

LAS MUTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO PRIVADO DE LA ECONOMÍA: ASPECTOS ESTRUCTURALES

Rafael ILLESCAS ORTIZ

SUMARIO: I. *Justificación.* II. *Objeto principal del trabajo: el derecho privado de la economía.* III. *Las mutaciones contemporáneas del derecho privado de la economía: los cambios estructurales en particular.* IV. *Nota bibliográfica.*

I. JUSTIFICACIÓN

Escribir en homenaje a Jorge Barrera Graf supone para mí no sólo una satisfacción personal, sino también la satisfacción por mí de una deuda intelectual con él contraída desde hace años: desde que conocí a Jorge Barrera en el escaño de delegado de México en la primera reunión de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) a la que concurrí con la representación española —en Viena hacia el mes de diciembre del año 1984—. A partir de aquel momento y hasta el presente son muchas las cosas que de él he aprendido e igualmente numerosas las propias reflexiones derivadas de las frecuentes conversaciones habidas entre ambos durante las sesiones de aquel organismo celebradas alternativamente en la capital del Danubio y Nueva York.

Como, por aquel entonces, inexperto delegado de España quedé enseguida favorablemente sorprendido por la autorizada, sabia y generalmente atendida opinión que la delegación mexicana, a través del maestro Barrera, vertía sobre los arduos temas debatidos en aquel foro universal. Su modo de conducirse en los entresijos y pasillos del debate me resultaba prudente y efectiva. En fin, su fluida comunicación en el idioma común fue también factor determinante del magisterio que, seguramente sin proponérselo, ejercitó sobre mí en aquellos mis primeros escauceos en el debate jurídico-comercial organizado con regularidad por las Naciones Unidas.

Por ello, como decía, me siento deudor de Jorge Barrera y supongo que estas líneas saldan escasamente el débito contraído. A pesar de

ello nada mejor imagino que escribir acerca de temas y cuestiones —algunas— suscitadas en nuestras intermitentes en el tiempo y geográficamente distantes conversaciones.

II. OBJETO PRINCIPAL DEL TRABAJO: EL DERECHO PRIVADO DE LA ECONOMÍA

Este trabajo, así pues, se dedica a formular por escrito, como se ha indicado, reflexiones personales o manifestaciones orales del autor originadas con motivo de las tareas que han constituido la agenda de CNUDMI a lo largo de los últimos años. Todas ellas tienen por común objeto la disciplina científica y nucleica de nuestra actividad universitaria —y también, en este caso, universal—: el derecho mercantil. Por éste entiendo el derecho o conjunto de normas jurídicas que regulan los aspectos jurídico-privados de la actividad económica entendida como la que el hombre desenvuelve para satisfacer sus necesidades con escasos recursos. No toda la actividad económica, sin embargo: como se sabe, y a causa del peso de una gran tradición histórica no exenta de raíces aún vivas y de realidad social vigente, un amplio apartado del sector primario de la economía —el sector agrícola— pertenece a la esfera del derecho civil sin que su regulación haya constituido nunca el objeto del derecho mercantil o derecho privado de la economía: éste, en efecto, ha regulado de modo exclusivo lo que los economistas denominan sector secundario y sector terciario —la industria y los servicios, principalmente el comercio, los seguros, la banca y los transportes—.

Esta concepción aparece ya consagrada desde el artículo primero del secular y vetusto Código de Comercio español de 1885 —formalmente vigente aún, si bien para la mayor parte de las materias en sus preceptos reguladas auténtico antecedente histórico de las respectivas disciplinas—: en ese su primer artículo, efectivamente, se asienta el principio según el cual son comerciantes —empresarios en una terminología más acorde con la sensibilidad social de un siglo después y que incorpora al ordenamiento español el Reglamento del registro mercantil de 1956— las personas individuales que habitualmente ejercen el comercio, así como “las compañías *mercantiles* o *industriales*” que se constituyen con arreglo al contenido del propio Código de comercio. A su vez, el artículo 123 del mismo cuerpo legal reitera de modo más explícito aún la condición jurídico-mercantil (sometimiento a las disposiciones que las regulan contenidas en el derecho mercantil o derecho privado de la economía) de “las compañías *mercantiles*. . . siempre que

sus pactos sean lícitos, y su fin la *industria o el comercio*". De modo expreso, igualmente, este último precepto considera regulada por el derecho privado económico "las compañías de minas".

De las referencias positivas acarreadas se deduce con facilidad que lo que los legisladores decimonónicos denominaron derecho mercantil y código de comercio era en realidad un derecho económico-privado que regulaba, en verdad, la actividad económica de transformación en general —"la industria"—; la actividad económica de intermediación en todas sus facetas —"el comercio terrestre, marítimo y luego aéreo también"— y ciertas actividades económicas de extracción —"las minas"—.

El caso de la actividad agrícola, no obstante su histórica y ya señalada ubicación al margen del derecho mercantil, merece una acotación por lo que a la legislación española respecta: en efecto, tras la promulgación del Código de Comercio de 1885 su inclusión, siquiera parcial, en el seno del derecho privado de la economía tiene un sólido soporte legislativo. Cuestión distinta es que ni doctrina ni jurisprudencia hayan profundizado en la vía de dicha su inclusión en el derecho mercantil señalada principalmente en el artículo 212, 3º del texto decimonónico. Conforme al precepto citado se consideran mercantiles los bancos y sociedades agrícolas y se mencionan por el legislador expresamente como actos de comercio sometidos en su disciplina al código mercantil las "... operaciones que tuvieren por objeto favorecer la roturación y mejora del suelo, la desecación y saneamiento de terrenos y el desarrollo de la agricultura y otras industrias relacionadas con ella".

En cualquier caso —como se ha indicado— esta importante novedad legislativa introducida en España en 1885 con objeto de ampliar los límites o fronteras del derecho mercantil incluyendo en su seno amplios aspectos de la actividad agrícola cayó en el olvido o, sencillamente, pasó desapercibida para los observadores. A ello debió coadyuvar, sin duda, la peculiaridad de la norma en relación con los ordenamientos europeos vecinos: no obstante su tenor literal, se siguió y se sigue afirmando sin discusión que la agricultura se encuentra al margen del derecho mercantil.

El sector secundario y terciario de la economía, pues, así como importantes facetas del sector primario, constituían hace un siglo el objeto de una disciplina jurídica, el derecho mercantil, que de modo más correcto ha de denominarse derecho privado de la economía. Puesto que, ni que decir tiene, lo que de un modo más o menos manifiesto pone de relieve el codificador de 1885 a través de los artículos 1, 123 y 212 del Código de Comercio, la evolución de la economía y la legislación

se han encargado de acentuar a lo largo del siglo desde entonces transcurrido.

El que entonces dicha rama del ordenamiento jurídico se dominase derecho mercantil o, lo que es lo mismo, derecho del comercio a pesar de ser también el derecho de la industria, de la minería y de aspectos relevantes de la agricultura, sólo se justifica en el desconocimiento, por parte del legislador de la época, de principios elementales de economía y de sistematización económica: ya en 1838 existía una traducción española del *Tratado de economía política* del francés J. B. Say, el cual se inicia con una clara distinción entre los diversos sectores económicos —primario, secundario y terciario— tal y como en la actualidad se mantienen; esa distinción sin duda no mereció mínima atención por parte del codificador de 1885, así como tampoco por parte de todos los exegetas del texto codificado quienes contribuyeron decisivamente a la consagración del término derecho mercantil para denominar una disciplina que en modo alguno regulaba exclusivamente el comercio, la intermediación, el sector terciario de la economía.

El que en la actualidad idéntico término siga siendo ampliamente utilizado en detrimento de una denominación más objetiva y real de la ciencia jurídica analizada puede deberse a dos factores significantes: de una parte de rutina acomodaticia de los practicantes de las normas jurídicas que integran la disciplina, así como el arraigo social de términos con más de un siglo de uso. De otra parte, contribuye al mantenimiento de la falacia semántica que la expresión derecho mercantil supone hoy y ya supuso en 1885 la petrificación —sustancial pero también formal y terminológica— de los planes universitarios para el estudio del derecho sucesivamente vigentes en España —y en otros muchos países— desde el año 1857. En todos ellos, sin excepción, la expresión derecho mercantil ha sido incluida para referirse a la realidad jurídica aglutinada por los Códigos de comercio de 1829 y 1885 y por las muy numerosas leyes especiales que los han venido a desarrollar o sustituir parcialmente.

Cualesquiera que sean los factores determinantes de la persistencia de la aludida falacia semántica, lo cierto es que la rama de la ciencia jurídica que se ocupa de casi toda la economía y sus diferentes sectores merece una denominación por el todo —derecho de la economía o derecho económico— y no una denominación por la parte —derecho mercantil o derecho comercial—. Pero incluso en el caso que se admitiese el postulado formulado, se hace necesario introducir una matización en el término preconizado.

En efecto, la economía o la actividad económica se ve sometida a reglas emanadas de las dos grandes esferas en que el derecho se encuentra dividido: la pública y la privada. Sin ánimo alguno de penetrar en la gran y tradicional polémica determinada por la conveniencia de fijar un criterio delimitador, fronterizo, entre el derecho privado y el derecho público, puede afirmarse que en tanto la esfera privada jurídica se caracteriza por la libertad, la disponibilidad y la autocomposición de los intereses en presencia, el ámbito jurídico-público, por contra, viene connotado por la imperatividad, la regulación, el sometimiento de los ciudadanos a un poder superior a ellos y jurídicamente consagrado y ejercido.

Sin duda, desde sus inicios y hasta el momento presente, el derecho de la economía que aquí se reclama regula la esfera privada de la actividad económica o, lo que es sustancialmente idéntico, constituye el derecho privado de la economía: normas jurídicas que se aplican a los aspectos de la actividad extractiva, transformadora e intermediadora en la circulación de bienes y servicios en los que la libertad de los participantes en el tráfico continúa siendo un valor superior consagrado por las propias normas. A tales aspectos iusprivatistas de la actividad económica se refirió el derecho mercantil desde sus inicios; a los mismos se refiere el derecho privado de la economía. Por ello, precisamente y en contraposición a aquellos otros aspectos del tráfico económico en los que el principio jurídico relevante es el de cogencia o regulación, la mera expresión derecho de la economía optó por connotarla con el calificativo de derecho privado.

III. LAS MUTACIONES CONTEMPORÁNEAS DEL DERECHO PRIVADO DE LA ECONOMÍA: LOS CAMBIOS ESTRUCTURALES EN PARTICULAR

El derecho privado de la economía, en su cristalización formal y material producida tras la sanción del Código de Comercio de 1885, en España, y sus coetáneos en el resto de Europa, ha sufrido una serie de mutaciones significativas a lo largo de los últimos años. Dicha cristalización decimonónica se ha visto alterada significativamente y ello tanto en su ámbito estructural cuanto en sus fundamentos conceptuales. Consecuentemente puede distinguirse entre las mutaciones denominables estructurales y las calificables de conceptuales: mientras que aquéllas operan sobre el entramado y la arquitectura de la disciplina, las segundas afectan a los conceptos y dogmas que componen ésta y sustentan aquélla.

El presente trabajo sólo se ocupará, por razones de espacio principalmente, de las mencionadas en primer término. Se trata, pues, de referirse a las mutaciones estructurales de las que el derecho privado de la economía ha sido —sigue siendo— objeto principalmente en el último tercio del presente siglo. Con prelación a su estudio con relativa minucia, se efectúa una somera enumeración de aquéllas. Las mutaciones concernidas son, a juicio del autor, las siguientes: la aparición con considerable ímpetu de una nueva *lex mercatoria* más allá de los respectivos ordenamientos mercantiles nacionales; la consolidación con no menos ímpetu de poderes legislativos supranacionales de alcance regional —en obviamente, una dimensión terráquea del análisis que se efectúa— con una decidida vocación económico-jurídica; el alejamiento de los sujetos económicos de los tribunales de justicia y la sustitución de éstos por la utilización de procedimientos extrajudiciales para la resolución de sus conflictos; la irrupción de los débiles como nuevos sujetos jurídicos de las normas económico-privadas en cuanto que categoría social específicamente contemplada por el derecho —el consumidor, el pequeño ahorrador y el dañado— con lo que ello implica de nuevas apreciaciones respecto de la distribución social de los riesgos económicos; la consagración, por último, de un sinfín de alteraciones en las operaciones económicas y su regulación jurídica, alteraciones que implican por lo general perfeccionamiento, complejidad y sofisticación.

1. *La aparición de una nueva lex mercatoria*

Durante los últimos cuatro siglos y hasta muy recientes fechas, el derecho mercantil ha venido desarrollándose sobre una base eminentemente estatal; los diferentes Estados nacionales que se construyen alrededor de 1500 acaban con la situación jurídico-comercial europea y mediterránea que se conoció con el nombre de *lex mercatoria*: un ordenamiento único, consuetudinario y corporativo, que regulaba el tráfico económico desde Barcelona a las ciudades del Hansa, desde las Islas Británicas hasta el confín oriental del continente. Tal ordenamiento desaparece bajo la presión legislativa, nacional, colonial —mercantilista en suma— de los mencionados Estados surgidos en paralelo al Renacimiento.

Se impone con tal motivo un *statu quo*, muy dilatado en el tiempo, durante el cual el ordenamiento jurídico-comercial pasa a ser creado y administrado en exclusividad por las diversas autoridades nacionales: ello en detrimento de los órganos *ad hoc* corporativos —profesionales— no estatales hasta entonces establecidos. Se produce, pues, una

compartimentación geográfica del derecho económico privado, el cual se dispone a vivir un largo periodo de tiempo alojado en nichos estatales, escasamente relacionados entre sí, y celosamente defendido en los respectivos confines. Es una situación que, si de explicación sirve, se reproduce para muy abundantes facetas del quehacer humano durante dicho periodo de tiempo: no es una peculiaridad jurídica, sin duda. Tiene consiguientemente lugar la sustitución del *ius mercatorum* por un cierto número de ordenamientos mercantiles nacionales.

En la actualidad, y desde fechas relativamente recientes, la situación descrita sufre una sustancial alteración: una nueva *lex mercatoria* va siendo construida pausada pero seguramente, al igual que aconteció tras el paso del año 1000.

Las causas que determinan los esfuerzos constructivos de la contemporánea *lex mercatoria* son numerosas, así como lo son también los observadores que a ellas se han referido. Como causas remotas de tal aparición hay que señalar, aun cuando resulte una afirmación un tanto perogrullesca, el espectacular incremento habido a lo largo del presente siglo en la población del planeta con los consiguientes aumentos del consumo de bienes y servicios y de la producción de los mismos: la satisfacción de las nuevas necesidades tan espectacularmente crecidas tiene como uno de sus fundamentos el incremento acusadísimo del comercio internacional, más allá pues de los límites de los diversos Estados nacionales.

De modo más próximo otros factores específicos habrán de ser identificados como determinantes de la aparición del nuevo *ius mercatorum*. Estos factores específicos no son, por otra parte, sino la concreción formal y aparente de las circunstancias generales antes señaladas. Entre los aludidos factores próximos ha de señalarse la aparición de muy numerosos "Estados soberanos e independientes" como consecuencia obligada del proceso descolonizador producido a lo largo de las últimas décadas. Ello implica, al menos nominalmente, un incremento notable del número de sujetos públicos económico-jurídicos. Baste, al efecto, comparar el número de Estados miembros de la Sociedad de Naciones al iniciarse la Segunda Guerra Mundial con el de miembros de la Organización de Naciones Unidas a mitad de la década de los ochenta. Ese incremento de sujetos estatales se acompaña con la aparición de nuevos sujetos privados, cuanto menos en su *modus operandi*, adaptados a las nuevas circunstancias políticas: se trata de las sociedades transnacionales o multinacionales, las cuales habían en gran escala sido desconocidas como estructuras formales hasta el momento en que se produce la descolonización. Nuevos sujetos económi-

co-jurídicos (o nuevas potestades económicas como igualmente se le ha denominado), por otra parte, hacen su aparición con ánimo de operar en los mercados cuanto con el objetivo de contribuir a regularlos o controlarlos en sus diversos aspectos: son las diversas figuras de asociación, organización, autocontrol y asesoramiento que los Estados y los operadores privados han venido estableciendo a fin de ordenar el tráfico más allá de las multiplicadas fronteras nacionales: algunos de estos organismos se han constituido en depositarios de un muy considerable poder en las esferas de su particular competencia. Los ciudadanos de los países consumidores de petróleo, por ejemplo, han conocido a lo largo de los pasados años la fuerza de las organizaciones de países productores de petróleo en orden a fijar precios en su mercado; los ciudadanos de los países deudores en vías de desarrollo conocen no menos bien el poder del Fondo Monetario Internacional a la hora de fijar cada año el porcentaje de aumento de los salarios e impuestos por ellos disfrutados. Como factor específico de reaparición de una *lex mercatoria* hay que anotar el enorme progreso de las tecnologías de información y comunicación a distancia: estas tecnologías permiten cada día con mayor facilidad y rapidez conocer lo que sucede y transmitir la información poseída no importa desde o en qué lugar del mundo. Y ello en los más diversos aspectos de la actividad analizada: desde la situación de los diversos mercados hasta las normas aplicables al conflicto mercantil surgido en algún remoto rincón del globo.

Este conjunto de factores —los generales y los particulares— han actuado, a mi juicio, en un doble sentido. De una parte han ensanchado el mundo de un modo muy considerable; simultáneamente, ello no obstante, han esrechado el planeta: siendo más grande, paradójicamente todo está más cerca. Además de lo dicho, la nueva dimensión cuantitativa y geográfica de la actividad económico-comercial ha hecho que los mercados nacionales hayan perdido significación y hayan ido surgiendo a su flanco y por encima de ellos los mercados globales o, cuanto menos, regionales.

La necesidad de proceder a una regulación jurídica de la nueva dimensión de la actividad económica —planetaria, más amplia, más estrecha y parcialmente por encima de las facultades de disposición de un sinfín de viejos y nuevos Estados nacionales— ha determinado la aparición de la contemporánea *lex mercatoria*: conjunto de reglas supranacionales destinadas a regular el tráfico económico y comercial internacional en su perspectiva jurídico-privada.

Tomando su origen bien en convenciones internacionales convertidas en ley estatal interna, bien en reglas y usos formulados y recomendados

por organismos privados y adoptados expresamente por los operadores económicos en cada caso concreto, la moderna *lex mercatoria* es elaborada por organismos internacionales a los que se hizo alusión más arriba: organismos intergubernamentales con frecuencia, no gubernamentales o privados en ocasiones.

De entre los señalados en primer lugar hay que destacar la CNUDMI (o UNCITRAL), agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas para la unificación del derecho mercantil internacional; también han de mencionarse en este primer grupo de auténticas fuentes del nuevo *ius mercatorum* el UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación Derecho Privado con sede en Roma; la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y el COMECON, Consejo para la Mutua Asistencia Económica, con sede en Moscú. Los más significativos miembros del segundo grupo de organismos —los predominantemente privados— son la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París; el Comité Marítimo Internacional, con sede en Amberes y la Asociación de Derecho Internacional.

Prácticamente todos los campos del derecho del comercio Internacional han sido objeto de los trabajos de los organismos citados —y de otros más de menor relieve—. Tales trabajos se han plasmado, como se ha significado, en convenciones internacionales pasadas a ratificación o en recopilaciones de prácticas, usos y costumbres destinadas a resolver conflictos si las partes se someten a ellos expresamente. No se pretende efectuar una enumeración que ilustre lo afirmado pero, si se trata de citar los más significativos textos elaborados en cada campo, es ineludible la mención de las sucesivas normas puestas en pie para regular la venta internacional de mercaderías, primero, por las convenciones de La Haya en 1964, después por la UNCITRAL en 1980; en materia de transporte marítimo, la mención obligada es la de las reglas de La Haya relativas al transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque; por último y respecto de instrumentos de pago debe aludirse a las Prácticas y usos uniformes en materia de créditos documentarios elaborados en 1953 por la Cámara de comercio internacional y sucesivamente revisado —la última vez en 1983—.

En todo caso este nuevo derecho que regula el comercio internacional constituye una notable transformación del derecho mercantil de entre las operadas recientemente. No obstante, la transformación es eminentemente estructural o anatómica, no conceptual: junto al derecho mercantil clásico —nacional— destinado a regular el mercado doméstico y sancionado por la autoridad estatal, surge un nuevo derecho mercantil más amplio que opera por encima y más allá de las fronteras

nacionales y que regula operaciones en un mercado de idénticas características: la nueva *lex mercatoria* que esto supone no destruye el derecho mercantil nacional, antes bien, convive con él. Los efectos y el alcance de tal convivencia, sin embargo, no pueden ser determinados todavía dado el carácter reciente del fenómeno que su aparición constituye: por hoy basta tomar acta de la existencia del *ius mercatorum* y de su *modus vivendi* con el derecho mercantil enseñado y practicado antes de la Segunda Guerra Mundial.

2. La integración supranacional de alcance regional

El fenómeno que se ha descrito someramente en el epígrafe precedente logra una dimensión extraordinariamente superior en el marco europeo como consecuencia del proceso de integración supranacional —*rectius* supraestatal— que en el occidente del continente se inicia a principios de los años cincuenta del presente siglo. Hasta tal extremo la dimensión del fenómeno sobrepasa a la mera conformación de la *lex mercatoria* que, para el caso, hay que hablar de la aparición de un poder legislativo por encima del poder de los Estados, el cual poder dicta normas cogentes para todos los Estados que forman parte de la organización de integración regional. Ello, amén de en otros campos económicos —es, por ejemplo, notorio el poder integrado en la esfera agrícola—, en el específicamente económico-comercial. Se trata, pues, de una diferencia cualitativa respecto del fenómeno anteriormente descrito como aparición de un nuevo *ius mercatorum*. Siendo distinto, no obstante, es un factor no menos contemporáneo al anterior que contribuye a alterar la estructura, anatomía o geografía —llámesele como se quiera— de los diferentes derechos comerciales de los respectivos Estados miembros de la organización supranacional. La alteración se produce hasta el extremo que ha hecho surgir lo que se ha venido a denominar derecho mercantil europeo o derecho europeo de la economía, el cual se superpone en parte y en parte convive con los mencionados derechos nacionales sin, a su pesar, llegar a serlo: la *lex mercatoria*, como se recordará, se conforma sobre unas actitudes absolutamente distintas: para su aplicación o pasa a convertirse en derecho nacional o, sin aspirar siquiera a llegar a serlo en algún momento, su aplicabilidad depende de la voluntad de las partes, de la norma de conflicto y del factor de internacionalidad.

Se impone, así pues, una aportación ligeramente pormenorizada de datos y un pequeño análisis.

La Comunidad Europea, en su configuración actual, es fruto de cinco grandes tratados: el tratado por el que se instituye la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18 de abril de 1951, primero en el tiempo; tratado por el que se instituye la Comunidad Económica Europea (CEE o Mercado común europeo) de 27 de marzo de 1957, conocido ordinariamente con el nombre de tratado de Roma; tratado de idéntica fecha por el que se instituye la Comunidad Europea de la Energía Atómica; el tratado de 8 de abril de 1965, hecho en Bruselas, por el que se produjo la unificación de los órganos emanados de los textos precedentes, y la muy reciente Acta Única Europea, de 17 y 28 de febrero de 1986.

Aquellos órganos, en especial el Consejo de Ministros de la Comunidad y la Comisión Europea, se ven atribuir facultades legislativas amplias y de las que han hecho —siguen haciendo— uso diario: fruto de ello es el denominado derecho derivado comunitario, de contenido marcadamente económico en general y agrícola. Las formas que revisten los actos normativos comunitarios son diversas, a tenor de las disposiciones de los tratados —decisiones y recomendaciones, reglamentos y directivas; deben mencionarse igualmente ciertos actos administrativos de gestión, así como las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No es, sin embargo, este aspecto externo del funcionamiento comunitario —el normativo— lo que aquí interesa poner de manifiesto, aun cuando su resultante amplía enormemente el contenido material de los ordenamientos de los países miembros de la Comunidad. Más significativo es apreciar los principios que rigen el derecho europeo, principios que sin duda muestran la diferencia cualitativa existente entre la *lex mercatoria* y la integración supraestatal europea. Los principios en cuestión son tres y su más solemne formulación se ha producido a través de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades:

- i. El derecho europeo es un derecho propio de las Comunidades Europeas: lo que ello significa viene concretado por la máxima establecida en la célebre sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso 6/64 "Costa" v. "ENEL" (*Recueil*, 1964, 1141-1193). Su tenor literal es el siguiente: "A diferencia de los tratados internacionales, el tratado de la CEE instituye un orden jurídico propio, integrado en el derecho de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que se impone a su jurisdicción. Instituyendo una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad

de representación internacional y más particularmente de poderes reales emanados de una limitación de la competencia o de una transferencia de atribución desde los Estados miembros de la Comunidad, éstos han limitado, si bien en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus ciudadanos y a ellos mismos”.

- ii. El derecho europeo es un derecho directamente aplicable a los Estados miembros y sus ciudadanos. El alcance específico de este segundo rasgo fue determinado por la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Justicia en el caso 106/77 “Simmenthal II” (*Recueil* 1978, 629-658). Conforme a su tenor, “aplicabilidad directa significa que... las reglas de derecho comunitario son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos los concernidos por ellas, Estados o particulares partes en relaciones jurídicas reguladas por el derecho comunitario. Este efecto concierne igualmente a cualquier juez que, en el ejercicio de su competencia, tiene, en cuanto que órgano de un Estado miembro, la misión de proteger los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario”, sin que al respecto sea necesario que “solicite o espere la efectiva eliminación, por los órganos nacionales habilitados al efecto, de eventuales medidas nacionales que supongan un obstáculo a la aplicación directa e inmediata de las reglas comunitarias”.
- iii. El derecho europeo es un derecho que se aplica preferencialmente al derecho del Estado miembro. Como preceptúa la ya citada sentencia dictada en el caso “Simmenthal II”, “todo juez nacional, competente en una materia determinada, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicar toda disposición eventualmente contraria a la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria”.

El derecho europeo, acervo comunitario, dotado de las potentes características expuestas, ha centrado su objeto, por razón de los objetivos perseguidos por los tratados de los que deriva, en la regulación de la actividad económica: es, pura y simplemente, un derecho económico en gran medida con su doble vertiente —la pública y la privada—.

El derecho privado económico derivado de los tratados institucionales posee, al igual que la faceta pública, un largo alcance. Mención obligada en la materia es la regulación de la competencia empresarial en el ámbito del mercado común europeo: a partir del artículo 85 del

Tratado de Roma (CEE) se establecen unas amplias bases para el desarrollo de una política legislativa tendente a mantener en el mercado común una situación de competencia libre entre la totalidad de los operadores económicos. Esta política es servida por un abundante conjunto de decisiones y reglamentos comunitarios y aclarada por numerosas resoluciones judiciales igualmente europeas.

De idéntico modo merece citarse en materia los pasos comunitarios avanzados para unificar las legislaciones estatales referentes a las sociedades de capital y anónimas en particular. A partir del objetivo de coordinación nacional al respecto fijado por el artículo 54.3.g del Tratado de Roma (CEE), se han ido sucesivamente elaborando una serie de directivas referentes a las sociedades por acciones en materias tan dispares como requisitos de constitución, poderes de los representantes sociales, régimen contable, fusiones, etcétera.

La aparición de todo este nuevo conjunto jurídico-económico privado es un factor notable de dislocación del derecho mercantil clásico. Dicha dislocación, además, se verá acentuada en los próximos años: la Comunidad, en efecto, se encuentra en plena ejecución, desde 1986, de un programa denominado de "consolidación del mercado interior" —Documento COM (84) 305— en cuyo contenido tienen lugar abundantes medidas legislativas concernientes a los temas de derecho privado económico aquí tratados. Así, desde la promulgación definitiva de la directiva reguladora de la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas hasta la creación de la disciplina jurídica de una agrupación europea de interés económico forman parte del programa; a tales medidas acompañan otras cuales la mejora del régimen competitivo, la potenciación del derecho comunitario de propiedad industrial, el incremento de transparencia y apertura de mercados públicos, la conexión de los mercados bursátiles europeos, la consagración de la libre prestación de servicios en materia de seguros y la institucionalización de organismos de inversión colectiva a escala europea. Como se infiere de su mera enumeración, los temas anunciados producen y están llamados a seguir produciendo un impacto desestabilizador de la clásica geografía estatal del derecho privado de la economía, sin que con ello se niegue idéntico alcance en lo concerniente a la regulación pública del sistema.

3. *La desafección a los tribunales estatales. El arbitraje*

La nacionalización del derecho mercantil producida por los diversos Estados nacionales en los que se concretó la superación del universa-

lismo medieval, por emplear la expresión de Heckscher, fue una nacionalización no sólo de las fuentes productoras de las normas jurídico-económicas, así como de las propias normas preexistentes sino también una nacionalización de las jurisdicciones competentes en su aplicación y vigilancia. Así, los tribunales mercantiles corporativos desaparecen y, aun cuando en países concretos y próximos a España, la denominación del tribunal de comercio persiste tras dicha nacionalización incluso hasta los días actuales, la índole corporativa de los mismos se extingue plenamente. El Estado, pues, procede paulatinamente a partir del siglo XVI a la nacionalización de lo que hasta entonces había sido experiencia y rito jurisdiccionales de los operadores económicos —comerciantes principalmente— presentes en el continente europeo y las islas desde el pacífico cambio de milenio aproximadamente.

La descrita situación se mantiene en el indicado ámbito geográfico durante varios siglos e incluso llega a acentuarse en ciertos casos a lo largo del siglo pasado. Tal es el hecho en España: el código de comercio de 1829 resultó respetuoso con la tradición española de la justicia consular mercantil, cuanto menos en la primera instancia —artículos 1178 y siguientes del código de Sainz de Andino—; a su vez los procedimientos ante los tribunales de comercio, absolutamente corporativos según su regulación codificada —artículo 1183— se desarrollaron por la denominada “ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio” de 24 de julio de 1830. La situación que produjo la promulgación del código comercial de 1829 aparecía cuanto menos paradójica: nacionalización del derecho corporativo y profesional, utilización a tal fin de un instrumento tan progresivo y moderno para la época de referencia cual es el código y, sin embargo, respeto a la organización profesional de vigilancia y aplicación de dicho sistema jurídico nacionalizado. En cualquier caso, hay que esperar hasta el último tercio del siglo XIX para que la nacionalización se completase y las corporaciones profesionales fueran expropiadas de la facultad de impartición de justicia en asuntos mercantiles en favor de la jurisdicción ordinaria civil del Estado: el decreto de unificación de fueros, de 6 de diciembre de 1868, dictado al socaire del espíritu modernizador de la revolución septembrina, fue el artifice de dicho último paso nacionalizador.

El fenómeno ilustrado con el caso español es común a toda Europa con una cronología generalmente más acelerada que la ibérica. En consecuencia, durante un largo periodo de tiempo —y todavía en la actualidad— con los tribunales de justicia estatales los encargados de impartir justicia en los conflictos económicos y comerciales: los comerciantes y sus asuntos se entendieron como materia no diferenciada de

la materia jurídico-privada común —civil por emplear la expresión latina frente a la anterior, más anglosajona— y por tanto sometida a la jurisdicción común o civil de los diversos Estados nacionales; ello constituyó una gran innovación producida por el proceso de consolidación de los Estados y hoy, como quedó dicho, la situación persiste y aparentemente se consolida y afianza —baste, en efecto, por insistir en el caso español recordar el mandato establecido en el artículo 123 de la Constitución de 1978 cuando al referirse al Tribunal Supremo señala que “con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. . .”.

Se ha indicado que la consolidación de la situación resultante de la nacionalización mercantil —jurídica y jurisdiccional— lo es tan sólo aparentemente. En efecto, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, coincidiendo pues con la nacionalización definitiva en España, se inicia en todo el mundo industrializado una tendencia acentuada a la utilización del arbitraje en orden al discernimiento y resolución de los conflictos económicos y comerciales. Principalmente conflictos internacionales, pero también internos; igualmente conflictos predominantemente privados pero también públicos o, cuanto menos, en los que una de las partes encontradas en un organismo público actuando como empresario privado. Es claro que el recurso al medio arbitral para el discernimiento de los conflictos —y para más operaciones, como se comprobará— implica una desafección hacia los tribunales estatales y en cierto sentido un rechazo notable a la política nacionalizadora de la materia económica privada llevada a efecto por los diversos Estados. El rechazo se califica de notable por cuanto que en la práctica del arbitraje se suele comprobar casi a diario que son los grandes litigios los escamoteados a los tribunales nacionales y resueltos por los árbitros: quedan para aquéllos la inevitable rutina de ejecución del moroso o la represión del contumaz infractor de la ley estatal. En efecto, siendo predominantemente internacional el arbitraje y siendo internacionales por lo general las grandes transacciones económicas, hay que afirmar el carácter marcadamente doméstico, en la más prosaica acepción del término, de la función jurisdiccional estatal. Siempre en materia económica privada.

Son diversas las causas determinantes del recurso a la institución arbitral y numerosos los autores que se han referido al fenómeno con ánimo de discernirlas. Creo que la clasificación efectuada por René David ha de ser, en razón de sus méritos, reproducida. Así, el gran comparatista francés señala cuatro causas determinantes del deslizamiento paulatino, pero firme, del mundo de los negocios especialmente

internacionales, hacia el arbitraje y su elusión de los jueces estatales. Estas causas son las siguientes: aspiración a una justicia mejor administrada; preocupación por la armonía subsiguiente de las partes; necesidad de resolución de controversias no jurídicas *stricto sensu* y, finalmente, búsqueda de una justicia distinta de la impartida por los tribunales estatales.

La primera de las causas citadas radica en una aspiración a una resolución generalmente más rápida, más secreta, más económica y menos formalista de los conflictos que la que ofrecen los jueces del Estado. La segunda pone el énfasis en la conveniencia ordinaria de las partes que buscan el arbitraje de obtener una resolución al conflicto que las separa sin llegar al enfrentamiento radical que la comparecencia ante autoridades públicas suele por lo general ocasionar: los empresarios, en efecto, buscan dirimir una discrepancia, no romper unas relaciones de negocios, estables en tanto en cuanto que les resulten recíprocamente útiles. La tercera causa se refiere a la existencia en el tráfico mercantil de situaciones, a menudo contractuales, que requieren para su desenlace o ulterior desarrollo la intervención de un tercero dotado de autoridad sobre las partes sin que dicho tercero en razón de la naturaleza de la circunstancia a cuya resolución es invocado deba ser un juez ni su función jurisdiccional. Así, se pactan con frecuencia mecanismos arbitrales de integración de contratos en cuya virtud han de ser árbitros quienes determinen el contenido exacto de una obligación; de igual modo, la apreciación de las calidades exigidas para el cumplimiento es con frecuencia y para el caso de discrepancia, competencia arbitral. Son éstos, extremos en los que la intervención judicial resulta exuberante.

La cuarta y última causa —búsqueda de otra justicia— es de especial relevancia por cuanto que pone de manifiesto la perseverancia en el tiempo y el espacio del particularismo de las relaciones económicas y su régimen jurídico respecto del derecho civil o común. Ciertamente, los tribunales nacionales dirimen los conflictos a ellos sometidos conforme a unos criterios de resolución establecidos en las leyes por los poderes públicos estatales. Es posible que los sujetos económicos no compartan o mantengan ciertos reparos frente a tales criterios: en realidad la licitud de una tal actitud de reticencia o distanciamiento la permiten los Estados desde el punto y hora de la sanción por ellos mismos del derecho dispositivo y de la ley imperfecta. Utilizando esta benevolencia estatal los operadores económicos construyen con frecuencia su propio derecho aplicándolo a través de condiciones generales, clausulados *standards*, contratos tipo, formularios, etcétera; instrumentos convencionales que repetidos sistemáticamente a la hora de contratar

permiten reiterar idénticas soluciones para idénticos problemas al margen de la ley estatal —entiéndase esta expresión en su mejor sentido—.

El particularismo empresarial, sin embargo, no termina en la creación de “su” derecho por parte de los operadores sino que llega incluso a la invención de expedientes particulares de aplicación del mismo: es aquí donde interviene el arbitraje mediante el cual se produce la aplicación de esos otros valores jurídicos particulares y distintos de los generales sancionados por el ordenamiento estatal y aplicable por los jueces comunes. La indagatoria sobre este particularismo empresarial, sus manifestaciones y su persistencia, e incluso acentuación, en unos tiempos en los que formal y solemnemente se consagra la nacionalización de todo el derecho llevaría demasiado lejos y, sin duda, más allá de los límites fijados para este ensayo. Quede, por hoy, no más que su comprobación y, por ende, la de su manifestación jurisdiccional —difusión del arbitraje, desafección a los jueces del Estado—.

Tal difusión de la figura ha acarreado su institucionalización manifestada en dos circunstancias principales: en primer término, el pacto arbitral hoy se incluye generalmente en los contratos y convenios sin que los conflictos a resolver se hayan planteado y tan sólo en su previsión; en segundo lugar, los árbitros son estable y permanentemente ofrecidos por organizaciones profesionales u organismos internacionales *ad hoc*. Así, es obligada la mención del tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París, creada en 1919 y cuya actividad se refleja incluso en la publicación de reglamentos aplicables a operaciones económicas internacionales (así, el denominado “Regulación de Relaciones Contractuales” de 1978 y el “Reglamento de Peritación Técnica” de 1979). También merecen ser citados la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y el Centro Internacional para la Resolución de Conflictos en Materia de Inversiones creado en 1965 por el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

Hay que señalar —por finalizar con el caso español— que la legislación patria en la materia es ampliamente criticable: la ley de 22 de diciembre de 1953, reguladora del arbitraje privado, retocada levemente por la ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente de la ley de enjuiciamiento civil dificulta de modo notable la difusión del arbitraje en España por muy diversas razones. Más que regular podría afirmarse que impide el arbitraje y ello en un momento en que Estados con una acentuada tradición jacobina, como Francia, han modificado su actitud al respecto. La situación es tan paradójica que hay que afirmar que la ley jurisdiccional mercantil de 1830 era mucho más favorable y precisa en la materia —dedicaba al arbitraje nada menos 52 ar-

títulos (del 252 al 304)— que la vigente de 1953. Esta deplorable situación española se reproduce respecto del arbitraje internacional y su disponibilidad en orden a la ejecución interna de los laudos dictados en el extranjero.

Esto no obstante, es obligado observar que la legislación especial —*rectius* especialísima— española ha venido instituyendo fórmulas permanentes con virtualidad restringida a conflictos surgidos en sectores económicos concretos. Tal resulta ser el caso de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, ley 26/1984, de 19 de julio de 1984 (artículo 31) en relación con conflictos entre los consumidores y sus proveedores; igualmente lo es el caso de la Ley sobre ordenación del seguro privado, Ley 33/1984 de 2 de agosto de 1984 (artículo 34) y el de la Ley de ordenación de transportes terrestres, Ley 16/1987 de 30 de julio de 1987 (artículos 37 y 38) en relación con conflictos surgidos con ocasión de la prestación de los servicios que disciplinan los textos legales mencionados.

4. *Los débiles, nuevos sujetos del derecho privado económico*

El derecho mercantil —recordarlo ahora resulta reiterativo— nace y se desenvuelve como un derecho profesional, el de los comerciantes o empresarios; es, pues, un derecho de personas para quienes su profesión es la actividad económica, con independencia de las respectivas fortunas personales, las cuales no obstante una cierta entidad han de tener por cuanto que no sólo a base de crédito puede operarse en la esfera empresarial.

A esta realidad empresarial rinde tributo el Código de Comercio español desde su primer artículo, de modo más o menos semejante a como lo hacen las restantes leyes europeas y americanas en la materia.

Con lo dicho pretende significarse que el sujeto del derecho privado de la economía no es naturalmente la persona dedicada a una profesión no empresarial y, en suma, la que económicamente resulta débil o inoperante: únicamente cuando el empresario rico deviene pobre la legislación mercantil se ocupa de la pobreza. Así surgen los procedimientos concursales en sus diversas manifestaciones, gradaciones y facetas hoy en cierto trance de modificación —quiebras y suspensiones de pagos—.

Históricamente los “pobres” han sido sujetos del derecho público —beneficencias de diversa índole nacionalizadas a lo largo del siglo XIX— y ya en pleno siglo XX lo son del derecho del trabajo y de la seguridad social: de este modo el pobre se complementa con quienes

no poseen más patrimonio que su propia fuerza de trabajo. Sin duda el derecho privado se ocupa de los débiles, aparentes o efectivos: el derecho civil, ciertamente, siempre ha prestado atención a huérfanos y menores inermes, desdichados locos, desamparadas mujeres solteras, casadas o viudas y alguna que otra figura más pero lo hacía —y lo hace— con el objetivo de salvaguardar y administrar sus patrimonios materiales mucho más que sus desvalidas vidas: se trataban así, pues, de personas débiles pero no en la faceta económica de sus penosas ya que no pobres vidas. Nunca en términos generales los débiles pobres han merecido la atención del derecho privado ni, mucho menos, del derecho privado económico en su conformación codificada decimonónica.

Con el paso del tiempo, sin embargo, la situación se altera: a causa del progreso económico y la difusión social de la riqueza los débiles pobres comienzan a desempeñar un papel relevante en la actividad económica; de este modo quienes casi de forma fantasmagórica y vergonzante aparecen en los artículos 1583 y siguientes del Código civil español de 1889, regulador del arrendamiento de obras y servicios, bajo denominaciones tales como “criado doméstico”, “sirvientes”, “criados de labranza”, “menestrales”, “artesanos” y “trabajadores asalariados” adoptan un siglo más tarde nuevas y complementarias configuraciones a los ojos del derecho privado económico.

En primer término, se constituyen en el eslabón final de destino de la casi totalidad de bienes y servicios producidos por el conjunto de la economía y, consiguientemente, se constituyen en consumidores. En segundo término, en la medida en que el incremento y distribución de riqueza los convierte en detentadores de ciertas disponibilidades monetarias susceptibles de inversión incluso en las mismas empresas en la que prestan su fuerza de trabajo, los susodichos “menestrales” pasan a ser pequeños ahorradores. Finalmente, el progreso técnico-material sobre el que se ha fundamentado el incremento de la riqueza, al difuminarse socialmente, incrementa de modo notable el núcleo de riesgos a los que cualquier persona se expone como consecuencia de residir o trabajar en determinados medios y *habitats*: esto acarrea el incremento y diversificación de quienes padecen daños y perjuicios —materiales o inmateriales, en su persona o en sus propiedades— y aparece la figura del dañado.

Estos económicamente débiles, en su triple faceta de consumidores, pequeños ahorradores y dañados no han sido históricamente sujetos del derecho privado de la economía. Ahora —habiendo hecho su tímida aparición a principios de siglo y desde entonces habiendo paulatina-

mente ganado campo— lo son. Esta nueva realidad ha constituido, y en el futuro su dimensión aumentará considerablemente, una de las alteraciones estructurales contemporáneas más importantes del derecho mercantil. Ciertos datos, en la materia, se aportan acto seguido.

El caso más asequible al lector, de entre los tres ahora mencionados, lo constituye sin duda el del consumidor: la “retórica” de la defensa del consumidor se ha convertido en uno de los más acentuados tópicos de discusión política y jurídica a lo largo de los últimos quince años. Hoy día, ciertamente, la protección del consumidor tanto en España cuanto en la mayoría de los países civilizados se ha constituido en una actividad sistemática y en absoluto retórica. Y lo que aquí interesa de la citada actividad es resaltar su actual enclavamiento —parcial pero relevante— en el derecho privado de la economía, habiendo partido, como así en efecto fue, de los ámbitos públicos del ordenamiento.

Fiel a ese origen jurídico-público, las primeras manifestaciones españolas del consumidor y su defensa como objetivos legislativos económicos se enraizan en disposiciones de carácter penal, reguladoras de materias que con el tiempo han penetrado —y hoy constituyen partes inexpugnables— del orden jurídico privado de la economía. Me estoy refiriendo al derecho de la libre y leal competencia entre los empresarios: la ley penal de 16 de mayo de 1902, reguladora de la propiedad industrial, puede constituir el primer caso en la legislación ibérica de mención expresa del consumidor como sujeto a proteger por las normas reguladoras de la actividad empresarial. Así, su artículo 138.1 al tipificar y sancionar —con una pena pecuniaria ridícula, todo hay que decirlo— la imitación y la competencia ilícita reza: “los que usen una marca, dibujo o modelo, en términos que *el consumidor* pueda incurrir en equivocación o error, confundiéndolos con los verdaderos y legítimos, serán castigados...”.

Desde 1902 hasta el 19 de julio de 1984, fecha de sanción de la ley 26/1984 general para la defensa de los consumidores y usuarios, el tiempo transcurrido no es dilatado desde una perspectiva histórica y, sin embargo, los cambios habidos en mentalidad social y legislación vigente en relación con el escalón último del proceso económico han sido muy considerables. Dos escalones intermedios deben ser citados en esa transformación: la ley, en primer término, 110/63 de 20 de julio de 1963, sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia y, más recientemente, la Constitución de 1978. Mientras que aquélla, en su artículo 2, reiteraba la figura de los consumidores y sus intereses como paradigmas de las normas reguladoras de la actividad competitivas de

los operadores, ésta en su artículo 51 eleva a mandato constitucional concerniente a los poderes públicos la defensa de los consumidores y sus intereses en las diversas facetas de éstos.

Naturalmente, el legislador español no hacía sino recibir los reflejos de su entorno internacional más próximo e influyente: la tutela de los consumidores se había convertido en principio general del derecho —público y privado— de la economía a ambos lados del Atlántico con anterioridad a su proclamación constitucional en España. A ello había contribuido, de modo decisivo, en los Estados Unidos, el esfuerzo personal de un grupo de activistas encabezados por Ralph Nader, un abogado de Harvard, quien hizo una introducción espectacular en la materia a través de su celeberrima obra, publicada en el año 1966, *Unsafe at any speed*. Ciertamente, Nader no partía de la nada sino que gozaba de una sólida base jurídica. Esta se componía de la *Wheeler-Lea Act* de 21 de marzo de 1938 —que modificó la cláusula general prohibitiva de prácticas desleales contenida en el artículo 5 de la *Federal Trade Commission Act*, modificación favorable a la tutela de los consumidores— así como de la ulterior *Uniform deceptive trade practices Act*. México, igualmente, daba consagración legislativa a los postulados analizados en este epígrafe mediante la Ley Federal de Protección al Consumidor de 18 de diciembre de 1975.

Por contra, en Europa, la consagración del principio se produce casi simultáneamente y por vía legal a lo largo y ancho del continente en los años que preceden al inicio de la crisis económica de 1973. Así, los más importantes países van aprobando legislaciones que consagran y operan la tutela del consumidor, en conexión principalmente con el derecho de la competencia mercantil: considerando a Suiza como el más remoto precedente cuando a través de una ley federal de 30 de septiembre de 1943 admitió la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores a efectos de la defensa de sus intereses, debe afirmarse el caso de Alemania Federal como el del primer país del continente que regula la materia con cierta profundidad; las sucesivas modificaciones de la venerable y eficaz GUW de 1909 producidas respectivamente en 21 de julio de 1965 y 26 de junio de 1969 cumplen dicha función. Le sigue Suecia, quien a través de tres leyes dictadas en 1970, 1971 y 1972 otorga protección a los consumidores frente a prácticas abusivas, publicidad engañosa y contratos injustos aplicando dicha protección a través de la figura del *ombudsman* para los consumidores. Bélgica sanciona el 14 de julio de 1971 su Ley de Prácticas de Comercio. El Reino Unido dicta el 25 de julio de 1973 su célebre *Fair trading Act*, origen de sucesiva y abundante legislación tuitiva para consumi-

dores y débiles económicos en general. En el mismo año, seis meses más tarde, Francia promulga su no menos célebre Ley de Orientación del Comercio y del Artesanado —ley Royer, por el nombre de su impulsor— de 27 de diciembre de 1973.

En este contexto el Consejo de las Comunidades Europeas aprueba el 14 de abril de 1975 su “programa preliminar para una política de información y de protección de los consumidores” (J.O.C.E. n.º C 92 de 25 de abril de 1975); tal lanzamiento, que constituye el origen de una fructífera y polivalente actividad protectora en el marco de todos los Estados miembros, se fundamentó jurídicamente en ciertos principios en la materia, no manifestados muy implícitamente, contenidos en el preámbulo, así como en los artículos 39, 85.3 y 86 del Tratado de Roma (CEE).

Lo significativo del movimiento es que, habiendo partido del derecho de la competencia, gana campo rápidamente en los últimos años y penetra de modo irreversible en el derecho de contratos. Esta invasión del derecho privado de la economía por parte del consumidor es lo que hace afirmar a un tan autorizado observador como el británico Clive M. Schmitthoff que “the law regulating consumer protection has coalesced with traditional commercial law and has become an inseparable part of it”.

Manifestación de esta reciente pero intensa involucración de la tutela del consumidor en el régimen jurídico de los contratos privados es, en España, la ya mencionada Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984. Esta norma superior impone pautas de conductas a los empresarios cuando contratan con los consumidores definidos en el artículo 1.2 y 1.3 de la propia ley: pautas que abarcan una gama tan variada de los aspectos negociales de sus relaciones cuales las que van desde el mero relieve o forma lingüística a adoptar por las cláusulas contractuales hasta las que se refieren al contenido de la buena fe negocial que ha de presidir la propia relación para, finalmente, estatuir sobre legitimaciones procedimentales a la hora de recabar el auxilio judicial en orden a discernir discrepancias sobre cuestiones de interés de los consumidores —baste, para confirmar lo indicado ahora, proceder a la lectura de los artículos 10.1a, 10.1s, y 20.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios—.

Por su parte y en principio, el ahorrador es la antítesis del consumidor y así lo manifiestan los fundamentos elementales de la ciencia económica. Incluso resulta paradójico calificar como débil a un ahorrador, persona que por definición, posee recursos que exceden a sus propias necesidades para vivir y sobrevivir, excedencias cuya adecuada

inversión constituye una de sus actividades así como fuente de ingresos: la antítesis mencionada estriba en el hecho de que mientras uno gasta, otro invierte; la paradoja radica en considerar inferior a quien posee una fuente de poder tan notable como la riqueza monetaria. Y sin embargo, y a pesar de lo dicho, en el sistema económico imperante es no sólo lícito sino necesario hablar del pequeño ahorrador y de la necesidad de su defensa frente a quienes de modo desconsiderado o delictivo han convertido en anacrónica aquella piadosa y célebre frase de la Exposición de motivos de la Ley de sociedades anónimas de 17 de julio de 1951 según la cual

... es justo reconocer que, a causa del ambiente de honestidad en que generalmente se desenvuelve la vida de los negocios en España, esta insólita libertad de que gozaron hasta hoy los fundadores y las mayorías de accionistas no ha producido graves escándalos...

En la expresada fecha idéntico texto legislativo imponía como uno de los objetivos de sus preceptos "la conveniencia de proteger la ingente masa de ahorro que se canaliza hacia la inversión en forma de acciones de sociedad". Esta preocupación precoz del legislador español era ya entonces no sólo una aspiración sino una realidad legislativamente plasmada y administrativamente servida en otros países de Europa y de América. Además no sólo se trataba de proteger la inversión en acciones sino en otros muchos títulos representativos de derechos e incluso los depósitos efectuados por ahorradores en las más diversas instituciones financieras. Al igual que la defensa del consumidor, la defensa del ahorrador se asienta sólidamente y de modo simultáneo en el tiempo a lo ancho del continente y pasa a formar parte de las agendas de los respectivos poderes legislativos. Su fruto es la proliferación en los años de referencia de instituciones *ad hoc* vigilantes de las compañías anónimas, sus acciones, las bolsas de comercio, los intermediarios financieros, las compañías de seguros, etcétera, sin desde luego contar con las muy precozmente consolidadas instituciones de vigilancia bancaria. Instituciones predominantemente administrativas y dependientes de los poderes de los Estados, pero instituciones también de base corporativa y autoreguladora cuya acción se centra en el establecimiento de "códigos de conducta" y la vigilancia de su cumplimiento. En unos y otros casos, así como en los casos mixtos, la influencia era ejercida, respectivamente, por la célebre *Securities Exchange Commission* de los Estados Unidos rooseveltianos o por la tradición de la *City* londinense.

En España y a pesar de las declaraciones de 1951 someramente transcritas, la legislación avanza muy poco si no nada; basta aducir el caso de los fondos de inversión inmobiliaria —de tanto éxito económico pero también de no menos relieve escandaloso en algún caso— para probar lo afirmado: su aparición, ascenso y caída económicas han tenido lugar sin la más mínima regulación sustantiva; sus homónimos de inversión mobiliaria han encontrado esa mínima regulación durante muchos años en vergonzantes órdenes ministeriales. De idéntico ínfimo rango legislativo —y desde luego recientísimas— son las normas que por fin obligan a las sociedades que cotizan en bolsa a dar una información trimestral a sus accionistas y al público en general más amplia que la meramente establecida con periodicidad anual en los artículos 102 y siguientes de la ley de 1951 ya citada —véase la Orden Ministerial del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de julio de 1984 “sobre obligaciones de información financiera en las Bolsas de Comercio” (B.O.É. de 2 de agosto de 1984)—: se trata, sin duda, del remanso hispano de la gran inquietud económico-legislativa acerca de la *disclosure* y la transparencia de quienes captan el pequeño ahorro. Constituye ésta una de las diversas medidas recomendadas por el conjunto de expertos que redactaron en el año 1978 el denominado “Informe de la Comisión para el estudio del mercado de “valores”, un antecedente menos ambicioso y completo del recientemente hecho público en el Reino Unido y dirigido por L. C. B. Gower bajo el título “Review of Investor Protection”. Tanto aquél como éste son exponentes de la preocupación de los poderes ejecutivos de países diferentes acerca de la posición jurídica de los pequeños y débiles ahorradores así como de su protección por el derecho y la administración, si bien tal protección —y se trata de una alteración notable en el corto espacio de seis años— es más refleja que directa en el documento español mientras que en el británico constituye el objeto principal de la investigación y recomendaciones subsiguientes.

No queda, para finalizar el epígrafe, sino aludir a las nuevas normas sobre el derecho de daños o, más sencillamente, el nuevo tratamiento —jurídico— de quien en su persona o patrimonio sufre una lesión de origen extracontractual con ocasión de su intervención en el tráfico.

En la materia —y precisamente considerando la ordinaria posición de debilidad de los dañados— el derecho ha sufrido una trascendental mutación en lo que va de siglo sin que tal cambio —estrictamente conceptual— haya supuesto una alteración estructural grande del derecho económico-privado: sólo de modo indirecto o reflejo esta alteración tiene lugar. Así, cabe constatarse cómo al principio general civilístico

romano y decimonónico de la responsabilidad por culpa —el culpable de los daños debe proceder a su satisfacción en la persona del dañado— le ha venido sucediendo o le está paulatinamente sucediendo el principio de responsabilidad objetiva en cuya virtud y con independencia de la culpa, los sujetos que practican determinadas actividades, peligrosas en acto o potencia, son legalmente declarados responsables de los daños que causen en todo caso.

Esta imputación legal de responsabilidad objetiva se ha venido acompañando, de una parte, de un seguro obligatorio así como de un fondo de garantía públicamente controlado; de otra, de una limitación de responsabilidad.

Iniciada en España la evolución tan escuetamente descrita a comienzos de los años sesenta en lo concerniente a la responsabilidad derivada del uso y circulación de los vehículos de tracción mecánica, la norma contenida en el artículo 28 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984 puede constituir un punto de no retorno en dicha mutación conceptual. En efecto, el precepto, cuyo tenor literal no resulta excesivamente claro, puede ser entendido como una derogación expresa, si bien limitada, del clásico artículo 1902 del Código civil. Además, permite que por la vía reglamentaria se pueda ir ampliando los géneros de actividades para los que prevalecerá el principio de responsabilidad objetiva sobre el de responsabilidad por culpa: se trata de un precepto de gran trascendencia cuyo análisis, sin duda, merece especial atención, la cual no encuentra aquí su lugar idóneo. Baste, en orden a suscitar los temas apuntados, transcribir como final de este epígrafe los dos primeros párrafos del mencionado artículo 28 de la Ley de 1984:

Artículo 28. 1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

5. *Las nuevas operaciones y las modificaciones técnicas en la regulación*

Se significó en las primeras páginas de este trabajo que, a mi juicio, la última de entre las diversas características relevantes del contemporáneo derecho privado de la economía está constituida por la consagración de un sinfín de alteraciones en las operaciones económicas y su disciplina, alteraciones que implican, por lo general, perfeccionamiento, complejidad y sofisticación. Esto es, al igual que entre la economía dieciochesca y la contemporánea existen considerables diferencias siendo la actual mucho más complicada, global e interdependiente, las disciplinas jurídicas de una y otra ofrecen las mismas características diferenciadoras a la hora de la respectiva comparación.

Cuando se ha empleado el término alteración, su utilización lo ha sido en el más amplio sentido. Así, no sólo pretende aludirse con el mismo a las mutaciones habidas en las instituciones u operaciones existentes en un momento dado; también se pretende referenciar con tal término la aparición de nuevas operaciones desconocidas en el momento, por ejemplo, de la codificación comercial decimonónica. En realidad, las previsiones contenidas en la Exposición de motivos del Código español de comercio de 1885 se han revelado exactas; la alusión allí efectuada a las “combinaciones, hoy desconocidas, pero que pueden fácilmente sugerir el interés individual y el progreso humano, según atestigua elocuentemente la historia de los últimos cincuenta años” es absolutamente certera. Piénsese que el redactor de dicha Exposición de motivos, al reflexionar acerca de las novedades introducidas en el comercio y su disciplina “en los últimos cincuenta años”, se limitaba a comparar las realidades de dichas facetas de la actividad humana existentes en los dos años españoles de codificación mercantil —1829 y 1885—: estas novedades eran tan significativas para dicho redactor que constituían un “testimonio elocuente” de la fertilidad económica y jurídica de los humanos.

Ese mismo efecto, si bien notablemente acentuado por causa del más dilatado espacio de tiempo transcurrido y el mucho mayor progreso económico habido, es el que se comprueba comparando la situación del año 1885 —fecha de la segunda codificación hispana— con la actualmente existente, cien años largos más tarde: creo que ésta y no otra es la causa de la ruptura material —ya que no formal— y subsiguiente desaparición del molde codificador al cabo de un siglo de su existencia.

No se trata aquí, sin embargo, de una discusión acerca de la crisis codificadora. Tan sólo se persigue llamar la atención sobre la complicación del derecho privado de la economía —y la previa complicación de la economía—.

Esa complicación —ya se ha señalado— trae como primera causa la aparición de “nuevas combinaciones” desconocidas a fines del siglo pasado —cuanto menos en el ámbito cultural europeo—: con ellas se amplía la esfera del Derecho mercantil y aumentan las instituciones que lo integran. Por lo general aparecen por vía convencional o corporativa, pasan a condiciones generales y finalizan, no siempre, en su sometimiento siquiera parcial a una disciplina jurídica impuesta por los poderes públicos. La historia, en efecto, se ha repetido en muchas ocasiones durante los últimos cien años y, por mencionar un ejemplo notorio, basta citar el del arrendamiento financiero o *leasing*: de discutido origen pero difundido en los USA tras la segunda postguerra mundial, se extiende con notable fortuna por toda Europa en los años sesenta y aquí recibe abundantes regulaciones estatales, constituida para el caso español por el Decreto-Ley 15/1977 de 25 de febrero y Decreto 1669/1980 de 31 de julio de 1980.

La segunda causa de la complicación creciente de nuestra ciencia estriba en el hecho de que aquellas materias que vieron su disciplina nacionalizada e integrada en los códigos decimonónicos, o en sus precedentes, están sufriendo a lo largo del siglo una revisión de dicha su disciplina, más o menos profunda y no siempre del mismo origen. Este proceso de revisión de las disciplinas vigentes trata ordinariamente de hacer frente a la nueva complejidad económico-social y, por tanto, acarrea la sustitución de normas simples por normas complejas; también la sustitución de normas escasas por normas abundantes; por último, la sustitución de reglas de fácil inteligencia por disposiciones dotadas de gran complejidad. Y estos efectos, a veces, son defectos del legislador cuyo lenguaje se deteriora y cuya capacidad de abstracción desaparece. A veces, sin embargo, son obligado corolario de la compleja realidad que pretende regularse y que ya, en ese momento, ha quebrado el marco codificado en el que la primitiva y simple regulación logró encajarse.

Ejemplos de lo expuesto existen muy abundantes: unos remotos, otros próximos y algunos por venir. La disciplina de la suspensión de pagos quizá constituya la primera manifestación de lo indicado acontecida en el presente siglo: la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, con sus 24 largos y prolijos artículos, en efecto vino a dar complejidad a los artículos 870 a 873 del Código de comercio los cuales

ya habían sufrido una modificación sustancial casi en el cambio de siglo —Ley de 10 de junio de 1897—. Muy próximo a nuestros días es el proceso legislativo en cuya virtud la disciplina del contrato de seguro se ha unificado y revisado de modo notable a través de la Ley 50/1980 contrato de seguro de 8 de octubre de 1980. Actualmente en trámite procesos semejantes afectan, y es de esperar que culminen en leyes en un futuro próximo, a las sociedades anónimas así como al derecho concursal —con Anteproyectos de Leyes reguladoras, respectivamente, de 1980 y 1983—. Los ejemplos, ciertamente, podrían aumentar hasta dejar de serlo.

Así pues, la extensión a tamaño material del derecho privado de la economía crece en un devenir que tan solo *prima facie* es cuantitativo. Más precisamente estudiada dicha evolución aspectos cualitativos hacen su aparición. Las nuevas figuras que surgen así como las nuevas disposiciones que se establecen, en sustitución de las ya superadas o bien *ex novo*, suelen ser portadoras de los cambios conceptuales o dogmáticos. Su estudio, no obstante y por elementales exigencias de espacio queda postergado a ocasión al menos tan feliz como la que ha determinado el presente estudio de los cambios estructurales.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA

La literatura española reciente sobre el concepto del derecho mercantil y su relación con la realidad económica, así como sobre el derecho de la economía —sin mayor distinguo— es abundante. Pueden citarse, entre otros, los siguientes trabajos: Duque, J., "Constitución económica y derecho mercantil", en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 63 y ss.; Font Galán, J. i., "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, pp. 205 y ss.; Girón Tena, J., *Tendencias generales en el derecho mercantil actual*, Madrid, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1985; Rojo, A., "El derecho económico como categoría sistemática", *Rev. Gen. Leg. Jur.*, 1980, pp. 249 y ss.; Santos, V., "Derecho económico y derecho mercantil", *An. Derecho*, Murcia, 1978, pp. 37 y ss.; Vicent Chulia, F., "El derecho mercantil del neocapitalismo", *Revista de Derecho Mercantil*, 1976, pp. 7 y ss. La referencia que se efectúa a la traducción española de la obra de Say responde a la siguiente cita: Say, J. B., *Tratado de economía política o exposición sencilla de cómo se forman, se distribuyen y se consumen las riquezas*, trad. esp., antigua imprenta de Fuentenebro, Madrid, 1838. La moderna *lex mercatoria* es inicialmente tratada en España por Gondra Romero, J. M., "La moderna *lex mercatoria* y la unificación del derecho del comercio internacional", *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, pp. 7 y ss. Sobre la CNUDMI y sus tareas puede consultarse el trabajo de Olivencia, M.: "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): balance de un decenio (1968-1977)", en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, EDESA, 1981, pp. 753 y ss. Por su parte, las actividades de unificación del derecho privado pueden ser seguidas a través de la publicación de UNIDROIT, *Revue de Droit Uniforme-Uni-*

form Law Review que se edita en Roma. Los frutos de idéntica tarea desenvuelta por la CNUDMI-UNCITRAL se han publicado en fecha reciente de manera completa en el volumen CNUDMI, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Nueva York, Naciones Unidas, 1987. También puede consultarse la recopilación *Register of texts of conventions and other instruments concerning international trade law*, editada en dos volúmenes por las Naciones Unidas en Nueva York, 1973. La estructura y el derecho de la Comunidad Europea se hace accesible al público en lengua española a través de la recopilación *Tratados constitutivos de las comunidades europeas; tratados por los que se revisan dichos tratados; Acta Única Europea*, Oficina de las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1987: es la traducción oficial española de los textos, puede consultarse Louis, J. V., *El ordenamiento jurídico comunitario*, Oficina de las publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1980; también, González Sánchez, E., *Las comunidades europeas*, 3ª ed., Madrid, Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, 1987. La alusión a Heckscher, E. F., lo es a su obra capital, *La época mercantilista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983. Sobre la evolución jurisdiccional de la materia mercantil en mi país, *cfr.* Gacto Fernández, E., *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1971.

En materia de arbitraje mercantil internacional la lectura obligada está constituida por la obra fundamental de David, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, París, Económica, 1982. La cita específica que en el texto se efectúa de dicha obra puede encontrarse *ibid.*, pp. 15 y ss. Para el derecho español puede consultarse la monografía Cremades, B. M., *Panorámica española de arbitraje comercial internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1975, donde se formulan críticas al sistema vigente ampliamente compartidas. Los aspectos internacionales del arbitraje en España son lúcidamente expuestos en el trabajo de Remiro Brotons, A., *Ejecución de sentencias arbitrajes extranjeras. Los convenios internacionales y su aplicación en España*, Madrid, EDERSA, 1980.

También resulta de interés la publicación periódica, editada en Madrid, *Revista Española de Arbitraje*. Por su parte, el trabajo de Nader, R., con el que se asocia el inicio masivo del movimiento en defensa de los consumidores es el que lleva por título *Peligroso a cualquier velocidad. Los riesgos del diseño en el auto norteamericano*, trad. esp., Ed. Jorge Alvarez, Buenos Aires, 1967. Es de obligada lectura por otra parte, el librito de Schmitthoff, C. M., *Commercial Law in a Changing Economic Climate*, 2ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1981. Se alude en el texto a dos informes sobre los problemas de los mercados de valores cuyas conclusiones han sido parcialmente puestas legislativamente en práctica en los países a los que se refieren; se tratan de *Informe de la Comisión para el Estudio del Mercado de Valores*, Madrid, Ministerio de Economía, 1978; también, Gower, L. C. B., *Review of Investor Protection*, HMSO, London, 1984. Sobre el *leasing*, en cuanto que contrato de reciente aparición y tipificación, puede consultarse el actualizado trabajo de Rojo Ajuria, L., *"Leasing" mobiliario*, Madrid, Tecnos, 1987. Por último, el conjunto de las innovaciones producidas por el interés humano en la actividad comercial y sus consecuencias jurídicas fueron objeto de un brillante estudio por parte del lamentablemente desaparecido en los días en que esto se redacta profesor de Bolonia, Santini, G., *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979.