver la vista nuevamente al mar.

⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶ Samuel, Geoffrey, *A Short Introduction to Common Law*, Edward Elgar, 2013, pp. 15-17.

II. LA TRADICIÓN MERCANTIL EN MÉXICO

Por supuesto, la joven tradición jurídica mexicana no existe al margen de estos desarrollos, y por lo menos antes del giro copernicano que implicó la implementación en nuestro país, no sólo del Código Napoleón, sino de toda la estructura ideológica de la escuela francesa, nuestra principal institución en materia de comercio fue la de los famosos consulados, cuyo éxito en la península ibérica se había visto favorecido en especial por otra institución de sabor marcadamente hispánico: los fueros.

Aún siglos después de la unificación española por parte de los Reyes Católicos, la relativa autonomía de las ciudades servía como una limitante de gran importancia para el poder central. A diferencia de sus homólogos franceses, quienes, tras un largo y complicado proceso de centralización habían logrado absorber a los gremios dentro del Leviatán burocrático de la época de los Luises, los consulados habían florecido, resguardados por los fueros locales, en Barcelona, Bilbao, Burgos y, desde luego, en Sevilla, la gran capital comercial del Imperio español.

Este último consulado es de especial relevancia por su estrecha vinculación con la Casa de Contratación de Sevilla, encargada de regular el comercio con las colonias y, por lo tanto, la máxima autoridad aduanera y —al menos en teoría— comercial de la Nueva España. Tan importante fue la influencia del consulado sevillano en el México virreinal, que, aún tras el establecimiento del Consulado de México en 1604, las Ordenanzas de Burgos y Sevilla, que hasta entonces habían tenido aplicación directa, permanecieron como un precedente directo para el nuevo consulado.⁷

A pesar de haber obtenido su independencia en 1821, nuestro país no contaría con un código de comercio propio sino hasta 1854, por lo que en este lapso se continuaron aplicando las Ordenanzas de Bilbao. Así, cuando finalmente se promulgó el nuevo ordenamiento (denominado *Código Lares*, por su autor, entonces ministro de Justicia de Santa Anna), éste tuvo como fuente de inspiración el Código español de 1829, lo que implica una importante excepción en un tiempo donde el grueso de nuestro derecho privado era una importación francesa.

A pesar de su errática existencia (durante algunos años se retomaron las Ordenanzas de Bilbao como fuente del derecho mercantil), este primer Código sobrevivió hasta el porfiriato, durante el cual, en 1883, se federalizó la materia mercantil (sobre esta migración, incompleta y plagada de complicaciones tanto sustantivas como procedimentales, abundaremos más adelante).

⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1998, p. 22.

Así, en 1884 se promulga un nuevo Código de Comercio, cuya escasa vigencia imposibilita juzgar en su debida proporción, pues tan sólo cinco años más adelante se promulgó el nuevo Código (aún vigente); entró éste en vigor en 1890.

Este último ordenamiento es de particular relevancia para nuestro planeamiento, por tres puntos fundamentales, a saber:

- a) Constituyó, en su momento, un verdadero *código*, en el sentido estricto de la palabra, pues pretendía reglamentar —con aquel carácter hermético y universalista de los sistemas neorromanistas y, en especial, de la vertiente codificadora de los mismos— la totalidad de la materia que en su momento podía considerarse como mercantil.
- b) La adopción (parcial) del criterio objetivo de *acto de comercio*, por encima del tradicional criterio subjetivo del *comerciante* es, una vez más, una herencia de la tradición codificadora napoleónica.⁸ La escuela francesa decimonónica, caracterizada por una profunda visión anticorporativista (recuérdese la infame *Loi le Chapelier*⁹) pretendía, mediante un criterio de aplicación que enfatizara el acto por encima del sujeto, garantizar la igualdad formal del individuo, borrando (sólo en teoría, desde luego) las distinciones de clase que caracterizaban a la época.

Esta eliminación dentro del plano jurídico de la clase comerciante tenía como finalidad la eventual subsunción del derecho mercantil —hasta entonces una construcción internacional, autónoma y con un proceso de creación eminentemente *horizontal*— dentro de un derecho civil nacional, *vertical* y sujeto a la potestad central del Estado. Como veremos más adelante, esta subsunción, aunque incompleta, ha sido fuente de considerables complicaciones para nuestra materia.

- c) Como aspecto positivo, ese nuevo Código preservó (parcialmente) la importancia central que revestían las normas procedimentales como aspecto material del derecho mercantil. Toda vez que, como hemos señalado, la naturaleza dinámica del comercio exige expeditéz al momento de resolver las controversias (bajo el riesgo de que, en caso contrario, las mejores provisiones sustantivas resulten inoperantes), se reservó el libro quinto para los juicios mercantiles, inspirado en el

⁸ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, México, Porrúa, 2015, p. 168.

⁹ Du Cellier, F., *Histoire des classes laborieuses en France*, Paris, Didier et Cie, 1860, p. 342.

Código Procesal del Distrito Federal y del Territorio de Baja California, de 1884,¹⁰ que a su vez habría de servir como fuente supletoria.

Lo anterior resulta ampliamente cuestionable si se toma en consideración el carácter generalmente prolongado de los procedimientos civiles, así como ciertas máximas, que, aunque apropiadas para dicha materia, devienen detrimenales para el sano desarrollo de la actividad comercial.¹¹ No estaría de más cuestionarse sobre las ventajas que habría ofrecido en su momento la creación, *ab ovo*, de normas procedimentales especializadas, acaso más inspiradas en los procesos consulares, caracterizados por su énfasis en la rapidez y especialización, en lugar de adoptar la tradición civil, que sacrifica estos dos elementos en aras de la seguridad jurídica.

Ahora bien, por lo que respecta al primer punto, el sueño de un *corpus* mercantil monolítico fue más bien breve, pues ya en la década de los treinta se hizo patente la necesidad de establecer nuevos ordenamientos para regular instituciones específicas (leyes de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, de Sociedades Mercantiles de 1934, de Navegación y Comercio Marítimos de 1936, de Instituciones de Seguros de 1935, de Instituciones de Crédito de 1941, de Cámaras de Comercio y de Industria de 1941, de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1941, de Instituciones de Fianzas de 1950 y de Sociedades de Inversión en 1955, entre otras). Este proceso gradual fue bautizado por el italiano Natalino Irti como “descodificación”.¹²

Asimismo, la judicialización de las controversias mercantiles, así como la asfixiante invasión de las normas civiles (tanto sustantivas como adjetivas), a menudo poco idóneas para la resolución de controversias entre comerciantes, debilitó profundamente la tradición mediadora y arbitral que durante tantos siglos había favorecido a la actividad comercial.

Aunque originalmente se había establecido la competencia del Poder Judicial de la Federación para la sustanciación de juicios mercantiles (artículo 97, fracción I, constitucional), la enmienda que posteriormente se realizaría a la Constitución federal (artículo 104, fracción I) establecería la com-

¹⁰ Castrillón y Luna, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Ciertos principios del derecho romano, como aquel que impulsa a favorecer, en caso de duda, a quien busca evitar un perjuicio sobre quien busca obtener un beneficio, genera importantes conflictos en una actividad donde la generación de utilidades constituye la finalidad última. Esta contradicción, sobre la cual se ha dicho más bien poco en la tradición continental, ha sido abordada extensamente por la tradición anglosajona (véase Samuel).

¹² Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992.

petencia concurrente de los poderes judiciales del fuero común. Muchos han sido los conflictos derivados de la interpretación un tanto errática de esta institución, varios de los cuales abordaremos en párrafos subsecuentes.

Finalmente, por lo que respecta al título quinto, consideramos pertinente cuestionar (además de sus defectos intrínsecos, a los cuales hicimos referencia en su momento) su carácter reconocidamente incompleto. Además de la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles y de la (aún más cuestionable) “supletoriedad subsecuente” de los códigos de procedimientos locales, la descodificación mercantil ha dado lugar a la creación de nuevos procedimientos, como los establecidos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 8o., 42 al 68 y 341), la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 7o., 9o., 22, 118, 201, 232, 236, 238 y 243), la Ley de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (artículo 136), la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (artículo 94), la Ley de Protección al Usuario de Servicios Financieros, la Ley Federal de Protección al Consumidor, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la Ley de Concursos Mercantiles, etcétera.

III. TENDENCIAS Y PROBLEMÁTICA ACTUAL

Ahora bien, nuestra postura de ninguna manera se opone, desde luego, a este fenómeno *descodificador*. Ante las evidentes tendencias de fragmentación e hiperespecialización que acusan prácticamente todas las ramas del conocimiento jurídico, resultaría cuando menos absurdo aferrarnos a la ficción de un cuerpo hermético y totalizador en cualquier materia, y esto sólo se vuelve más apremiante en la mercantil, donde los espectaculares avances en las tecnologías de comunicación y transporte generan diariamente nuevas hipótesis que habría sido imposible prever un año antes.

El fenómeno envolvente de la globalización ha dado lugar, desde la segunda mitad del siglo XX, a la erosión cada vez más acelerada del concepto de soberanía como presupuesto para un orden jurídico nacional cerrado al exterior. El establecimiento de organizaciones internacionales, con facultades tan amplias que habría sido imposible imaginarlas hace menos de un siglo, es hoy una realidad ineluctable. La volatilidad de los mercados y la ubicuidad de las relaciones comerciales internacionales han hecho evidente, más que nunca, la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad de los procedimientos de resolución de controversias.¹³ Ante esta perspectiva, nos resulta

¹³ Un excelente ejemplo es la resolución de controversias sobre nombres de dominio por parte de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, cuyo procedimiento arbitral ha

difícil explicar la aparente pretensión de someter un procedimiento como el mercantil —cuya eficacia material depende, quizá más que en cualquier otro caso, de la celeridad de sus resoluciones— a las tortuosas formalidades hipertrofiadas que caracterizan materias como la penal o la familiar, en las cuales, desde luego, resulta justificable al tratarse de cuestiones de orden público, pero que difícilmente encuentran cabida en el juego dinámico de intereses privados que forma el núcleo de nuestra materia.

Ahora bien, nuestro sistema jurídico ha demostrado en los últimos años, en gran parte debido a la creciente asertividad y autonomía de los órganos judiciales, una sorprendente capacidad intrínseca para subsanar, por la vía pretoriana, las deficiencias o contradicciones del derecho legislado. Nuestros tribunales han demostrado una creatividad encomiable para la generación de nuevos constructos jurisprudenciales, que han venido a enriquecer sustancialmente las materias penal, familiar y administrativa, entre otras, logrando superar los escollos que implican algunos de los problemas más agudos en nuestra cultura jurídica, como el preocupante incremento de la litigiosidad, la escasa cultura de legalidad en la población general y la relativa inoperancia de los medios alternativos de resolución de controversias.

En materia mercantil, no obstante, estos cambios son más difíciles de percibir, esto debido en gran medida a la naturaleza particular de la materia, pero también debido a ciertas fisuras intrínsecas en nuestra visión particular de la misma, a saber:

- a) La hiperjudicialización de las controversias. Aunque el concepto de un Estado gendarme cuya única finalidad consiste en garantizar la seguridad de la población ha declinado constantemente desde hace poco más de un siglo, resulta innegable que en cuestiones de comercio la resolución más efectiva de las controversias radica en el consentimiento mutuo de las partes. A diferencia de otras materias, donde la gravedad de los intereses afectados exige la intervención activa (si no es que preponderante) del Estado, la excesiva intromisión de una burocracia gigantesca y pesada es indudablemente perjudicial para la solución eficaz de controversias en planos más dinámicos.
- b) La falta de especialización. Resulta por demás extraño que mientras que en otras latitudes existieron desde hace siglos organismos especializados para la resolución de conflictos mercantiles con amplias fa-

tenido un éxito sin precedentes para la solución rápida de conflictos suscitados a este respecto. (A mayor abundamiento, véase <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>, visible al 17 de septiembre de 2015).

cultades ejecutivas (*vid. supra*, la *Court of Admiralty* inglesa), en nuestro país se asigne dicha competencia a los mismos órganos encargados de la resolución de disputas civiles (y en ocasiones también familiares), así como las evidentes limitaciones de la legislación procesal, que ya hemos mencionado.

En este sentido, la existencia de organismos de arbitraje sin capacidad de ejecución (Procuraduría Federal del Consumidor, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *inter alia*), así como la categorización administrativa de los mismos (dando, una vez más, una indebida preponderancia al elemento de derecho público de dichos organismos) ha generado que éstos, en lugar de constituir un remedio eficiente que permita finiquitar disputas y (más importante aún) generar un cúmulo supletorio de precedentes, se conviertan en sólo un eslabón más de una cadena interminable de posibles impugnaciones, donde la dilación en la impartición de justicia llega a ser tal que afecta sustancialmente los intereses de las partes. Para el comerciante, cuyo éxito depende en gran medida de la capacidad de maximizar su aprovechamiento del tiempo, la demora deviene en pérdida.

- c) La falta de cultura de legalidad. La desconfianza crónica de la población respecto de las vías institucionales para cristalizar el ejercicio de sus derechos y lograr sus finalidades individuales y colectivas tiene un efecto particularmente nocivo en la actividad comercial, donde la seguridad y eficiencia de las transacciones cobran importancia primordial. Aun si se argumentara que los canales extrajurídicos de ciertas sociedades como la nuestra llegan en ocasiones a cumplir una función paralela y relativamente eficaz, resultaría difícil persuadir con semejante argumento a entidades extranjeras, cuya noción de legalidad y de institucionalización de los canales de resolución constituyen un factor primerio para determinar la conveniencia de emprender actividades empresariales.

Lo anterior nos permite comprender a grandes rasgos la relativa ineficacia de la jurisprudencia como instrumento para subsanar y perfeccionar la resolución de este tipo de controversias. Si a esto le añadimos la tendencia, por demás reprobable, de limitar, en la medida de lo posible, el acceso primigenio a la justicia federal,¹⁴ así como la aplicación esporádica de ciertos

¹⁴ En este sentido, los procedimientos llevados ante jueces de distrito resultarían ciertamente más idóneos para la resolución de controversias mercantiles, no sólo por la relativa

preceptos contenidos en los ordenamientos locales, poco favorables para un proceso breve, nos encontramos ante un panorama de incertidumbre, ciertamente poco favorable para el florecimiento de la actividad empresarial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AUBET, María Eugenia, *The Phoenicians and the West*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- BARRERA GRAF, Jorge, *Derecho mercantil*, México, UNAM, 1991.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Derecho procesal mercantil*, México, Porrúa, 2012.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, México, Porrúa, 2006.
- DU CELLIER, F., *Histoire des classes laborieuses en France*, Paris, Didier et Cie, 1860.
- IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Bosch, 1992.
- MONDRAGÓN PEDRERO, *El juicio oral mercantil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, México, Porrúa, 2015.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1998.
- SAMUEL, Geoffrey, *A Short Introduction to Common Law*, Edward Elgar, 2013.

homogeneidad de su marco normativo, sino por la mayor expeditéz de los procedimientos, debida en buena medida al hecho de que cuentan con mayores recursos materiales y una menor carga de trabajo.

La tendencia injustificada de los tribunales federales de declinar la competencia que por ley les corresponde es una violación directa al orden constitucional, como queda constatado en diversos criterios jurisprudenciales, y que, lamentablemente, aún no ha podido erradicarse.