

THE SECOND INTERNATIONAL SYMPOSIUM  
“CIVIL LAW AND ECONOMICS 2011.”

DEVELOPMENT AND HARMONIZING PERSPECTIVES OF  
INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE LEGISLATION”

San José, Costa Rica, 7 y 8 de abril de 2011

EL FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

CONFERENCIA DE LA PROFESORA  
ANA LUCÍA ESPINOZA BLANCO  
7 DE ABRIL DE 2011

1. Introducción.

2. El Presente.

A) La Globalización del comercio internacional y la nueva lex mercatoria.

B) El derecho comercial interno enmarcado en la constitución económica y moldeado por otros derechos.

C) Las figuras jurídicas “nuevas”.

3. El Futuro.

A) Perspectiva segura: Cambiar o mejor aún, evolucionar. El estado actual: La transición.

B) El Derecho del Mercado.

1. Introducción.

Hablar del futuro del Derecho Comercial es una tarea fascinante por las perspectivas que pueden visualizarse para él, pero a la vez puede resultar una tarea temeraria, para decirlo de alguna manera, ya que si a algo hemos debido acostumbrarnos es a la celeridad e imprevisibilidad con que se producen los cambios en el conocimiento y en el hacer humanos, cambios que, desde luego, impactan con igual celeridad en el derecho comercial.

No en vano decimos los profesores de esta materia que el mismo es una “categoría histórica”.

2. El Presente.

A) La Globalización del comercio internacional y la nueva lex mercatoria.

Para empezar, tomemos en cuenta que a partir de la segunda mitad del siglo XX con el fenómeno de la globalización, se ha visto surgir en el comercio internacional una nueva lex mercatoria supraestatal, creada, al igual que en el pasado, por los propios comerciantes sobre

## EL FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

---

todo en materia contractual, quienes además, resuelven sus diferencias no en tribunales estatales ordinarios sino a través de árbitros y cortes arbitrales internacionales.

Igualmente es necesario mencionar los esfuerzos que en esta unificación supraestatal del Derecho Comercial son realizados por organismos internacionales como, por ejemplo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado o Unidroit, particularmente con la preparación de leyes modelos como la de comercio electrónico de 1996 y la de firmas electrónicas de 2001; la Cámara de Comercio Internacional, CCI por sus siglas en Inglés; la International Law Association, y otras similares.

Es de esperar que esta situación continúe desarrollándose por el mismo rumbo que lleva.

<b>El Presente.</b>
---------------------

<b>B) El derecho comercial interno enmarcado en la constitución económica y moldeado por otros derechos.</b>
--

Por otra parte, a lo interno de los estados, el Derecho Comercial es ahora un derecho que se enmarca dentro de la llamada constitución económica y al cual también colaboran en caracterizar el derecho fiscal así como el derecho laboral e incluso el ambiental.

La entera actividad comercial está enmarcada dentro de la tutela de la llamada "constitución económica", que, en nuestro caso, comprende y tutela la libertad de empresa y la propiedad privada (arts. 45 y 46 de la Constitución Política), pero también la obligación del Estado de velar por el más adecuado reparto de la riqueza y la protección del consumidor y también del ambiente (arts. 50 y 46 de la Constitución Política).

La participación del Estado, sin embargo, no deja de ser interesante ya que por un lado abandona su participación en el mercado como agente directo, dejando así más espacio a la actividad privada, pero por otro lado incursiona regulando tal actividad en forma externa, sobre todo en tutela de los derechos de los consumidores.

<b>El Presente.</b>
---------------------

<b>C) Las figuras jurídicas "nuevas".</b>
---

Por otra parte, las últimas décadas han visto surgir nuevas y ciertamente muy interesantes figuras comerciales, sobre todo contractuales, como el leasing, el factoring, el engineering y otros cuyo origen puede situarse sobre todo en el Derecho Anglosajón; sin olvidar, por ejemplo, la contratación electrónica, la firma digital, ni los nuevos "títulos", desmaterializados, que actúan como activos financieros.

### EL FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

---

#### 3. El Futuro.

##### **A) Perspectiva segura: Cambiar o mejor aún, evolucionar. El estado actual: La transición.**

En este marco cabe reiterar que el futuro del derecho comercial, dada su condición de categoría histórica, no es otro que el de cambiar, o mejor aún, evolucionar.

Siguiendo al profesor Ermanno Bocchini (Introduzione al Diritto Commerciale nella new Economy, Editorial CEDAM, Padova, Italia, sne, 2001, pp. 1-4), podríamos decir que justamente por ser una categoría histórica el derecho comercial debería dejar de gravitar únicamente en torno a las figuras de la empresa y del empresario, producto de la revolución industrial, y responder al fenómeno de la llamada sociedad de la información nacida de la revolución informática o revolución post-industrial.

Ha de considerarse, sin embargo, que actualmente la llamada sociedad industrial convive con la sociedad agraria y la llamada sociedad de la información; y el Derecho Comercial no puede cerrar los ojos ante esta realidad ya que ello implica que conviven contratos negociados arduamente con contratos hechos con un clic en la computadora, o bien pagos de contado hechos con dinero en efectivo y pagos hechos mediante transferencias electrónicas, por ejemplo.

En efecto, en este momento, el Derecho Comercial está en un período de transición en el cual conviven institutos derivados de la época de la revolución industrial (empresa, producción en masa, bienes materiales) con los institutos de la sociedad post-industrial o sociedad de la información (donde lo importante es el conocimiento, inmaterial por definición), sin que pueda decirse que el Derecho comercial actual que regula a los primeros puede servir para regular a los segundos, salvo que sufra, a su vez, cambios importantes.

El derecho comercial de este milenio debe considerar a los empresarios y sus costumbres (lex mercatoria) tanto como al consumidor, al mercado, y situaciones como la firma digital, los valores desmaterializados, la contabilidad informática, etc.

Para el profesor Bocchini, criterio que compartimos, por ahora se está en una fase en que se debe buscar es construir un método que sirva para “edificar un sistema orgánico de derecho comercial” que contemple la convivencia armónica del derecho comercial tradicional vigente con los instituciones que surgen producto de la revolución informática; así como encontrar una forma unitaria de entender e interpretar todo ese conjunto de normas.

En esta labor es muy importante que el legislador tome conciencia de que no es conveniente

## EL FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

---

que vaya dictando regulaciones atomísticas que dificulten la labor del jurista y del así llamado operador del derecho.

<b>El Futuro.</b>
-------------------

<b>B) El Derecho del Mercado.</b>
-----------------------------------

En síntesis, cabe tener presente que el derecho comercial está en plena evolución, proceso que está lejos de finalizar y del cual por ahora solo podemos especular su dirección y resultado final.

En nuestro concepto personal, el derecho comercial probablemente llegue a convertirse en el derecho del mercado, probable aunque no necesariamente, unificado con el derecho civil en las áreas que les son comunes, básicamente obligaciones y contratos, y ¿por qué no? continuando con autonomía científica y didáctica y, tal vez también, legislativa.

Entendemos como “mercado”, siguiendo al autor Manuel Olivencia Ruiz (Un Código Mercantil del siglo XXI, en El Derecho Mercantil en el Umbral del siglo XXI, Marcial Pons, Madrid, España, 2010, p. 59), como el ámbito en el que concurren ofertas y demandas de bienes y servicios y en el que se canaliza su tráfico, desde que son producidos inicialmente hasta que llegan al consumidor, o destinatario final, de modo que se incluyen las operaciones de producción, transformación, intermediación y circulación.

Este derecho del mercado sería un derecho mixto, o sea, privado y público y el mercado al que se hace referencia probablemente incluirá no solo a los consumidores y a los empresarios, quienes por definición actúan en forma profesional o habitual, sino también a los profesionales liberales.

Por nuestra parte no podemos menos que atisbar algo de este Derecho del mercado en el art. 1 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994.

“El objetivo de la presente Ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del **consumidor**, la tutela y la promoción del proceso de **competencia y libre concurrencia**, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del **mercado** y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.” (Los subrayados no son del original).

**EL FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL**

---

Nótese cómo dicho artículo refiere no solo al consumidor (lo cual hace expresamente) sino también a los empresarios (al referirse la libre concurrencia, su libertad fundamental para el caso que nos ocupa) y aún al mercado mismo.

El tiempo dirá si se llega a configurar y asentar este Derecho comercial como Derecho del mercado.

Muchas gracias.

---

**Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco**  
**[www.iusmercatorum.com](http://www.iusmercatorum.com)**

Este material solo puede ser utilizado para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.