

DERECHO MERCANTIL

EL DERECHO MERCANTIL DEL SIGLO XX: BALANCE GENERAL DE UN SIGLO QUE SE AGOTA

Carmen ALONSO LEDESMA*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Panorama del derecho mercantil a comienzos del presente siglo.* III. *Las líneas evolutivas generales del derecho mercantil durante el siglo XX.* IV. *La proyección normativa de los cambios experimentados por el derecho mercantil en los principales sectores que lo integran.* V. *A modo de conclusión.*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de comenzar a cuadrar las cuentas de los distintos institutos jurídicos-mercantiles para hallar el saldo e incorporarlo a las rúbricas de este balance general de lo que ha sido el derecho mercantil durante el siglo XX, parece oportuno, siquiera sea brevemente, hacer unas consideraciones previas para señalar, primero, cuál es el alcance de las reflexiones que a continuación se expresan y, para indicar, después, cuál es el método y el plan que va a seguirse en la exposición.

Con estas sintéticas reflexiones acerca “de lo que ha ocurrido” en el derecho mercantil mundial a lo largo de esta centuria que está a punto de expirar no se pretende, desde luego, ni pasar revista de modo exhaustivo a los cambios habidos durante estos casi cien años en el derecho mercantil de todos y cada uno de los ordenamientos estatales (lo que, por otra parte, resultaría no sólo desproporcionado, sino escasamente relevante, salvo a efectos puramente estadísticos) ni tampoco hacer una valoración intrínseca y completa de los cambios habidos en los institutos jurí-

* Catedrática de derecho mercantil de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha.

dico-mercantiles singulares que integran algunos de los ordenamientos más representativos. La tarea que aquí se va a abordar es mucho más modesta pero, al mismo tiempo, creo que más útil a la hora de ofrecer un panorama de conjunto de las transformaciones operadas en el seno del derecho mercantil durante el siglo que está a punto de finalizar.

Lo que se pretende, ante todo, es echar la vista atrás y examinar desde la atalaya privilegiada que ofrece un final de siglo que, a su vez, lo es de milenio, cuál ha sido la senda por la que ha discurrido el derecho mercantil a lo largo de los ya muchos años que nos separan del siglo anterior. En las páginas que siguen, por tanto, lo que se intenta es poner de manifiesto, fundamentalmente, cuáles han sido las grandes líneas evolutivas que han marcado la trayectoria seguida por el derecho mercantil en el siglo actual, así como las tendencias generales que en el presente se aprecian en este sector del ordenamiento jurídico y que, presumiblemente, condicionarán su evolución futura.

Este modo de proceder no es puramente casual sino, al contrario, consecuencia obligada de la esencial historicidad del derecho mercantil y de su especial vinculación con el acontecer socioeconómico que, al tiempo que le imprime su especial fisonomía, le somete a grandes y profundos cambios, al compás de los que se producen en la realidad que este derecho tiene que ordenar.

Es, en efecto, esa estrecha relación que el derecho mercantil mantiene con la realidad económica la que le hace más permeable que el resto de las ramas jurídicas al transcurso del tiempo. Fundamentalmente, porque, aunque todo el ordenamiento jurídico-positivo está condicionado por la historia y es cambiante,¹ en el derecho mercantil tal historicidad se presenta de forma más acentuada que en otras ramas del ordenamiento en cuanto que aquél proyecta sus normas sobre una parcela de la realidad que es móvil por excelencia: el de las relaciones económicas, las cuales, como se sabe, están sometidas a cambios y mutaciones más rápidas y frecuentes que las que se producen en otros ámbitos sociales. No es de extrañar, por ello, que esta rama jurídica sea, quizá, la que “más evoluciones haya sufrido en los tres primeros tercios del siglo XX” y que “sus repetidas crisis hayan sido crisis de crecimiento, de fractura de los moldes

¹ Henkel, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1968, pp. 68 y ss.

en los que los legisladores decimonónicos pretendieron encerrar el derecho mercantil”.²

Es, pues, la esencial movilidad del sector económico-social que es objeto de regulación por el derecho mercantil la que obliga a prestar una especial atención a las significativas transformaciones que a lo largo del siglo en curso han ido produciéndose en esa realidad, puesto que, en definitiva, son ellas las que han condicionado los cambios operados en las instituciones jurídico-mercantiles y, en consecuencia, han impulsado la evolución de nuestra disciplina en un determinado sentido, contribuyendo de forma decisiva a dotar de una nueva fisonomía al derecho mercantil actual respecto al existente a comienzos de este siglo.

Pues bien, para intentar constatar los cambios y mutaciones experimentados por nuestra disciplina en la presente centuria, vamos a proceder teniendo en cuenta dos planos distintos. En el primero, de carácter general, se realizará un examen de conjunto de cuáles han sido las causas que han generado el proceso evolutivo experimentado por nuestra disciplina. En el segundo, más concreto (aunque necesariamente también general, dada la índole de este trabajo), se expondrá la proyección normativa de esos cambios en los distintos sectores del ordenamiento mercantil tomando como base, para constatar las transformaciones operadas en los singulares institutos jurídico-mercantiles que lo integran, fundamentalmente lo acontecido en los ordenamientos europeos y americanos y en el marco internacional.

II. PANORAMA DEL DERECHO MERCANTIL A COMIENZOS DEL PRESENTE SIGLO

1. *Las consecuencias derivadas de la codificación en los países de Civil Law*

El siglo XX inicia su andadura con un derecho mercantil que en los países de *Civil Law* se encuentra encorsetado en unos Códigos llamados de Comercio,³ y cuyo contenido, fundamentalmente, se asienta sobre el

2 Garrigues, J., “El derecho mercantil en el siglo XX”, *Temas de derecho vivo*, Madrid, 1978, p. 321.

3 No hace falta insistir en la transcendencia que tuvo la obra codificadora para los ordenamientos europeos e iberoamericanos. Baste con señalar que fuera por la influencia decisiva ejercida por la ideología que subyace a la obra codificadora o fuera por el atractivo indudable de la nueva técnica legislativa empleada, lo cierto es que siguiendo la pauta marcada por el Código francés de 1807, el

viejo comercio del pasado. Los Códigos “son” de comercio y se dirigen fundamentalmente a reglamentar esa realidad social cuando el comercio no era ya en esos momentos la única actividad económica y ni siquiera la más importante. Aun los denominados Códigos “de la segunda generación”,⁴ que son los vigentes en la generalidad de los países a comienzos de siglo, siguen la pauta marcada por sus predecesores e ignoran la transición que está operándose desde el “capitalismo comercial” al “capitalismo industrial y financiero” y, con ello, las necesidades surgidas como consecuencia de la nueva realidad económica presente ya desde mediados del siglo XIX. Del comerciante que realiza una actividad mediadora entre productores y consumidores, se pasa al industrial que organiza los factores de la producción en el marco de lo que habría de ser llamado “sistema de economía de libre mercado”,⁵ circunstancia que pasa totalmente desapercibida para los legisladores decimonónicos que siguen focalizando su atención en la actividad comercial pero, sobre todo, en unos actos de comercio de imposible delimitación, al estar desconectados de la persona del comerciante, lo que originará una importante fractura entre el derecho codificado y los nuevos hechos económicos.

resto de las naciones de *Civil Law* se aprestaron a redactar un Código de Comercio que regulara la materia mercantil de acuerdo con las directrices emanadas del Código napoleónico. De esta suerte, se promulgan una serie de Códigos en los que se pone de manifiesto, aunque con diverso grado, el influjo de aquél. Se trata de los denominados Códigos de la primera generación, entre los que pueden mencionarse, sin ánimo de exhaustividad, el español de 1829, el portugués de 1833, el holandés de 1838, el alemán (ADHGB) de 1861, o el italiano de 1865, que, a su vez, proyectan su influjo sobre sus respectivas áreas de influencia. Tal es el caso del Código español de 1829 que inspiró la redacción de la ley colombiana de 1 de junio de 1853, así como el Código venezolano de 1862 y los mexicanos de 1854 y 1884; o el del Código brasileño de 1850, inspirado en el portugués de 1833.

4 Forman parte de esta segunda generación, entre otros, los Códigos italiano de 1882, el español de 1885, el portugués de 1889 y el mexicano del mismo año, junto con el alemán de 1897, aunque este último se aparta sustancialmente de la tónica seguida por sus coetáneos, y vuelve a restablecer la correspondencia entre materia mercantil y normativa reguladora rota con la doctrina del acto objetivo de comercio.

5 Aunque es cierto que buena parte de los elementos configuradores de este sistema económico existían con anterioridad (propiedad privada, espíritu de beneficio y lucro, competencia e, incluso, cierta tecnología industrial en el último tercio del siglo XVIII, especialmente), lo nuevo en la época codificadora es la conjunción de todos ellos en el marco de un mercado que, según los teóricos de la economía clásicos, debería desenvolverse libremente sin ningún tipo de interferencias del Estado. Un mercado libre que de manera espontánea, a semejanza de las leyes de la naturaleza, regulara los precios, los movimientos de capitales y la existencia o adaptaciones de las propias organizaciones empresariales, desempeñando el Estado una mera función de “Estado policía” garante de la libertad formal, conforme a los planteamientos del liberalismo económico.

En efecto, los Códigos, nacidos con una pretensión de permanencia y de validez universal,⁶ no alcanzan a captar el significado de los cambios que están produciéndose y hunden sus raíces en el sistema económico típico de la sociedad que desaparecía. Esto explica que nazcan con un desfase respecto a la realidad existente ya en el momento de su promulgación y que ese desfase se acentúe a medida que transcurren los años. Los Códigos de Comercio, por la época de transición en que se redactan y por la inexistencia de ciencias auxiliares básicas como la economía para analizar estructuralmente las transformaciones producidas en la vida económica, ignoran que la regulación jurídica especial demandada por la realidad socioeconómica existente en esos momentos no era ya solamente la actividad comercial propia de la etapa anterior, sino también una actividad industrial y financiera naciente a la que están extendiéndose las estructuras y formas organizativas creadas por y para aquella actividad comercial, lo que, inevitablemente, dará lugar a un profundo desfase entre la especialidad mercantil y la *ratio* material de su existencia.⁷

2. *La situación en los países de Common Law: la tensión entre la tradición y el cambio*

Como es sobradamente conocido, la incardinación del derecho mercantil en el seno del *Common Law*, que tiene lugar en Inglaterra a mediados del siglo XVIII, supuso la eliminación de la especial jurisdicción mercantil y con ella el carácter de “privilegio” de la clase social de los comerciantes que todavía revestían las instituciones mercantiles; así, perdía el derecho mercantil su autonomía como rama especial del ordenamiento. A pesar de ello, la identidad de las necesidades a las que sirven

6 Como es sabido, frente a la mera pretensión de agrupación de las dispersas fuentes normativas que latía en las Recopilaciones y Ordenanzas que precedieron a la obra codificadora, los Códigos aspiran a reflejar jurídicamente el nuevo orden social emanado de la ideología que triunfa en la Revolución francesa. Representan una técnica legislativa distinta y específica construida de conformidad con aquel ideario. De una parte, el igualitarismo formal, propio de la ideología liberal e individualista, favorece la generalización y abstracción normativa que caracterizan la regulación contenida en los Códigos; de otra, el racionalismo impone la sistematización global de sus normas elaboradas sobre un sistema conceptual lógicamente trabado que encuentra su base en la corriente metodológica de la jurisprudencia de conceptos y, finalmente, el iusnaturalismo explica el carácter de totalidad y atemporalidad con el que nacen, en cuanto presuponen un orden natural a cuyo libre desenvolvimiento debe contribuir el derecho. *Vid.*, ampliamente, Girón Tena, J., *Tendencia actuales y reforma del derecho mercantil*, Madrid, 1986, pp. 21 y ss.; Gondra Romero, J. M., *Derecho mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992, p. 27.

7 Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 6, p. 37.

los institutos jurídico-mercantiles en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica y en los de tradición anglosajona, así como las características semejantes que mantienen las instituciones mercantiles de ambos, dado el origen común de las mismas, hace que podamos hablar si no con total propiedad del derecho mercantil anglosajón, sí de instituciones jurídico-mercantiles.

Y éstas, al igual que el resto del derecho inglés del que forman parte, se debaten a comienzos del siglo XX entre la tradición y el modernismo, porque, si bien en el derecho inglés no tuvo lugar un proceso de codificación semejante al realizado en los ordenamientos de *Civil Law*, sí se lleva a cabo desde mediados del siglo XIX una importante obra de modificación y reforma, en el doble plano material y procesal, dirigida a eliminar los arcaísmos existentes y a procurar una sistematización normativa para situar el derecho inglés en sintonía con la nueva época pero intentando mantener, al propio tiempo, su carácter tradicional.⁸

Este hecho hace que el sistema inglés, aun cuando por la ductilidad que lo caracteriza tenga una mayor facilidad que los continentales para adaptarse a las situaciones nuevas creadas por los cambios experimentados por las transformaciones económicas y técnicas en que se desarrolla el tráfico mercantil del siglo XIX y comienzos del siglo XX, no permanezca tampoco ajeno a los problemas derivados del mantenimiento de un sistema tributario de su formación casuística. Y, por ello, a pesar de su carácter esencialmente empírico y flexible frente a la rigidez de los sistemas codificados sujetos a estrictas categorías dogmáticas, a lo largo del siglo XX, sigue ese movimiento de reforma con una aproximación cada vez más grande a los derechos continentales. Y algo semejante puede predicarse del derecho de Estados Unidos, así como de todos los países del área de influencia del derecho inglés. Salvando las indudables diferencias que existen entre ambos ordenamientos, puede afirmarse, no obstante, que, dado el ascendiente del derecho inglés sobre el norteamericano

8 La depuración y subsanación de distintos sectores del *Common Law* se lleva a cabo a través de dos vías fundamentalmente. De una parte, mediante las llamadas *Consolidation Acts*, las cuales no pretenden crear un derecho nuevo sino, simplemente, depurar y dotar de seguridad y certeza al existente, motivo por el cual para su exégesis resulta posible recurrir al derecho más antiguo. De otra, a través de las *Codification Acts*, las cuales, a diferencia de las anteriores, pretenden prescindir del derecho antiguo, incluso del propio *Case Law*, y para ello se procede a reunir en su seno de forma completa, y en forma de leyes, enteros sectores jurídicos, parte de los cuales, incluso, son renovados totalmente. Vid. Molitor-Schlosser, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. de Martínez Sarrión, Barcelona, 1980.

no, los procesos evolutivos de ambos han corrido paralelos desde el momento de la independencia de Estados Unidos hasta entrado el siglo XX.

III. LAS LÍNEAS EVOLUTIVAS GENERALES DEL DERECHO MERCANTIL DURANTE EL SIGLO XX

1. *Los cambios operados en la materia regulada. El movimiento descodificador*

La insuficiente regulación que de los institutos mercantiles se hiciera en los Códigos, el escaso contenido tipificador de estos y el desfase que mantienen con la realidad socioeconómica sobre la cual proyecta sus normas el derecho mercantil origina una huida de la materia mercantil de los Códigos hacia leyes especiales, dando lugar al fenómeno conocido como “descodificación”, el cual, aunque se presenta con mayor intensidad a partir de la segunda mitad del siglo en curso, es claramente perceptible desde el inicio del mismo e, incluso, tiene ya manifestaciones en el siglo pasado.⁹

Este fenómeno de la descodificación que se manifiesta en la cada vez más creciente proliferación de una legislación mercantil especial, que unas veces completa la materia regulada en los Códigos, y otras sustituye a la regulación codificada, constituye una constante en todo el ámbito de los países que se sumaron al proceso codificador. En estos, en efecto, aunque en mayor o menor medida, según el grado de desarrollo económico alcanzado, el movimiento descodificador es perceptible en el doble plano señalado. De una parte, en el hecho de que, al margen de los Códigos de Comercio, va elaborándose una copiosa legislación especial de inequívoco carácter mercantil (sea de forma total o parcial) que trata de dar respuesta a las exigencias de la actividad económica organizada en forma de empresa que, originada históricamente en el sector del comercio, se extiende ahora al resto de las actividades económicas en un imparable proceso de especialización que corre parejo con la conformación de los mercados nacionales e internacional.¹⁰

9 Basta con recordar, en materia de sociedades anónimas, las leyes europeas del XIX: ley francesa de 24-VII-1867; la *Aktiennovelle* alemana de 11-VI-1871. En materia cambiaria, ya en 1848 se promulga en Alemania la Ley Cambiaria y, en 1879, la primera ordenanza de concursos, la *Konkursordnung*, concordada en 17-V-1898.

10 Gondra Romero, J. M., *op. cit.*, nota 6, p. 65.

Éste es el caso de la normativa en materia de propiedad industrial, de competencia, de las instituciones del mercado de valores, de las nuevas figuras societarias generales o especiales, o de las nuevas figuras contractuales que, de conformidad con el proceso de especialización de las actividades económicas, van emergiendo en sectores como los de financiación, distribución y ejecución de obras y servicios.¹¹

De otra parte, la necesidad de poner en consonancia el contenido de los Códigos de Comercio con los requerimientos de la evolución socioeconómica hace que la modernización y reforma de gran parte de las materias reguladas en dichos cuerpos legales se haga al margen de los mismos que, en buena medida, aparecen como cascarones vacíos, al haber emigrado de su seno hacia leyes especiales algunas de las instituciones más representativas del derecho mercantil (sociedades de capital, derecho cambiario, derecho concursal, derecho de seguros, etcétera).¹²

Este fenómeno de disgregación, que ha ido acentuándose con el transcurso del tiempo y que en el momento actual parece irreversible, suscita en esta etapa final de siglo un problema no desdeñable: el de dilucidar si esta renovación y expansión de la materia mercantil por la vía de las leyes especiales constituye una mera fragmentación formal, reflejo de la inadecuación de la técnica codificadora para regular una materia tan esencialmente móvil como la mercantil o si, por el contrario, estamos ante una fragmentación sustancial de lo que hasta ahora hemos conocido como derecho mercantil, al perder el Código de Comercio su carácter de referente básico y de garante de la unidad del sistema.¹³ Como ha sido señalado,¹⁴ es posible que nos encontremos ante un proceso en el que se produzca la “superación de la ‘unidad del sistema’, por ‘un sistema de unidades’ ” con el desarrollo de otros tantos sectores básicos de aquel derecho, ahora con el impacto público y social del nuevo ordenamiento, y no ya como unos simples “derechos informativos”. De ser así, es decir, de consolidarse esta tendencia en el futuro, se produciría una aproximación mayor entre los derechos de tradición romano-germánica y los anglosajones, ya

11 Esteban Velasco, G., “Derecho mercantil”, en Prieto Sanchís, L. (coord.), *Introducción al derecho*, Cuenca, 1996, p. 135.

12 *Vid.*, por todos, Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 6, pp. 125 y ss.

13 Esteban Velasco, G., *op. cit.*, nota 11, p. 135.

14 Menéndez Menéndez, A., “Derecho mercantil”, *Enciclopedia jurídica Civitas*, Madrid, 1995, t. II, p. 2,335.

que en estos lo que existe, como resulta sobradamente conocido, es algo semejante a ese “sistema de unidades” al que se ha aludido.

2. Los cambios operados en los presupuestos político-ideológicos que subyacen a la obra codificadora. La intervención estatal en materia económica

Como anteriormente indicáramos, el modelo económico social que subyace a la codificación del derecho privado en el siglo XIX es el propio del Estado liberal, caracterizado por preconizar una economía libre en manos de los particulares, sin injerencias (o con mínimas injerencias) de los poderes públicos. La libertad de comercio e industria y el reconocimiento de la propiedad privada constituían los presupuestos jurídico-constitucionales de un modelo económico que consistía, justamente, y el que resultaba del juego de las reglas del mercado, cuyo cumplimiento aseguraba el Estado con su neutralidad.

La evolución real del mercado en relación con su formulación teórica o la irrealidad de algunos de los presupuestos en los que se apoyaba aquel modelo fueron los encargados de demostrar las carencias del sistema. En efecto, la producción a gran escala y la creciente concentración de poder económico en manos de unos pocos operadores con alteración de la competencia en el mercado fueron, entre otros, los factores que alertaron sobre la insuficiencia de aquél como instrumento de planificación descentralizada y espontánea de la economía. Todo ello, unido a las crisis económicas, a la presión de los intereses sociales y a las nuevas concepciones políticas y económicas emergentes, imprimen un nuevo sesgo a la actitud del Estado que, rectificando su posición inhibicionista ante la economía, propia del liberalismo económico del siglo XIX, pasa a ocuparse de manera decidida de la ordenación de la vida económica.

Esta rectificación, que inicialmente resulta justificada por razones coyunturales de carácter bélico vinculadas a la primera Guerra Mundial, tiende a perpetuarse tras la gran depresión del año 1929. Pero esta nueva actitud de injerencia del Estado en la economía no supondrá, sin embargo, la supresión del sistema de economía de mercado (dejando a salvo los supuestos de economía centralizada), sino más bien un cambio cualitativo en tal actitud, ya que la intervención estatal (que aún de manera asistemática u ocasional también se diera en el Estado liberal) se hará de

manera más reflexiva y sistemática en aras precisamente de la promoción del bienestar social.¹⁵

De este modo, las Constituciones del presente siglo no se limitarán a garantizar las libertades económicas de los sujetos privados (que era lo característico del modelo liberal), sino que regularán la economía en su conjunto. Como ha sido señalado,¹⁶ las Constituciones del presente (frente a las del siglo pasado) ampliarán considerablemente su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en ese sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos a los que, junto a los primeros, se les otorga un decisivo protagonismo en materia económica.

Se abre así un periodo en el que, al mismo tiempo que se corrigen las insuficiencias del mercado, el Estado asume de forma prevalente la tarea de hacer funcionar el sistema sobre bases competitivas adecuadas a los nuevos datos de la realidad, lo que se expresa en la legislación antimonopolista orientada al control del poder económico del mercado y a promover la competencia en el mismo¹⁷ y en una copiosa legislación de intervención. Se atribuye, en definitiva, al Estado la función de control y de orientación de la economía en su conjunto.¹⁸

Fiel reflejo de esta nueva actitud del Estado ante la economía ha sido en los países occidentales no sólo el llamado dirigismo económico a través de la planificación indicativa consistente, fundamentalmente, como se sabe, en el fomento de determinadas actividades o de formas especiales de realizar esa actividad, mediante subvenciones, préstamos en condiciones especialmente favorables, exenciones fiscales o, en general, otorgando un tratamiento fiscal más beneficioso para desarrollar concretos sectores económicos o para promocionar ciertas áreas territoriales, sino también,

15 Resulta hoy una afirmación pacíficamente compartida por la doctrina que el Estado nunca dejó totalmente de controlar la vida económica, ni aun en los momentos de máximo apogeo del liberalismo e individualismo económicos. La diferencia radica únicamente en la intensidad y la amplitud de esa presencia del Estado en la vida económica. Al respecto, *vid.*, por todos, Aragón Reyes, M., *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, 1995, pp. 2 y ss., y Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 6, pp. 106 y ss.

16 Aragón Reyes, M., *op. cit.*, nota 15, pp. 2 y ss.

17 Como señala Gondra Romero, J. M., *op. cit.*, nota 6, p. 80, la constatación de que la competencia es un valor "amenazado" por la propia dinámica del mercado y, por tanto, que tiene que ser protegido y apoyado, convertirá la política de la competencia en una de las misiones principales que cumplir por el Estado moderno en el campo económico.

18 Sánchez Calero, F., "Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del derecho mercantil al finalizar el siglo XX", *Perspectivas actuales del derecho mercantil*, Pamplona, 1995, pp. 26-27.

lo que es más importante, a través de la intervención directa del Estado al reconocérsele iniciativa económica propia, participando en el mercado en pie de igualdad con los operadores económicos privados, sin perjuicio, además, de reconocérsele la facultad de control de la iniciativa económica de los particulares.¹⁹

No hace falta insistir en estas cuestiones por tratarse de fenómenos sobradamente conocidos, los cuales únicamente se traen aquí para poner de relieve la incidencia que los mismos hayan podido tener sobre el derecho mercantil. Desde la perspectiva de éste, en efecto, la situación anteriormente descrita tendrá un doble orden de consecuencias. De una parte, afectará sensiblemente a la orientación y al propio sentido atribuido tradicionalmente a la normativa mercantil. De otra, a la propia existencia del derecho mercantil como rama autónoma del ordenamiento ante la emergencia de una nueva disciplina, el derecho de la economía, que, abarcando toda norma de contenido económico, si llegara a consolidarse, subsumiría en su seno al derecho mercantil tradicional que siempre ha sido un derecho privado de la economía.

3. *Las consecuencias derivadas de los cambios*

A. El proceso de transformación del derecho. La llamada “desprivatización” del derecho privado

La nueva interrelación entre el orden económico y el jurídico, que tiene lugar como consecuencia de los fenómenos anteriormente descritos, se hace patente en la reorientación que se produce en algunos institutos jurídicos fundamentales con trascendencia tanto para el sistema tradicional de división de ramas jurídicas del ordenamiento, como para la posición que en dicho sistema ocupa el derecho mercantil.²⁰

19 La intervención del Estado en busca de nuevos equilibrios entre libertad y control reviste las más variadas manifestaciones (desde el reconocimiento de la iniciativa pública-económica a la intervención de empresas, nacionalización, planificación económica, etcétera, como se indica en el texto) que, en la medida en que constituyen una síntesis de principios contrapuestos correspondientes a diferentes modelos económicos, no dejará de originar una cierta tensión entre el actuar conforme a las exigencias de organización del proceso económico según los principios del mercado en clave neoliberal capitalista, y hacer posible la pretensión de control y de participación directa en el acontecer económico o, en última instancia, la consideración, simplemente, de otros intereses que hasta entonces habían estado marginados en el proceso económico.

20 Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 6, p. 119.

Es fácil comprender, en efecto, que la inserción en los textos constitucionales modernos de unos principios distintos a los del Estado liberal plasmados en los Códigos tenga una inmediata repercusión sobre el derecho privado recogido en los mismos, originando la necesidad de proceder a una adecuación de su normativa con los nuevos principios constitucional-económicos, como también lo es que sea la materia jurídico-mercantil la que se vea más directamente afectada por las nuevas concepciones de la economía social de mercado (aún entendida en su acepción más restrictiva de intervención pública para la corrección de las disfuncionalidades de la autorregulación del mercado), y que ello afecte a la evolución de los principios que rigen el derecho mercantil.²¹

Manifestaciones de este nuevo marco de relaciones que se establece entre Estado, sociedad y economía son, de una parte, la proliferación de normas de contenido económico cuya sistematización conforme a las categorías tradicionales no siempre resulta fácil. De otra, la alteración, en cierta medida, de los límites entre lo jurídico-público y lo jurídico-privado en materia patrimonial, pues mientras en el seno de lo “privado” se incrementan las normas de carácter imperativo en sectores tradicionalmente dispositivos en los que jugaba, esencialmente, el principio de autonomía de la voluntad, en lo “público” se recurrirá, cada vez más, a la utilización de instituciones privadas para facilitar el ejercicio de actividades económicas por los entes públicos. Todo ello provoca, en definitiva, una creciente atenuación de la distinción tradicional entre derecho público y derecho privado en la medida en que éste asume en sus instituciones intereses plurales y generales con una función conformadora del orden social y, el derecho público, a su vez, ya no es concebible sino con arreglo al principio básico de respeto a los intereses individuales lícitos.²²

El alcance de los cambios operados en el seno del derecho privado y, más en particular, en el del derecho mercantil se hace patente si se repara en cuál es la situación de institutos básicos como el contrato, la propiedad o la responsabilidad por culpa. Hoy en día, en efecto, difícilmente puede explicarse la regulación del proceso de circulación de los bienes conforme al principio de la autonomía contractual cuando normas imperativas

21 Menéndez Menéndez, A., *op. cit.*, nota 14, p. 2,334.

22 *Vid.* Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, y Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 6, pp. 63 y ss.

e intervenciones administrativas están progresivamente sustituyendo e interfiriendo regulaciones (hasta ahora emanadas de los poderes económico-privados), con el intento de reestablecer la igualdad entre las partes o limitar el poder de hecho de la parte fuerte.²³

Esto no significa, sin embargo, que haya desaparecido el principio de autonomía de la voluntad del campo de los contratos. Al contrario, tal principio sigue considerándose como un principio esencial en la mayoría de los ordenamientos; la diferencia estriba en que ahora se contempla desde perspectivas diversas a las del liberalismo radical que inspiró la redacción de los códigos. En efecto, con ese principio se pretende en la actualidad tutelar un interés general y no sólo intereses particulares, admitiendo que esa autonomía tiene límites intrínsecos para proteger al contratante débil (cuando los contratantes no se encuentran en situación de igualdad) y para realizar el equilibrio de las prestaciones.²⁴

De igual forma, la idea de propiedad, como situación típica y unitaria de poder, tiende a ser sustituida por una consideración diversificada de la misma (según los distintos objetos) y con un contenido modulable por el legislador, en razón de su función social: la penetración de otros intereses o de las exigencias generales de la sociedad en el ejercicio de los derechos subjetivos provoca una nueva delimitación del contenido del derecho de propiedad y, por tanto, de las formas de utilización de los bienes, en especial cuando están gravados por un destino económico social.

De otra parte, la constatación de que el sistema de producción masiva genera, inevitablemente, el riesgo de producir daños, presiona en el sentido de desplazar el principio tradicional de la responsabilidad por culpa sustituyéndolo por el de responsabilidad objetiva, para prestar una adecuada protección a los intereses afectados. Y algo parecido sucede en el campo del derecho concursal, en donde los cambios reseñados han marcado una tendencia a postergar los intereses individuales del deudor y de sus acreedores en pro de la reorganización de la empresa para evitar su liquidación.

En resumen, se asiste a un proceso de transformación del derecho privado que gráficamente ha sido calificado de “desprivatización del dere-

23 Roppo, *Il contratto*, Boloña, 1977, pp. 263 y ss.

24 Galgano, F., *Historia del derecho mercantil*, Barcelona, 1981, y Sánchez Calero, F., “El Código de Comercio y los contratos mercantiles”, *Centenario del Código de Comercio*, Madrid, 1986, vol. I o., pp. 228 y ss.

cho privado”²⁵ en tanto en cuanto el derecho privado se instrumentaliza en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía²⁶ o, como señala Krüger, el derecho privado ha dejado de ser un mero sistema marco o abstracto como lo fuera en el siglo XIX, supe- rando, igualmente, la fase neoliberal en la que su objetivo era combatir los abusos de poder económico, pasando a asumir funciones reguladoras y redistributivas. El Estado interviene ya no sólo a través del derecho público económico, sino también a través del derecho privado para conseguir los objetivos del Estado social.

Puede decirse, pues, que desde el periodo de entreguerra hasta las últimas décadas existe una clara tendencia en los países occidentales “a la producción de un derecho de protección material a favor de intereses distintos de los de los empresarios en los diferentes ámbitos de la regulación propia del derecho mercantil (contabilidad, competencia, propiedad industrial, instituciones concursales y paraconcursoales, sociedades, contratación...)”²⁷ y, especialmente, como antes indicamos, en materia de derecho de contratos, para tutelar los intereses de las personas que en las relaciones con empresarios intervienen como consumidores finales de bienes o servicios, lo que imprime una nueva fisonomía a la normativa tradicional.

B. El fenómeno de “comercialización” del derecho privado

En estrecha conexión con la transformación de los presupuestos ideológicos que subyacen al derecho codificado y con los cambios que experimenta la ordenación constitucional de la economía, se produce también una acusada tendencia expansiva de la propia materia mercantil a sectores que tradicionalmente habían permanecido al margen de lo que ha venido constituyendo el campo material de aplicación del derecho mercantil, en un fenómeno que ha sido calificado de “mercantilización de la vida económica moderna”,²⁸ o de comercialización del derecho privado y, paradójicamente, de “desmercantilización del derecho mercantil”.²⁹

25 Girón Tena, J., *op. cit.*, nota 6, p. 118.

26 Menéndez Menéndez, A., *op. cit.*, nota 14, p. 2,334.

27 Esteban Velasco, G., *op. cit.*, nota 11, p. 135.

28 Gondra Romero, J. M., *op. cit.*, nota 6, p. 56.

29 Menéndez Menéndez, A., “El derecho mercantil en el siglo XXI”, *La Ley*, núm. 2,646, 26 de diciembre de 1990, p. 2.

Con estas denominaciones se alude al proceso de expansión continuada de las formas organizativas y de las instituciones creadas por o para la empresa mercantil hacia sectores ajenos a la estructura mercantil tradicional, hasta el punto de que en la actualidad puede afirmarse que “el tráfico económico organizado bajo forma de empresa, que constituye el campo material de aplicación del derecho mercantil, se ha convertido por su misma amplitud en el ámbito común o general de la actividad económico-social”.³⁰

A este respecto, basta con señalar la creciente proximidad de las formas de organización mercantil de la actividad agrícola y ganadera que tradicionalmente habían constituido, junto con el inmobiliario, uno de los reductos del derecho civil, así como el recurso a las formas de titularidad de la empresa mercantil para las más variadas actividades: profesiones liberales, deportivas o, incluso, artísticas, o la “mercantilización” progresiva de las cooperativas con la consiguiente adecuación de su disciplina a la normativa propia del estatuto del empresario cuando, paradójicamente, con el movimiento cooperativista se perseguía la supresión de la función intermediadora del empresario.

Y si de las formas de organización empresarial pasamos a los principios (libertad de formas, facilidad de la prueba, brevedad en los plazos, etcétera) o a las instituciones propias del derecho mercantil o causalmente vinculadas a éste, comprobamos, igualmente, su extensión más allá del tráfico entre empresarios. Basta con recordar la utilización masiva de institutos tales como la letra de cambio, el cheque, los seguros, o los institutos de la propiedad industrial, o cómo quedan sometidos a las reglas de la competencia todos los operadores del mercado cualquiera que sea su condición, para percatarse de la existencia del fenómeno, aunque, bien es verdad, que el mismo no se da con idéntica amplitud en todos los países.

Sea como fuere, al generalizarse como instituciones comunes algunas de las surgidas para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil, inevitablemente se produce una incidencia sobre la “especialidad” del derecho mercantil respecto al civil, perdiendo sentido la tradicional dicotomía de régimen existente en el derecho patrimonial privado.

Como consecuencia de ello, surge una importante tendencia hacia la unificación del derecho privado, fomentada especialmente por esa pro-

³⁰ Gondra Romero, J. M., *op. cit.*, nota 6, p. 57.

gresiva expansión del derecho mercantil, en el ámbito, fundamentalmente, de la contratación que ha tenido reflejo legislativo en algunos países. Baste con recordar la unificación del derecho de obligaciones que muy tempranamente ya tuvo lugar en Suiza, con la promulgación del Código de las Obligaciones de 1881 o la de todo el derecho privado llevada a cabo en el Código Civil italiano de 1942, o, finalmente la que existe en derecho anglosajón dada la falta de distinción en estos ordenamientos entre derecho civil y derecho mercantil por el carácter de ordenamiento general que tiene el *Common Law*.

4. *La crisis de las políticas intervencionistas. ¿Hacia una nueva orientación de la normativa mercantil?*

Aunque la tendencia que acaba de señalarse de “desprivatización” del derecho privado se mantiene en términos generales, no puede desconocerse que en los últimos años se asiste a un proceso de signo inverso al que se ha reseñado anteriormente. Si las concepciones del Estado social promovieron los cambios que se han descrito, el progresivo afianzamiento de las nuevas concepciones neoliberales marcan un nuevo rumbo a la política legislativa y se realizan propuestas de interpretación y aplicación del derecho en clave distinta a la hasta ahora predominante.

Se habla en efecto de “crisis” del Estado social y de la incapacidad de éste para poder atender las innumerables demandas sociales y se propugna un retorno a los mecanismos del mercado y a la autonomía contractual eliminando totalmente la injerencia del Estado o, desde una postura más moderada, se aboga por la reducción de la intervención estatal, cuestionándose la eficiencia de sus políticas reguladoras de signo compensador y corrector.

Las consecuencias inmediatas de esta nueva tendencia quedan patentes en el proceso actual de privatización creciente de las empresas públicas,³¹ así como en la progresiva “desregulación” o liberalización de sectores cada vez más amplios, o en la revisión de algunas de las políticas tuitivas de la parte débil de la relación jurídica.

Esta rectificación de los planteamientos anteriores nos sitúan ante una posible nueva evolución del derecho mercantil. En el momento presente,

31 Por esta vía pretende mejorarse la capacidad concurrencial de los operadores en el mercado sin tener que modificar las reglas de juego del mismo.

es difícil aventurar hasta dónde puede llegar este movimiento de signo neoliberal y, por ello, cuál puede ser la onda de consecuencias que en la regulación de las instituciones mercantiles puede provocar. Pero lo que resulta evidente es que el derecho mercantil como categoría histórica no podrá permanecer inmune a estos nuevos cambios en los presupuestos políticos y socioeconómicos que se producen en la realidad por él regulada y, lógicamente, su contenido está llamado a experimentar nuevas alteraciones.³²

5. *La unificación internacional y la armonización legislativa en áreas regionales*

Si las circunstancias (políticas, económicas, sociales, jurídicas, etcétera) que rodearon el nacimiento del derecho mercantil le confirieron una impronta “supraterritorial”, reflejada en la acusada uniformidad de las instituciones elaboradas para atender al tráfico comercial, la extraordinaria intensificación de los intercambios internacionales en el presente siglo volverá a generar un vigoroso movimiento en pro de la unificación de nuestro derecho, rota (al menos parcialmente) por la nacionalización del derecho a partir de la formación de los Estados modernos, primero, y más tarde, con la codificación.

En efecto, aunque la pérdida de la fisonomía uniforme del derecho mercantil no fuera total, puesto que tanto por el origen común de sus instituciones, como por la sustancial identidad de necesidades del tráfico a las que aquéllas atendían, siempre existió una notable coincidencia entre las soluciones técnicas proporcionadas por los distintos ordenamientos nacionales a los mismos problemas. Lo cierto es que, a medida en que la actividad económica vuelve a alcanzar niveles supranacionales, sea en un ámbito regional o internacional, resulta insuficiente esa coincidencia básica y se hace preciso lograr un mayor grado de uniformidad en consonancia con la, cada vez más acusada, internacionalización o mundialización del tráfico.

Por ello, esta tendencia hacia la unificación, hacia el establecimiento de un derecho mercantil uniforme, constituye, sin duda, uno de los rasgos más sobresalientes de nuestra disciplina en esta centuria. Proceso de uni-

32 Esta idea es resaltada por Esteban Velasco, *op. cit.*, nota 11, p. 136. En sentido semejante, Sánchez Calero, *op. cit.*, nota 18, p. 28.

ficación que se lleva a cabo por dos vías distintas. De una parte, a través de la celebración de Convenios, Tratados, Conferencias Internacionales, etcétera; es decir, mediante un derecho legislado de origen regional o internacional y, de otra, a través de la unificación del derecho de “producción autónoma” generado por los propios protagonistas del tráfico, lo que marca un cierto retorno del derecho mercantil a sus orígenes. Son los mismos sujetos de la actividad económica, en efecto, quienes a través de asociaciones y corporaciones profesionales realizan esta labor unificadora que se plasma en modelos de contratos o de condiciones generales, en recopilaciones de usos y costumbres (Reglas sobre los Créditos Documentarios), en reglas de interpretación de las cláusulas utilizadas en los contratos (INCOTERMS), etcétera, la cual se ve reforzada, además, por el frecuente recurso al arbitraje comercial para dirimir las controversias derivadas de su aplicación, lo que nuevamente recuerda a la jurisdicción especial mercantil de la Edad Media.

No es de extrañar, pues, que se hable de la existencia de una nueva *lex mercatoria* que, rompiendo las fronteras estatales, alcanza una proyección universal de manera semejante a la que durante siglos rigiera el tráfico mercantil.³³ A pesar de ello, está claro que no puede darse una identidad entre la antigua y esta moderna *lex mercatoria*, a pesar de las sustanciales coincidencias. A nadie se le oculta, en efecto, que el entorno político-social en el que se gesta el viejo *ius mercatorum* es muy distinto del que rodea en el presente siglo la formación del derecho uniforme. La presencia del Estado moderno y su aspiración monopolizadora o, cuando menos, controladora de los mecanismos de producción del derecho, reducen notablemente la posibilidad de desarrollo en nuestros días de un derecho “autónomo”, totalmente independiente y al margen del control estatal. Y algo semejante puede afirmarse en relación con la pretensión de asimilar la costumbre internacional y la antigua *consuetudo vel stilo mercatorum*. Todo ello, sin embargo, no es obstáculo para que, a pesar de la sobrevaloración que en ocasiones se ha hecho de la unificación por esta vía, persista el fenómeno o, incluso, se acentúe a compás de la ampliación incesante de los espacios económicos.

Hay, pues, suficientes indicios para pensar que el deseable impulso en la producción legislativa realizada por organismos como la UNCITRAL,

33 Vid. por todos, Schmitthoff, “The Unification of the Law of International Trade”, *JBL*, 1968, y Schmitthoff, “Export Trade: the Law and Practice of International Trade”, *JBL*, 1986.

la UNCTAD, etcétera (venciendo los llamados factores de resistencia a la unificación) está llamado a coexistir con la progresiva expansión material y formal de esa nueva *lex mercatoria*, a través de los contratos y sentencias arbitrales internacionales, enriquecida con nuevos principios, nuevas figuras y estructuras contractuales que acaban por ser modelos regularmente reproducidos en cuanto constituyen soluciones específicas idóneas para el tráfico internacional. Y, en este sentido, tienden progresivamente a afirmarse como reglas de derecho en la medida en que devienen usos o costumbres mercantiles internacionales.

De otro lado, el proceso se refuerza porque, recogiendo, en parte, la labor llevada a cabo por los propios interesados, tales reglas pasan a formar parte de los acuerdos internacionales celebrados entre Estados.

Pues bien, aunque más tarde se volverá sobre esto, lo que aquí conviene resaltar es que este proceso de unificación en un plano internacional afecta ya a amplios sectores del derecho mercantil, como el del transporte, especialmente el realizado por vía marítima, la compraventa de mercaderías o la propiedad industrial, sectores en los que la internacionalización de la norma goza ya de una amplia tradición iniciada a finales del pasado siglo, y que ha ido incrementándose a lo largo del presente, al tiempo que se hacía extensiva a otros ámbitos distintos.

Finalmente, a este proceso hacia la uniformidad de nuestro derecho no son ajenos los esfuerzos realizados en ámbitos territoriales más limitados con son los de la Unión Europea o los del Mercado del Sur (MERCOSUR).

En ambos casos, la persecución de un objetivo común, el de la creación de un espacio sin fronteras con una cohesión económica y social plena, tiene que contar, entre otros mecanismos, con una aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros para alcanzar ese objetivo. Armonización legislativa que, en el caso de la Unión Europea, ha alcanzado ya a amplios sectores del derecho mercantil y sigue en un proceso expansivo continuado. En el caso del MERCOSUR, la aproximación de legislaciones, aunque en un *tempo* más lento, también está en vías de realización, por lo que es probable que en los próximos tiempos se vean ya los frutos de los trabajos realizados en pro de la armonización de la legislación mercantil.

6. *El proceso de segregación del derecho marítimo*

Uno de los sectores tradicionalmente integrados en el derecho mercantil y que con mayor fuerza ha tendido a desgajarse de él y a configurarse autónomamente tanto jurídica como doctrinal y legislativamente ha sido el del derecho marítimo. Se trata de un sector normativo que, sin duda, constituye uno de los que más ha centrado la atención de la doctrina a lo largo del siglo en curso, en orden a justificar sus particulares posiciones en torno bien a la integración de esa normativa en el sistema del derecho mercantil, o bien a propiciar derechamente la autonomía del derecho marítimo sea como derecho de la navegación marítima o como un derecho integrador de la navegación marítima y aérea. Y ello, por considerar que en este sector del ordenamiento no existe la misma razón de especialidad que justifica la del derecho mercantil; fueron motivos puramente coyunturales más que sustanciales los que llevaron a su codificación conjunta.

Es cierto, desde luego, que el restablecimiento en la Edad Media del tráfico comercial y su progresivo e ininterrumpido auge posterior se lleva a cabo principalmente por vía marítima. Y es esta circunstancia la que explica que el conjunto normativo integrado por los usos y costumbres que disciplinaban las operaciones del comercio marítimo, así como las incipientes formas de organización de la empresa marítima, constituyeran el núcleo impulsor del derecho mercantil, y que muchas de las instituciones nacidas en el ámbito marítimo pasaran posteriormente a integrar el derecho del comercio terrestre o que, en definitiva, muchas instituciones fueran comunes al tráfico comercial marítimo y al tráfico comercial terrestre.³⁴

No es de extrañar, por ello, que se produzca una integración formal de la normativa marítima y de la mercantil en un mismo cuerpo legal cuando tiene lugar la obra codificadora,³⁵ máxime cuando en esos momentos no había, prácticamente, otra navegación que no fuera la mercante con fines de transporte.³⁶

34 *Vid.* Alonso Ledesma, C., *Los privilegios marítimos*, Madrid, 1995, pp. 59 y ss.

35 La integración tuvo lugar primero en las ordenanzas de los siglos XVII y XVIII (aún con la importante excepción de la Ordenanza de la Marina francesa de 1681 que, como se sabe, recogió toda la normativa pública y privada referente al este sector en un cuerpo legal separado del que recogió la normativa mercantil propiamente dicha: la Ordenanza del Comercio de 1673).

36 Como acertadamente ha sido señalado por Gondra Romero, J. M., “La labor del intérprete ante el derecho marítimo”, *Boletín de la Asociación Española de Derecho Marítimo*, núm. 3, 1984, el

Sin embargo, a pesar de esta conexión material e histórico-formal del derecho mercantil terrestre y marítimo, hoy se acepta de forma prácticamente pacífica que la fundamentación teleológica de la normativa jurídico-marítima radicaba en razones de “maritimidad” y no de “comercialidad”.³⁷ Fueron las particulares condiciones técnico-económicas en las que se desarrolló históricamente la aventura marítima (lejanía e incomunicación del buque, carácter extraordinario de los riesgos inherentes a la navegación derivados de los peligros de la mar) las que dieron lugar a la aparición de los más peculiares institutos jurídico-marítimos más que su circunstancial vinculación a la actividad comercial, lo que a lo largo del siglo que finaliza ha ido poniéndose de manifiesto.

En efecto, aunque el derecho marítimo continúe en la mayoría de los países de *Civil Law* encerrado en los estrechos moldes de la navegación mercante regulada por los Códigos de Comercio, el desarrollo en el presente siglo de una navegación para fines distintos de los mercantiles (investigación, recreo, extracción de recursos minerales, portuaria, etcétera) ha hecho que, sea por vía jurisprudencial o legislativa (especialmente la de origen internacional), haya ido extendiéndose la normativa jurídico-marítima (codificada o no) a la actividad naviera no comercial, poniendo de manifiesto cuál es el verdadero fundamento de la especialidad jurídico-marítima.³⁸

Dejando aparte este proceso de segregación que no ha alcanzado todavía un grado de intensidad suficiente, lo que ahora interesa destacar es la vocación eminentemente internacional de este derecho en congruencia con la internacionalidad del medio en que se desenvuelve la navegación, lo que ha hecho que sea en este campo en el que los trabajos en pro de

hecho de que el derecho marítimo hiciera su aparición y se mantuviera a lo largo de su evolución como derecho del comercio marítimo justifica plenamente el enfoque “mercantilista” que prevalece en la época codificadora dado que, como se indica en el texto, en ella la actividad naviera continuaba constrañida a la navegación mercante de transporte.

37 Girón Tena, J., *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959, ya destacaba esta circunstancia señalando que el comercio fue “ocasión” pero no “fundamento” de las especialidades jurídico-marítimas. En sentido semejante, Menéndez-Iglesias, *Prólogo a las leyes marítimas*, Madrid, 1980, p. 12; Gondra Romero, J. M., *op. cit.*, nota 36, p. 69, y Alonso Ledesma, C., *op. cit.*, nota 34.

38 Este proceso de segregación del derecho marítimo ha tenido su culminación sustantiva en Italia, con la promulgación del Código de la Navegación de 1942 en el que se consagra la autonomía formal de este derecho en el marco de una sistematización unitaria del derecho marítimo y aéreo.

la unificación se comenzaran más tempranamente³⁹ y en el que se hayan logrado resultados más significativos. La obra unificadora, en efecto, iniciada ya a finales del siglo pasado ha continuado a lo largo del presente abarcando, prácticamente, todos los institutos jurídico-marítimos. Sin ánimo de exhaustividad, basta con señalar los Convenios celebrados en materia de abordaje, de salvamento, de limitación de responsabilidad, de hipotecas y créditos privilegiados,⁴⁰ de embargo preventivo de buques, etcétera, que han logrado un amplio número de ratificaciones, para comprender la importancia cuantitativa y cualitativa que la unificación ha tenido en este marco. Unificación que en el momento presente, a pesar de la crisis generalizada que afecta al sector, sigue de manera activa, lo que hace presagiar que en un futuro no muy lejano se logre una total uniformidad.

IV. LA PROYECCIÓN NORMATIVA DE LOS CAMBIOS EXPERIMENTADOS POR EL DERECHO MERCANTIL EN LOS PRINCIPALES SECTORES QUE LO INTEGRAN

Después de haber examinado, siquiera sea brevemente, las grandes líneas evolutivas del derecho mercantil, procede ahora realizar una referencia concreta a la evolución experimentada por algunos de los institutos más significativos de este sector del ordenamiento. Para realizar la exposición, hemos dividido la materia en cuatro sectores básicos: el de la competencia y la propiedad industrial; el de las sociedades; el de los contratos y títulos-valores y, finalmente, el de las instituciones concursales. Hemos excluido aquí el sector del derecho marítimo por las razones anteriormente expuestas.

39 Los trabajos de unificación del derecho marítimo comenzaron ya a finales del siglo XIX por obra del Comité Marítimo Internacional, auténtico promotor de la unificación internacional en este campo. En la actualidad, la obra unificadora del derecho marítimo se lleva a cabo por los organismos especializados de la ONU; en concreto, por la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la UNCITRAL que, junto con la Organización Marítima Internacional (IMO), son ahora los protagonistas exclusivos de esta tarea en la que, no obstante, sigue prestando su colaboración el Comité Marítimo Internacional.

40 Acerca de la obra unificadora en el campo del derecho marítimo y, en particular, respecto a los convenios celebrados sobre hipotecas y privilegios marítimos, *vid.* Alonso Ledesma, C., *op. cit.*, nota 34.

1. Competencia y propiedad industrial

A. Defensa de la competencia y competencia desleal

Dentro de los cambios de tendencias que se observan en el derecho mercantil, se presenta como una pieza clave del sistema actual de nuestra disciplina (al menos parcialmente, en lo que afecta al desarrollo de la actividad económico-privada en el mercado) el derecho de la competencia, en cuanto derecho ordenador del mercado, en su doble vertiente de derecho protector de la competencia en el mercado para asegurar su existencia y derecho garantizador de que la lucha competitiva se lleve a cabo a través de una conducta correcta. El desarrollo normativo de ambos aspectos a lo largo del presente siglo ha adquirido una extraordinaria importancia en congruencia con el desarrollo del sistema de economía de mercado del que la competencia es elemento esencial.

a) Defensa de la competencia

La defensa de la competencia, en cuanto principio rector de toda economía de mercado y genuina manifestación del ejercicio de la libre iniciativa empresarial, se ha convertido en un objetivo básico de todas las legislaciones de los países occidentales, habida cuenta de los intereses privados y generales implicados en el funcionamiento del sistema económico. El fracaso del modelo liberal clásico, que contaba con la actuación de las empresas en competencia perfecta en el mercado, pronto llevó al ánimo de los legisladores la necesidad de emprender una política de defensa de la competencia como medio de tutela de esos intereses generales, al reparar en que no basta con reconocer la libertad de empresa para que funcione de forma natural y satisfactoria el sistema de economía de mercado. Como los economistas se han encargado de demostrar, el propio sistema de libertad favorece la formación de convenios, de acuerdos, de prácticas que eliminan las ventajas del sistema competitivo: la ausencia de competencia entre las empresas (o la coordinación entre las mismas para restringirla) origina una pérdida del bienestar. Como se ha señalado, “las empresas se benefician de la colusión a través de altos precios y beneficios, lo que perjudica a los consumidores, cuyas pérdidas generalmente exceden a las ganancias de los productores”.⁴¹ Este hecho

41 Motta, M., “ ‘In medio virtus’ . El alcance de la política de competencia en una estructura de mercado endógena”, *Cuadernos Económicos*, núm. 57, 1994.

es el que justifica la intervención del Estado para garantizar, mediante una adecuada política de defensa, la existencia de competencia en grado suficiente para permitir el correcto funcionamiento del mercado.

La política de defensa de la competencia cuenta ya con una dilatada historia que se inicia en Los Estados Unidos de Norteamérica a finales del siglo pasado, con la promulgación de la *Sherman Act* de 2 de julio de 1890 con la que se pretendía reprimir los conciertos entre empresas tendentes a eliminar la competencia entre ellas. Esta ley *antitrust* declaraba ilegal todo acuerdo tendente a restringir la competencia en la industria o el comercio y fue seguida de la *Clayton Act* de 15 de octubre de 1914, más extensa y detallada en la que se sancionan distintas conductas anti-competitivas, y, más tarde, por otras muchas que se ocupan de la represión de concretas conductas restrictivas de la competencia. Así, por ejemplo, la *Webb-Pomerane Act* de 1918, la *Robinson Patman Act*, de 1936, la *Celler-Kefauver Anti-Merger Act*, de 1950, entre las que se promulgan a lo largo del siglo en curso.

En Europa, la defensa de la competencia comienza ya entrado el siglo actual y, como es lógico, en los países de más alto desarrollo industrial. Fue Alemania el primer país en ocuparse de los cárteles con la ley de 2 de noviembre de 1923, pero con un espíritu distinto del que animaba la legislación norteamericana, ya que en la ley alemana no se prohibían los acuerdos restrictivos de la competencia, sino el abuso de las posiciones de poder económico. El control del abuso queda confiado a un tribunal especial, el *Kartellgericht*, el cual procedería a la anulación de los acuerdos que infringieran lo dispuesto en la norma.

Tras esta primera experiencia y concluida la segunda Guerra Mundial, las leyes represoras de las conductas anticompetitivas se suceden en los distintos países europeos con un espíritu más restrictivo de las prácticas limitativas de la competencia pero, ciertamente, no empeñadas en sancionar todo tipo de conductas que atentaran contra la libertad de competencia. Éste fue el caso de la *Gesetz gegen Wettbewebsbeschränkungen* alemana de 1957 en la que, si bien se prohibían los cárteles, quedaban exceptuados de la prohibición numerosos sectores económicos.

A esta primera generación de normas protectoras de la competencia pertenecen también las británicas *Monopolies and Restrictive Practices Act* de 1948, reformada por Ley de 1953, y la *Restrictive Trade Practices Act* promulgada en 1956; el decreto francés de 9 de agosto de 1953

que prohibió las ententes, sancionándolas penalmente, y las leyes noruega y danesa de 1953 y 1955, respectivamente, así como la belga de 1960 y la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia española de 1963. Leyes todas ellas que, si bien desde distintos planteamientos, mantienen el objetivo común de asegurar la existencia de una competencia, si no perfecta, al menos, “practicable”.

La segunda generación de leyes en defensa de la competencia se sitúan ya en la órbita del derecho comunitario, en virtud del efecto armonizador de legislaciones que derivan del mismo, como sucede con la Ley de Defensa de la Competencia española de 1989 (en la actualidad en trámite de modificación en lo que respecta al control de las concentraciones económicas y a la organización de los órganos encargados de velar por la competencia) o la ordenanza francesa de 1986.

Si, como es conocido, el objetivo primario perseguido con la creación de las Comunidades Europeas (CEE, CECA y CEEA) era el establecimiento de un mercado común y la subsiguiente creación de un espacio económico ampliado, en el que los operadores económicos actuaran en condiciones análogas a las de un mercado nacional, se comprende que el artículo 3o. del TCEE, preconice el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común. Y con este objetivo los artículos 85 y 86 del TCEE establecen un régimen tuitivo de la competencia dirigido a prohibir tanto las concertaciones entre empresas como a impedir la explotación abusiva de dominio en el mercado, aunque algunas de estas conductas anticompetitivas puedan quedar exceptuadas de la prohibición, bien mediante solicitud individual, bien por formar parte de una categoría de acuerdos excepcionados con carácter general por reportar beneficios superiores a los que se derivan de la restricción de la competencia. A este régimen hay que añadir el establecimiento de un control sobre las ayudas públicas suministradas a las empresas (privadas o públicas) por parte de los Estados miembros (artículos 92 a 94 TCEE).⁴² Este marco normativo básico se completa con una normativa de desarrollo y procedimental, entre la que es preciso destacar el Reglamento de Control de las Concentraciones Económicas del año 1989⁴³ (modificado por el Reglamento fechado el 30 de junio de

42 En sentido semejante, los artículos 65 y 66.7 TCECA, y el artículo 62.2.c TCEEA.

43 Reglamento núm. 4064/89. La tardía publicación de este reglamento es posible que obedeciera a la necesidad de que las empresas comunitarias alcanzaran una cierta dimensión que las hiciera competitivas con las de Estados Unidos y Japón, motivo por el cual no se estableció con anterioridad

1997),⁴⁴ así como con las decisiones del Tribunal de Justicia europeo que ha ido construyendo una especie de *Case Law* en esta materia.

Es de reseñar, por último, que, con el objetivo de mejorar la política de la competencia en materia de restricciones verticales adecuándola a los tiempos presentes, se ha publicado, en enero de 1997, el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria en el que se proponen soluciones a algunos de los problemas planteados en la práctica, pero manteniendo en lo esencial el sistema actual.

La situación de los países de América Latina en esta materia resulta muy dispar, ya que mientras algunos países cuentan con una legislación moderna en materia de defensa de la competencia⁴⁵ otros, en cambio, o bien mantienen una normativa ampliamente superada por las transformaciones operadas en la realidad económica, caso de Chile,⁴⁶ o bien carecen de toda legislación al respecto, caso de Paraguay.

En el ámbito del MERCOSUR, existe en la actualidad un proceso en marcha para tratar de llegar a un acuerdo común en materia de competencia fruto del cual es el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, aprobado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996 cuyo ámbito de aplicación se extiende a las conductas que tengan por objeto producir o produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y afecten al comercio entre los Estados partes.

un control sobre las concentraciones empresariales, las cuales sólo se sancionaban por la vía del artículo 86 TCEE, si abusaban de la posición de dominio que, como consecuencia de la concentración, hubieran podido alcanzar.

44 Reglamento núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE núm. L 180) por el que se modifican los umbrales hasta ahora vigentes para establecer cuándo una operación de concentración tiene dimensión comunitaria y los criterios para distinguir entre empresas en participación, concentrativas y cooperativas.

45 Así sucede con la ley argentina núm. 22,262, en vigor desde el 6 de agosto de 1980, en la línea del derecho comunitario europeo. En la actualidad, no obstante, se encuentra en tramitación parlamentaria un proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que se asemeja más a la legislación comunitaria europea en lo que se refiere a la determinación de las prácticas colusorias y a la explotación de la posición de dominio, así como a las excepciones a la prohibición de las medidas limitativas de la competencia de origen colusorio. El proyecto también contiene una regulación importante de las concentraciones y fusiones estableciendo un sistema de control análogo al del derecho comunitario. La defensa de la competencia se encuentra regulada en Brasil por la ley 8,158 de 1991 y por el decreto 36 del mismo año y, en México, por la Ley Federal de Competencia Económica de 1992.

46 La tutela de la competencia se recoge en el decreto-ley de 22-XII-73 que la doctrina considera, como se indica en el texto, insuficiente para atender la actual realidad económica chilena. Vid. Álvarez Zenteno, R., "Una visión de nuestro derecho de la competencia", *Revista del Abogado*, Colegio de Abogados de Chile, núm. 6, abril de 1996, pp. 24 y ss.

Finalmente, fruto de la cooperación internacional, hay que mencionar el GATT, el cual constituye un claro ejemplo de la política de fomento e introducción de la competencia en la mayoría de los sectores económicos a escala mundial.

La línea de evolución actual en esta materia es la de aumentar la competencia en todos los sectores, dada la política generalizada de desregulación emprendida tanto en los países occidentales como en los que se encuentran en una economía de transición, lo que quizá lleve a un aumento también de la política de protección de la misma, sea en un ámbito nacional o internacional.

En efecto, la competencia como marco regulador de la actividad económica se mantiene e incluso se incrementa en los últimos años en los que se asiste, como ha sido denunciado, a una fiebre liberalizadora que se propone llegar a todos los ámbitos. Tanto los teóricos de la economía como la mayoría de los programas políticos en todo el mundo se muestran totalmente partidarios de la liberalización de todos los sectores económicos frente al intervencionismo de la época anterior que hoy se considera trasnochado e ineficaz.⁴⁷

Sin embargo, como bien ha sido señalado, la liberalización es una cuestión distinta de la defensa de la competencia.

Mientras la liberalización se preocupa de que el Estado no ponga trabas a la competencia, la defensa de la competencia se preocupa de que los empresarios no acaben con ella. La liberalización busca que el Estado se retire y deje de intervenir en la economía mientras que la defensa de la competencia, aunque con objetivos distintos, va en el mismo sentido del intervencionismo ya que requiere que el Estado intervenga para asegurar que haya competencia.

Dicho en otros términos, ambos instrumentos resultan complementarios. “Primero hay que liberalizar y luego hay que defender la competencia”, lo que supone, como antes se apuntó, que quizá en los próximos años asistiremos o bien a un desarrollo superior de las políticas de defensa o bien a un cambio de rumbo en esas políticas con el objeto de hacer que esa desregulación resulte eficaz.⁴⁸

47 Vid. Fernández Ordóñez, M. A., “La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia”, *Anuario de la Competencia*, 1996, pp. 46 y ss.

48 Vid., ampliamente, *ibidem*, pp. 64 y ss.

b) Competencia desleal

Como decíamos al principio, el correcto funcionamiento del mercado exige no solamente que exista competencia, sino que ésta se lleve a cabo en un marco de corrección a lo que se enderezan las normas sobre competencia desleal, las cuales, a lo largo del siglo en curso, han experimentado una profunda evolución como consecuencia de los grandes cambios económicos, políticos y constitucionales anteriormente reseñados.

La exigencia de que la lucha competitiva se realice de manera leal no recibe un tratamiento general hasta comienzos del siglo XX. Hasta esa fecha, y coincidiendo con el periodo de apogeo del liberalismo y del afianzamiento de la incipiente industria, los ilícitos concurrenciales se anudan exclusivamente a las violaciones de los derechos de propiedad industrial; fundamentalmente, a las usurpaciones del derecho sobre la marca y se reprimen penalmente.

A partir de los primeros años del siglo en curso, la actitud hacia los comportamientos desleales comienza a experimentar una significativa evolución, impulsada por los propios medios empresariales, para instaurar una disciplina de la competencia desleal de carácter general y privado desligada de la propiedad industrial.

En efecto, a medida que se produce la afirmación del sistema de economía de mercado, los protagonistas del tráfico económico exigen una protección de las posiciones empresariales adquiridas en el mercado. Este hecho hace que la normativa que va a ir paulatinamente promulgándose en esta primera época tenga una impronta netamente profesional en la medida en que se dirige exclusivamente “a tutelar los intereses privados de los empresarios en sus relaciones recíprocas de mercado”,⁴⁹ empresarios que son los que, por otra parte, fijan los criterios de la deslealtad con arreglo a parámetros estrictamente profesionales. Otros intereses, como los de los consumidores o el propio interés público, no reciben ninguna protección, salvo la indirecta derivada de la protección dispensada a la empresa.⁵⁰

Este modelo es el seguido hasta la mitad del presente siglo por la generalidad de los ordenamientos europeos, y por el Convenio de la Unión de París.

49 Menéndez Menéndez, A., *La competencia desleal*, Madrid, 1988, p. 66.

50 *Ibidem*, pp. 66 y ss.

La última etapa sufrida en la evolución del derecho de competencia desleal se sitúa en los años que siguen a la segunda Guerra Mundial, en los que se inicia un proceso de reorientación de la disciplina al hilo del cambio experimentado en los postulados ideológicos que subyacían a la anterior regulación como consecuencia del progresivo afianzamiento del Estado social y de su política de tutela del consumidor como parte débil de las relaciones típicas del mercado.

Estas circunstancias llevan a que, inicialmente, de un derecho destinado a resolver los conflictos entre los competidores vaya convirtiéndose paulatinamente en un derecho general de ordenación del mercado, que es el carácter que reviste hoy en la generalidad de los ordenamientos europeos. Transformación que se ha operado bien como consecuencia de las reformas legislativas emprendidas, caso de Alemania (reformas de 1965, 1973 y 1986 de la *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb* de 1909 para introducir ciertas prácticas que resultan especialmente relevantes para la protección del consumidor y la transparencia del proceso competitivo), Francia (ordenanza de 1986) o España (Ley de Competencia Desleal de 1991) o bien por obra de la jurisprudencia y la doctrina, caso de Italia.

En otros ámbitos distintos del europeo, la protección contra la competencia desleal, a falta de una normativa de carácter general, se manifiesta de forma sectorial en las normas sobre publicidad, tutela de los consumidores, etcétera, como sucede en gran parte de los ordenamientos iberoamericanos. Y lo mismo ocurre en el plano internacional. En éste, aunque en el *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) se abordan algunos aspectos relacionados con la competencia desleal, no se hace un tratamiento completo de la misma, lo que ha supuesto, como ha sido señalado, la pérdida de una oportunidad, probablemente irrepetible, de introducir el derecho de la competencia desleal en una pluralidad de países, a pesar de las dificultades intrínsecas que este objetivo hubiera podido comportar.⁵¹

51 Portellano Díez, P., "Protección de la información no divulgada", en Iglesias Prada (dir.), *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio*, Madrid, 1997, t. I, p. 339. Ésta es también la opinión de Fikentscher, W., "Wettbewerbsrecht im TRIPS-Agreement der Welthandelsorganisation", *GRUR Int.*, 1995, pp. 532-534.

B. Propiedad industrial

a) Marcas

En Europa, prescindiendo de los antecedentes clásicos, en materia de marcas pueden diferenciarse claramente dos generaciones de leyes modernas.

A la primera generación pertenecen las leyes de marcas publicadas a mediados del siglo XX, entre las que pueden citarse la ley francesa de 1964, la alemana de 1968, la italiana de 1942 y la inglesa de 1938. Y a la segunda generación, que se sitúa a finales de la pasada década e inicio de la presente (fundamentalmente tras la aprobación de la Primera Directiva Comunitaria en Materia de Marcas en 1989), pertenece el grueso de las leyes en vigor. La renovación legislativa, en efecto, se inicia con la Ley española de Marcas, publicada en 1988, anterior, por tanto, a la aprobación de la Directiva citada⁵² y, a partir de ésta, han ido apareciendo sucesivamente la ley francesa de 4 de enero de 1991, la ley danesa de 6 de junio de 1991, el decreto legislativo italiano de 31 de diciembre de 1992, el Reglamento sobre Marca comunitaria de 20 de diciembre de 1993, la ley inglesa de 21 de julio de 1994, la ley alemana de 25 de octubre de 1994 y la ley griega de 1994 (en vigor desde el 1 de noviembre). Fuera del ámbito comunitario, pero en el mismo contexto europeo, puede incluirse en este grupo también la nueva ley suiza de marcas de 28 de agosto de 1992.

En las leyes de la primera generación, se sientan las bases del derecho de marcas contemporáneo, que se construye sobre la base de la función indicadora del origen empresarial. En su concepción tradicional, en efecto, la marca se concibe como el signo para indicar el origen o procedencia empresarial de un producto (aplicable, posteriormente, también a un servicio) sin que ello signifique que en los diferentes ordenamientos jurídicos no se hayan adoptado medidas normativas tomando en consideración otras posibles funciones económicas de la marca, pero la protección de estas otras funciones económicas ha sido normalmente indirecta y, en todo caso, subordinada a la protección de la marca como signo indicador de la procedencia del producto.

52 Esta circunstancia hace que existan apreciables diferencias entre ambas, aunque no sustanciales.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

En cualquier caso, el hecho de que el fundamento de la protección de las marcas radicara en la función indicadora del origen empresarial ha determinado directamente el ámbito y el contenido de esa protección. Entre otras cuestiones, porque el mantenimiento de ese fundamento justificador de la protección otorgada a la marca originó una conexión lógica entre el signo distintivo marca y la empresa productora de los bienes o prestadora de los servicios contraseñados con ella, dado que se entendía que únicamente con el establecimiento de una estrecha vinculación entre empresa y marca podía garantizarse que ésta cumpliera aquella función.

El modelo descrito experimenta un cambio significativo en las normas de la segunda generación, de conformidad con la propia transformación que sufre el papel económico de la marca a causa de la evolución de las circunstancias económicas.

En estas leyes, se opta decididamente por considerar la marca como un bien económico autónomo y, por tanto, desvinculado de la empresa lo que origina. Supone un cambio respecto al modelo anterior, basado, como hemos visto, en la función indicadora del origen empresarial que cumple la marca y, por tanto, en íntima conexión el signo distintivo con la empresa.

Este cambio de modelo se hace patente en diversos rasgos del nuevo régimen jurídico. De una parte, se aprecia una clara tendencia a extender el ámbito en el que tradicionalmente se enmarcaba el reconocimiento y la protección del derecho sobre la marca, lo que se pone de manifiesto, entre otros aspectos, en la introducción, junto al clásico concepto de “riesgo de confusión”, del de “riesgo de asociación”. De otra, la variación se aprecia en la ampliación del principio de especialidad que se extiende hasta cubrir también la similitud de productos y, finalmente, en la protección reforzada que se dispensa a las marcas renombradas.

Pero donde verdaderamente puede apreciarse la evolución de manera significativa es en la progresiva desvinculación entre marca y empresa, tanto por lo que respecta a la atribución de la legitimación para obtener la concesión de derechos sobre la misma, como en relación con su régimen de transmisión que ahora aparece desligado del de la transmisión de la empresa;⁵³ en esta desvinculación se llega, incluso, a eliminar el re-

53 El sistema de libre cesión de la marca con total independencia de la empresa, tradicional del derecho francés y también del derecho español, entre otros ordenamientos, ha acabado por consagrarse en la generalidad de las legislaciones.

quisito de ser titular de una explotación económica para poder obtener el registro de una marca.

La evolución legislativa en Estados Unidos, aunque ha sido temporalmente paralela a la europea (continúa vigente la *Lanham Act* —ley de marcas— de 1946, cuya última modificación ha sido realizada por la ley de 16 de noviembre de 1988), desde un punto de vista material no se ha dado ese paralelismo, ya que subsisten diferencias entre el modelo de regulación americano y el modelo europeo.

En efecto, el modelo legal americano vigente (perfilado a mediados de este siglo) se separaba del europeo (conformado en la primera generación de normas sobre marcas) principalmente por su fundamentación político-jurídica, ya que en aquél, por encima de la función indicadora del origen empresarial, se consolida la función que cumple la marca como indicadora de la calidad del producto. Por esta razón, se considera que la transmisión de la marca únicamente es válida si se realiza conjuntamente con la transmisión del *goodwill* de la empresa en la que aquélla se utiliza y, ello, no tanto porque se pretenda que la marca cumpla su función indicadora del origen empresarial sino, fundamentalmente, para protección de la función indicadora de la calidad del producto. Y esta diferencia subsiste en la actualidad.

Por otra parte, los derechos de propiedad industrial han recibido un tratamiento internacional uniforme ya desde finales del siglo pasado, lo que pone de relieve la clara vocación de universalidad de este sector del ordenamiento mercantil, la cual se ha visto reforzada en los últimos tiempos como consecuencia de la cada vez más creciente mundialización de la economía y, con ella, la necesidad de garantizar en un marco lo más amplio posible la protección de los derechos sobre bienes inmateriales. Basta con recordar al respecto el pionero Convenio de la Unión de París firmado en 1883 y reformado en sucesivas ocasiones hasta la versión actual que data de 1967 que, indudablemente, constituye el más importante de los cuerpos legales internacionales en esta materia y cuyo influjo ha provocado un efecto unificador en los distintos derechos nacionales.

Otros Convenios en esta materia han sido el Arreglo de Madrid de 1891, relativo al registro internacional de marcas, revisado por última vez el 14 de julio de 1967; el Arreglo de Niza de 1957, revisado por última vez el 13 de mayo de 1977, y el *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), aprobado como anexo del Convenio sobre

Creación de la Organización Mundial del Comercio (WTO) que se ocupa, entre otras, de la lucha contra la piratería de marcas y que acoge también el principio de libre transmisibilidad de la marca.

Especial significado tiene en el ámbito de la unificación regional la llamada marca comunitaria que está regulada por el Reglamento Comunitario 40/1994, de 20 de diciembre de 1993, modificado parcialmente por el Reglamento 3288/1994 de 22 de diciembre de 1994. Esta marca se considera para el conjunto del territorio de la Unión Europea como una marca nacional registrada en el Estado miembro; se logra con ello una cierta asimilación de la marca comunitaria a la marca nacional.

Con la finalidad de superar los obstáculos que pudieran derivarse de las diferentes regulaciones nacionales de las marcas en los países que integran el Mercado del Sur, se aprobó en 1995 el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR en materia de marcas, indicaciones de procedencia y denominaciones de origen, el cual se inscribe en el marco legislativo de los diferentes instrumentos multilaterales relativos a la propiedad industrial que ya existen en el marco internacional.

b) Patentes

El dato más relevante de la evolución del tratamiento legislativo de las patentes en el presente siglo ha sido, sin duda, el proceso de internacionalización del derecho regulador de las mismas. El rápido progreso tecnológico, la creciente universalización de la tecnología, el desarrollo del comercio internacional así como la integración de mercados territoriales más extensos son, junto a las disfunciones que plantea una protección estrictamente territorial de las patentes, las razones que han impulsado este proceso.

Los primeros pasos en esta dirección se dieron ya en el siglo pasado con el Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial al que ya nos hemos referido. En la década de 1970, el proceso de internacionalización se intensificó con la suscripción en Washington (en 1970) del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT). Y, en un ámbito regional, con el Convenio sobre la Patente Europea (Munich, 5 de octubre de 1973, en vigor desde 1977) y con el Convenio de Luxemburgo sobre la Patente Comunitaria de 15 de diciembre de 1975,

modificado posteriormente por el Acuerdo sobre Patentes Comunitarias de 15 de diciembre de 1985 (todavía sin entrar en vigor).

La adopción de estas normas internacionales dirigidas a uniformar el tratamiento legislativo de las patentes y a ofrecer una protección internacional a las mismas provocó un movimiento de reforma de las legislaciones internas de los diferentes Estados. En este contexto, deben situarse las nuevas leyes de patentes adoptadas en el Reino Unido (29 de julio de 1977), Dinamarca (8 de junio de 1978), Francia (13 de julio de 1978 y 27 de junio de 1984), Holanda (13 de julio de 1978), Italia (22 de junio de 1979), Alemania (16 de diciembre de 1980), Bélgica (28 de marzo de 1984) y España (20 de marzo de 1986).

2. *Sociedades*

La evolución que en materia de sociedades se ha producido a lo largo del presente siglo va en la dirección del afianzamiento de las sociedades de capitales (sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada), aisladas o bien formando parte de un grupo de sociedades, que de manera progresiva e imparable van arrinconando a las sociedades de tipo personalista que, apenas, tienen presencia en el tráfico actual, salvo para ser utilizadas de forma instrumental en la formación de grupos de sociedades. Y junto a las formas societarias capitalistas, se aprecia también un desarrollo importante de las sociedades cooperativas, cuya presencia en el mundo mercantil a lo largo de este siglo se ha ido acrecentando destacadamente.

El auge y desarrollo de las sociedades de capitales, en especial de la sociedad anónima, al compás del propio desarrollo del sistema económico, hace que sea este tipo societario el que haya experimentado la evolución más significativa a lo largo de los años que nos separan del comienzo de siglo para intentar resolver lo que, como se ha señalado, andando el tiempo vendrán a constituir los problemas permanentes de la regulación de la sociedad anónima.⁵⁴ Me refiero a la función financiera y a la organización del poder en la sociedad anónima, que, si en su momento hicieron entrar en crisis el modelo legal decimonónico de regulación de la sociedad anónima, como forma de la gran empresa, posteriormente han origi-

⁵⁴ Esteban Velasco, G., "Sociedad anónima", *Enciclopedia jurídica Civitas, cit.*, t. IV, pp. 6,270 y ss.

nado distintos movimientos de reforma, que con unos u otros planteamientos llegan hasta la actualidad.

Estos movimientos de reforma en el marco legislativo europeo tienen tres etapas importantes. En la primera, que se produce entre los años 1935 a 1955, tiene lugar un amplio despliegue legislativo que termina con el modelo legal que de este tipo societario se instauró en el siglo XIX. A esta etapa pertenecen la ley suiza de 1936, la alemana de 1937, la inglesa de 1948, el Código de Comercio italiano de 1942 y la ley española de 1951. La segunda es la que tiene lugar en la década de 1960 y parte de la de 1970, en la que se promulgan la ley alemana vigente de 1965, la Ley General de Sociedades francesa de 1966, la ley austriaca de 1965 y se produce la reforma del Código de Comercio italiano de 1974, a la que pueden sumarse también el Código de Sociedades portugués de 1986 o la Ley de Sociedades Anónimas española de 1989. Y la tercera, que es la actual, en la que el movimiento de desregulación está afectando, en cierta medida, a la sociedad anónima, tanto por lo que se refiere a la introducción de un régimen más flexible y simplificado que el general de la sociedad anónima, considerado excesivamente rígido y reglamentista, caso de la ley francesa de 1994, que regula la sociedad por acciones simplificada (SAS), o el de la ley alemana sobre la sociedad anónima pequeña y desregulación del derecho de sociedades anónimas, del mismo año, como por lo que se refiere a la adopción de modelos de autorregulación, códigos de conducta, etcétera, para mejorar el gobierno de las corporaciones.

Como muy bien ha sintetizado el profesor Esteban Velasco, a quien seguimos en esta exposición,⁵⁵ las cuestiones que de forma recurrente se plantean en torno a la figura de la sociedad anónima son fundamentalmente de dos tipos. De una parte, problemas de tipología y, de otra, problemas de resolución de los conflictos de intereses planteados en el seno de la sociedad anónima.

La primera cuestión se suscita por la constatación de que, bajo la forma jurídica unitaria de sociedad anónima, no existe un único tipo económico de empresa sino que, por el contrario, la forma sociedad anónima es utilizada para una multiplicidad de tipos económicos de empresa. Este contraste, apreciable en mayor o menor medida en todos los ordenamientos, suscita en el plano político jurídico el interrogante de si resulta más conveniente establecer una disociación de los tipos societarios en conso-

55 *Idem.*

nancia con el tipo empírico de empresa al que prestan la forma jurídica o si, por el contrario, debe seguir manteniéndose esa polivalencia funcional. Dicho en otros términos, la cuestión radica en determinar si la forma sociedad anónima debe quedar reservada para la gran empresa abierta al público inversor con sus acciones negociadas en Bolsa o para la empresa de gran magnitud atendiendo a otros parámetros cuantitativos (capital social, volumen del activo, cifra de negocios, número de trabajadores, etcétera) o si también debe permitirse su utilización por otras clases de empresas de pequeñas o medianas dimensiones o con una determinada composición de los socios. Y, en relación con esta cuestión, surge, inevitablemente, la razón de ser y la función de la sociedad de responsabilidad limitada como forma jurídica, ya que, si la respuesta al interrogante formulado es favorable al mantenimiento de esa flexibilidad funcional de la sociedad anónima, pierde significado la figura de la sociedad de responsabilidad limitada, al menos, con las características con las que hoy existe en la generalidad de los ordenamientos. En definitiva, se trata de establecer cuáles son los criterios de diferenciación funcional entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada o, si se quiere, entre sociedad anónima “abierta” y “cerrada” y entre sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.

La complejidad que encierra el problema descrito y el carácter sintético de estas reflexiones impiden que podamos detenernos en un examen, siquiera sea aproximativo, de las importantes y polémicas cuestiones que aquí se plantean y que todavía hoy constituyen una cuestión abierta.

Por ello, basta con señalar que en el momento actual parece marcarse una tendencia favorable al mantenimiento de una cierta flexibilidad funcional en el tipo sociedad anónima que, aun reservado para una empresa de gran envergadura o cotizada en Bolsa, pueda ser también utilizado por empresas de otras características, descartando la adaptación rígida de los tipos a las distintas realidades empresariales, como parecen demostrar las recientes leyes alemanas y francesas sobre la sociedad anónima simplificada o la *Kleine Aktiengesellschaft*.⁵⁶ Y lo mismo puede decirse de la

⁵⁶ Aunque estas leyes están orientadas a proporcionar a las empresas de pequeñas y medianas dimensiones un marco jurídico más flexible que el de la sociedad anónima, existen notables diferencias entre ambas reglamentaciones. Mientras la reforma francesa se limita a proporcionar a las empresas un instrumento jurídico para la cooperación interempresarial, sea nacional o internacional, la reforma alemana ha intentado, fundamentalmente, aliviar la falta de recursos propios de la empresas permitiendo su acceso al mercado de capitales.

Limited Liability Company (LLC) nueva figura aparecida en el horizonte norteamericano que ha ganado rápidamente carta de naturaleza en la generalidad de las leyes estatales de aquel país. Se trata de una figura híbrida que mantiene la responsabilidad limitada de los socios, propia de las *corporations*, pero que no está sometida como éstas a las rígidas normas de transparencia contable y de carácter fiscal dispuestas para ellas, sino a las más favorables de las *partnerships*. Esta flexibilidad, sin embargo, no implica descartar la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada como tipo autónomo de sociedad de capital, aunque pueda, en algunos casos, registrarse algún tipo de duplicidades como sucede en la actualidad en algunos ordenamientos, entre otros, el español, con la reciente regulación de este tipo social por una ley de 1995.

De otra parte, esa misma flexibilidad, pero en un sentido distinto al hasta ahora examinado, puede apreciarse en la utilización de la forma sociedad anónima para determinados tipos de actividades que revisten unas especiales exigencias. Cuando de realizar actividades crediticias, de intermediación mobiliaria, de seguros, de garantía recíproca, deportiva, periodística, de capital-riesgo, laboral etcétera se trata,

el legislador partiendo del esquema organizativo general de la sociedad anónima y sin necesidad de ampliar el catálogo de “tipos societarios”, cumple sus objetivos imponiendo determinadas especialidades en función de la actividad desarrollada (autorizaciones administrativas, registros especiales, cuantía del capital y otras garantías de solvencia, contabilidad especial, composición del accionariado, etc.). Y algo similar sucede con las derogaciones y especialidades impuestas por razón de la finalidad de la actividad (sociedades públicas de distinto tipo), donde el control público incide en la posición de los socios y el sistema de funcionamiento.⁵⁷

La segunda, aunque entroncada con la anterior, se relaciona más precisamente con la composición y estructura del accionariado en el plano concreto del funcionamiento de la sociedad ante el divorcio existente entre el modelo legal y la realidad: en unos casos (sociedad cerrada), las previsiones legales son excesivas y en otros (sociedades abiertas total o parcialmente, con concentración del poder en los accionistas de control y administradores) son insuficientes para la tutela de la minoría frente a la mayoría o del conjunto del accionariado frente a los administradores. En definitiva, aquí estamos ante los conflictos de intereses que se suscitan

⁵⁷ Esteban Velasco, G., *op. cit.*, nota 54, p. 6,277.

en el seno de la sociedad anónima: acreedores/accionistas, mayoría/minoría, administradores/accionistas; así como frente al problema de la tutela de los terceros que se relacionan con la sociedad y el de la posición y control de los administradores. Problemas típicos y tópicos de la sociedad anónima que han seguido planteándose a lo largo de la evolución y para los que en cada momento se han ofrecido diversas soluciones.

De entre ellas cabe referirse, por una parte, a la ofrecida por la normativa del mercado de valores sobre el control de la sociedad cotizada. En efecto, el desarrollo generalizado en todos los ordenamientos de esta normativa ha supuesto un nuevo enfoque que complementa el tradicional societario para atender a la función y relevancia de la sociedad anónima (al margen de otros emisores de valores) como mecanismo de canalización del ahorro público y para responder a las exigencias específicas de protección de un público inversor heterogéneo. El adecuado funcionamiento del mercado de valores permite, en efecto, controlar el poder en las sociedad anónima, especialmente en aquéllas en que existe una disociación entre poder y propiedad, tutelando así al accionista en su condición de inversor.

A ello han ido dirigidas las continuas reformas que en este campo se han llevado a cabo en todos los ordenamientos a lo largo de este siglo para arbitrar adecuados instrumentos de control externo. La regulación del estatuto de los intermediarios del mercado, la detallada información que los emisores deben suministrar, la publicidad de determinados hechos considerados como relevantes, el control de la información privilegiada, la regulación de las ofertas públicas de adquisición (OPAS), etcétera son algunas de las medidas arbitradas para hacer frente a los problemas suscitados por las sociedades cotizadas en todos los ordenamientos a partir de la *Securities Act* estadounidense de 1933, reformada en multiplicidad de ocasiones para adaptarla a la realidad socioeconómica del momento. Y a este deseo de control responde también la aparición en la generalidad de los países desarrollados de organismos más o menos independientes dotados de competencias reguladoras, disciplinarias y de supervisión de los mercados, a imagen y semejanza de la pionera *Securities and Exchange Commission* (SEC) estadounidense.⁵⁸

58 Desde mediados de siglo y siguiendo el ejemplo de la SEC, se han constituido, en Europa, la Comisión de Operaciones de Bolsa (COB) francesa en 1967, la Comisión para la Sociedad Anónima y la Bolsa (CONSOB) italiana de 1974 y, finalmente, en la década de 1980, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) española de 1988 así como distintas instancias de supervisión en

En las últimas décadas, sin embargo, la disociación entre capital y gestión en las grandes sociedades ha originado un movimiento de reforma que desde el mundo anglosajón se ha ido extendiendo al resto de los países en una clara manifestación más del fenómeno de la globalización de la economía y de la internacionalización de los mercados. Se trata de un movimiento que reclama un mejor gobierno para las sociedades cuyas acciones cotizan en los mercados de valores ante la presión ejercida por la sociedad a partir de las últimas crisis económicas. Pero con la particularidad de que la misma no se pretende, en términos generales, por la vía de la modificación legislativa, como ha venido siendo tradicional hasta ahora, sino por la del autocontrol; por la vía de la adopción de códigos de conductas, recomendaciones, principios, etcétera a los que las sociedades voluntariamente deben acogerse para corregir las deficiencias observadas hasta ahora en el funcionamiento de los Consejos de Administración. En esta línea, se inscriben los Informes de los Comités *Cadbury* (1982), *Greenbury* (1995), y *Hampel* (1998), en el Reino Unido, los principios elaborados por el *American Law Institute* (1992), el informe *Vienot* (1995) en Francia, el informe *Dey* (1994) en Canadá, o el reciente informe Olivencia español (febrero de 1998), los cuales proponen pautas de actuación para el buen gobierno de las sociedades. La cuestión, sin embargo, que todavía se debate es si esta forma de control es más eficaz que la de proceder a una regulación adecuada por vía legislativa, camino elegido por Italia (decreto legislativo de 20 de febrero de 1998 por el que se realiza una reforma del mercado financiero y del gobierno de las corporaciones) y Alemania (ley de 1998 que introduce algunas reformas en la AktG de 1965 tendentes a mejorar las funciones de control encomendadas al Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*)).

Finalmente, y formando parte de la evolución que se ha experimentado en este siglo en materia de sociedades, destaca con luz propia el fenómeno de los grupos de sociedades.

En efecto, la estructura de la denominada empresa policorporativa, que hace tiempo que ha irrumpido en la realidad económica de este siglo como forma nueva de empresa, suscita una serie de problemas específicos todavía no bien resueltos en la generalidad de los ordenamientos. El trán-

otros países como Portugal y Holanda. Este tipo de organismos de control también están haciendo su aparición en distintos países en vías de desarrollo como son los antiguos países del este o algunos de Latinoamérica como Brasil.

sito de la llamada “sociedad-isla” con independencia jurídica y económica a la sociedad independiente jurídicamente pero vinculada económicamente y sometida a la dirección de otra u otras, que se inició en la segunda mitad del siglo en curso, se ha consumado plenamente en la actualidad. Los grupos de sociedades constituyen hoy un fenómeno que se extiende a todo tipo de actividades y a todo tipo de empresas, no sólo a las de gran envergadura para las que, en principio, parecía estar reservado este tipo nuevo de organización de la empresa, sino a las de pequeñas y medianas dimensiones e incluso a las que no tienen finalidad lucrativa.⁵⁹ Y esta realidad negocial reclama desde hace tiempo la atención del legislador, ya que tanto la propia constitución del grupo como la situación de dependencia empresarial que se produce a lo largo de su existencia afecta a un amplio círculo de intereses: a los intereses y posición de los socios, tanto de la sociedad dominante como de las dependientes, a los acreedores y a los trabajadores, por lo que resulta plenamente justificado que el ordenamiento adopte las medidas organizativas y de protección adecuadas a la situación real de este tipo de empresas. Medidas que, sin embargo, no suelen ser completas en ningún ordenamiento, sino de carácter sectorial, como sucede en la mayoría de los ordenamientos europeos y americanos si se exceptúan los casos de Alemania, Portugal y Brasil que cuentan con una disciplina de carácter orgánico sobre grupos de sociedades.

No podemos concluir esta parte sin hacer referencia a la aparición de las sociedades unipersonales. Aunque en el tráfico eran ya bien conocidos los fenómenos de concentración en una sola mano de todas las acciones o participaciones del capital social de una sociedad anónima o sociedad limitada (unipersonalidad sobrevenida), en la última década, se ha generalizado en los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, a causa del efecto armonizador de la duodécima directiva comunitaria en materia de sociedades, la admisión de la sociedad de capitales (sociedad anónima o sociedad limitada) tanto originariamente unipersonal como sobrevenida. De esta forma, se colma una vieja aspiración de los pequeños empresarios de realizar el ejercicio de la actividad empresarial limitando su responsabilidad a los bienes afectados al ejercicio de

59 Vid. por todos, Wymeersch, E., “Groups of Companies”, en Buxbaum; Hertig; Hirsch, y Hopt (eds.), *European Business Law. Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, Berlín-Nueva York, 1991, pp. 227 y ss.

la misma, al mismo tiempo que se facilita la constitución y reestructuración de los grupos de sociedades.

Para finalizar estas breves consideraciones, tiene interés señalar que a pesar de las diferencias que todavía existen en el ámbito de los países integrantes de la Unión Europea en materia de sociedades de capital, éste tiene un grado de armonización muy importante por obra de las directivas comunitarias, que han realizado una importante labor de aproximación de las legislaciones nacionales en este sector a falta de la aprobación de las correspondientes a la estructura orgánica de las sociedades y de los grupos de sociedades.

En este mismo marco europeo, se ha pretendido lograr un mayor grado de integración societaria que permita la creación de la llamada Sociedad Europea. Esta idea que se remonta a las propuestas de 1949 y 1952 del Consejo de Europa, se retomó con renovado interés tras la constitución de la CEE y, después de muchos avatares, se elaboró una propuesta de Estatuto de Sociedad Europea en 1970, modificada en distintas ocasiones, la última en 1989, sin que a pesar del indudable atractivo del proyecto se hayan dado nuevos pasos para lograr su aprobación.

Más éxito ha tenido la Agrupación Europea de Interés Económico, figura asociativa de derecho europeo concebida para la realización en común por parte de sus miembros de una gama de actividades legalmente establecidas. Con la creación de esta figura, se trataba de establecer un marco jurídico apto para posibilitar que determinados sujetos que realizan una actividad económica en el ámbito de la Unión Europea puedan cooperar efectivamente más allá del ámbito estrictamente nacional. Esta fórmula asociativa en la práctica se ha revelado como un instrumento eficaz de colaboración interempresarial.

A la armonización del derecho de sociedades también se tiende en otros espacios territoriales de ámbito limitado como el del MERCOSUR, en donde están realizándose trabajos de aproximación legislativa en este campo como medio idóneo para poder lograr los objetivos definidos en el Tratado de Asunción.

3. *Contratos y títulos valores*

A. Contratos

Las transformaciones operadas en el marco del amplio sector de los contratos mercantiles han sido muchas e importantes a lo largo de estos

años, si bien algunas de las numerosas cuestiones que alrededor de la contratación se plantean no son exclusivas del derecho mercantil. Cuestiones como la atipicidad contractual o la contratación mediante condiciones generales o los problemas de tutela del consumidor desbordan el ámbito estricto de nuestro derecho.

Por ello vamos a limitarnos a dar cuenta aquí de lo que podríamos considerar como los rasgos más sobresalientes de la evolución, completando, en cierta medida, lo indicado en la parte primera de estas breves reflexiones.

Y así, en primer lugar, lo que es posible constatar es la importancia creciente que el contrato ha adquirido como instrumento de circulación de toda clase de bienes y servicios a compás del desarrollo y especialización de las nuevas actividades económicas o de las tradicionales remodeladas, los cuales, en la mayoría de los casos, constituyen figuras atípicas cuya regulación aparece confiada a la autonomía de las partes. Basta con enumerar algunos de ellos para percatarse del ingente número de contratos que viven al margen de los Códigos de Comercio y, en muchas ocasiones, al margen de cualquier regulación legal. Sirvan a título de ejemplo los de *franchaising*, *factoring*, *leasing*, *ingeneering*, licencia de *know-how*, de marca o de patente, servicios financieros de todo tipo, contratos de viajes turísticos, de espectáculos, etcétera.

Estas nuevas modalidades de contratos, celebrados en la mayor parte de las ocasiones sobre la base de condiciones generales, contratos-tipo, etcétera, plantean, junto al problema derivado del tratamiento de la atipicidad, el de controlar el contenido del contrato normalmente predispuerto de forma unilateral por el empresario, con el fin de proteger a la parte débil de la relación, sobre todo cuando se trata de un consumidor o usuario final.

En efecto, la constatación de la desigualdad económica de los contratantes y la imposibilidad de discutir el contenido del contrato en el ámbito de la contratación masiva actual supuso una primera quiebra del concepto tradicional y clásico del contrato que se acogió en los Códigos, que suponía, como es sabido, la igualdad de los contratantes y la negociación caso por caso. Esta crisis del contrato, sin embargo, no significa su desaparición, sino su evolución, mediante la superación del liberalismo radical de que partieron los Códigos, y la revisión de los conceptos que la dogmática tradicional había elaborado en materia de contratación.

Esta evolución ha ido en la línea anteriormente apuntada de producción de una importante normativa de carácter imperativo, que tiende a corregir las desigualdades existentes y que limita el poder de quien establece la normativa contractual. A esta idea respondían ya las leyes alemana y suiza sobre el contrato de seguro, publicadas en los primeros años del siglo en curso, en las cuales latía una innegable preocupación por la tutela del asegurado como contratante débil. Y, siguiendo su ejemplo, las restantes que se han ido promulgando en la generalidad de los países no sólo en materia de contrato de seguro, sino en otras en las que se da esa situación de desigualdad real. Éste es el caso de toda la normativa en materia de crédito al consumo, cláusulas abusivas en la contratación, prácticas comerciales, ventas especiales, responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, contratos a distancia, control de las condiciones generales de los contratos, etcétera, que ha proliferado en todos los ordenamientos occidentales. Hay que advertir, sin embargo, que, en materia de condiciones generales y en otros aspectos de la contratación, la necesidad de tutela no se plantea solamente cuando la contraparte de quien predispone el contenido del contrato es un usuario o consumidor final, sino también cuando se trata de otros empresarios con un menor poder de negociación, a los que también debe extenderse el ámbito de protección, como sucede, por ejemplo, en la Ley de Condiciones Generales alemana de 1973.

Pero, junto al nacimiento de estas nuevas formas contractuales y del cambio de sentido experimentado por el principio de la autonomía de la voluntad, otro nuevo fenómeno ha venido a sumarse a este sector como factor de cambio en las tradicionales relaciones mercantiles. Me refiero a la transformación que ha supuesto el espectacular desarrollo técnico alcanzado en el último tercio del siglo por la informática. Ésta, sin duda, ha permitido acortar las distancias haciendo más rápidas y fluidas las relaciones comerciales y facilitando la realización de innumerables transacciones a distancia. Sirvan como ejemplo, las transferencias electrónicas de fondos, los sistemas de compensación, la llamada banca electrónica, etcétera. Pero también es cierto que estas operaciones que ya forman parte de la vida cotidiana de los operadores económicos y que, es de presumir, todavía lo serán más en el futuro, han supuesto y todavía representan un importante reto para el derecho a la hora de proporcionar un tratamiento jurídico satisfactorio a las mismas.

De otra parte, es en el sector de la contratación donde se pone de manifiesto de manera más acusada la tendencia hacia la unificación del derecho privado (haciendo desaparecer la distinción entre derecho civil y derecho mercantil) sea en un plano nacional o internacional, como tuvimos ocasión de señalar en páginas anteriores. Esta unificación que en el marco de las legislaciones nacionales europeas se ha alcanzado en algunos contratos concretos (como ha sido el caso del seguro en España, cuyo régimen se contiene en la ley de 1980), y, abstracción hecha de los ordenamientos en los que tal unificación se ha llevado a cabo completamente (como el italiano o el suizo), o donde nunca ha existido una separación (como en el Reino Unido), es sobre todo patente en ámbitos territoriales más amplios, como sucede en el Convenio de Viena de 1980 relativo a la compraventa internacional de mercancías, en el que resulta indiferente el carácter civil o mercantil de la compraventa.

Por razones diferentes a las que acabamos de exponer, en el ámbito de las legislaciones nacionales, hay que hacer referencia al proceso de codificación o unificación que ha tenido lugar en Estados Unidos después de la segunda Guerra Mundial. A partir de esa época, en efecto, se hace patente un movimiento, que se desarrolla a la par del proceso de concentración industrial, proclive a lograr una uniformidad orgánica y global en materia de normas mercantiles que afectan, fundamentalmente, al sector de la contratación mercantil.

La discontinuidad legislativa de los distintos estados federados dificultaba las relaciones en el mercado interno, y los operadores económicos presionaron para que el Estado federal llevara a cabo una labor unificadora, que se logra, finalmente, con la elaboración del *Uniform Commercial Code* (entre 1943 y 1952) que es adoptado en 1963 por todos los Estados (salvo Louisiana, que en su momento rechazó también el *Common Law*, como se sabe). Este Código, que ha sido a lo largo de los años de su vigencia objeto de diversas modificaciones, se ocupa de distintas cuestiones relacionadas con la materia mercantil, pero el hecho de que el grueso de la reglamentación contenida en el mismo verse sobre la contratación le convierte en un verdadero Código de Obligaciones y Contratos Mercantiles.

También en el espacio de la Unión Europea existe una corriente favorable a la unificación. En la actualidad, se debaten dos iniciativas, la de la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos (Comisión LANDO),

constituida en 1980 y de la que forman parte destacados juristas de los Estados miembros de la Unión Europea, y las Jornadas de Estudio de Pavía, promovidas a partir de 1990 por el profesor Gandolfi para la redacción de un Código de Contratos europeo.

Finalmente y habida cuenta de la tendencia a la internacionalización de la contratación mercantil, cada día más acentuada en vista de la globalización creciente de la economía, se han elaborado en el marco de UNIDROIT unos principios sobre los contratos comerciales internacionales que vienen a sumarse a otras reglas o usos ya existentes en materia de contratación mercantil en el ámbito internacional. Basta con recordar aquí las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios o las Reglas de Interpretación de los Términos Comerciales recopilados por la Cámara de Comercio Internacional (INCOTERMS).

Los principios que ahora se han elaborado son una suerte de recopilación de reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Pero la naturaleza de esta recopilación no es la de un convenio o una ley modelo, sino simplemente la de una publicación privada que se dirige a los contratantes, invitándoles a que los incorporen a los contratos por medio de cláusulas contractuales. Y en este sentido son semejantes a los INCOTERMS o a las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios que, en principio, sólo se aplican cuando las partes los han convenido. Pero, al igual que ha sucedido con las reglas mencionadas, éstas que ahora se contienen en los principios, a pesar de tener una aplicación voluntaria, gozarán, sin duda, de una extraordinaria difusión en el futuro.

En esta misma línea de unificación, hay que hacer referencia, finalmente, a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico aprobada en 1996.

Este breve repaso efectuado a la evolución operada en el sector de la contratación mercantil no puede finalizar sin hacer referencia a un aspecto esencial: el de la resolución de las controversias surgidas en la interpretación y aplicación de ese derecho uniforme de carácter legal o usual. Me refiero al arbitraje comercial internacional, figura que desde hace tiempo ha venido experimentado un constante incremento. Y este movimiento arbitral es lo que ha llevado a la Cámara de Comercio Internacional a reformar el reglamento de arbitraje de 1975 para adaptarlo a las

nuevas circunstancias en que se desarrolla el tráfico internacional. La modificación aprobada en 1997 es aplicable a partir de enero de 1998.

B. Títulos valores

En este campo, la evolución se ha producido en un doble sentido. De una parte, junto a los tradicionales instrumentos cambiarios (letra de cambio, pagaré y cheque) al servicio del tráfico empresarial y los que pueden considerarse como tradicionales “instrumentos de inversión” (acciones y obligaciones), han aparecido otros nuevos, que han contribuido a enriquecer y a ensanchar de manera considerable el hasta hace poco estrecho panorama de los títulos-valores, ampliando la oferta de los valores puestos a disposición del público inversor. Es un hecho bien conocido que en la realidad empresarial de todos los países se ha producido, aunque con intensidad y características diferentes, un notable incremento y diversificación de los llamados “instrumentos, productos o activos financieros”, a través de los cuales se lleva a cabo la canalización del ahorro hacia las actividades económicas. Junto a las acciones y obligaciones han surgido otros instrumentos más sofisticados o se han producido modificaciones o combinaciones en aquéllas para tratar de dar respuesta a las necesidades de financiación de las empresas (certificados de inversión, distintas modalidades de obligaciones, bonos, pagarés y valores análogos, participaciones en fondos de inversión, opciones, futuros, etcétera). Un sinnúmero de productos financieros, en definitiva, que en cuanto “valores mobiliarios” constituyen objeto del Mercado de Valores e interesan a ese sector del ordenamiento, pero, en cuanto incorporan un derecho de participación social o un derecho de crédito formando parte de una emisión, interesan también al derecho de sociedades⁶⁰ y al de los títulos valores.

De otra, desde la perspectiva del derecho cambiario y de los valores mobiliarios emitidos en serie o en masa, lo más destacado en el periodo que examinamos es el fenómeno de la desmaterialización o desincorporación de los títulos que se produce, paradójicamente, a causa del enorme éxito obtenido por los títulos valores en el tráfico. En efecto, el incremento del número de títulos puestos en circulación a medida que aumenta el desarrollo económico dificulta su negociación, manejo y almacenamiento por la necesidad de tener que operar sobre documentos de papel,

⁶⁰ Esteban Velasco, G., *op. cit.*, nota 11, pp. 154-155.

cuya posesión es indispensable para la circulación y ejercicio de los derechos documentados. La incorporación de los derechos a un documento se muestra cada vez más como un obstáculo y una traba para los intentos de racionalización, lo que lleva al ánimo de los legisladores la necesidad de arbitrar otros modos de instrumentación de los derechos que permitan realizar de forma más fácil tanto su transmisión como su ejercicio. Se inicia así un proceso que conduce, finalmente, a la desaparición del soporte de papel y a la sustitución de los títulos valores por los derechos valor o, simplemente, por los valores que ahora se representan mediante apuntes o referencias contables que son procesados por las computadoras. Esta sustitución ha sido posible gracias a los avances en el campo de la informática, que han permitido la implantación de un sistema que permite la anotación, transmisión y ejercicio de los derechos antes incorporados a un documento, mediante una simple “anotación en cuenta”.

El fenómeno de la desincorporación del derecho no ha llegado, de momento, hasta los títulos cambiarios a los que sólo afecta la inmovilización de los títulos, a efectos del ejercicio de los derechos en poder de las entidades de crédito (el llamado “truncamiento” de la letra de cambio).

Fuera de estas cuestiones, conviene recordar que ha sido en el marco del derecho cambiario donde ya desde el año 1930 se produjo una total unificación del derecho, al aprobarse las Leyes Uniformes de Ginebra en Materia de Letra de Cambio y Cheque, las cuales, al incorporarse a la legislación interna de los Estados ratificantes, produjeron la unificación en el doble plano interno e internacional.

4. *Derecho concursal*

Las instituciones concursales, al igual que el resto de los sectores del derecho mercantil, también han experimentado cambios, algunas veces radicales, en el transcurso de este siglo. La quiebra se concebía en la codificación como un instrumento de saneamiento del sistema que permitía eliminar las organizaciones económicas inadecuadas procediendo a una redistribución de sus bienes. Se trataba de una institución con una finalidad liquidatoria. Por el contrario, los convenios que empiezan a surgir a finales del siglo pasado y primeros años del presente pretendían, fundamentalmente, eliminar la liquidación llegando a un acuerdo con los acreedores. Pero, tanto una como otros, se reconocen en los ordenamientos de finales de siglo como integrantes de un sistema de autotutela que

resulta plenamente concorde con los principios del sistema políticoeconómico imperante en la época. En uno y otro instituto, son los acreedores los que deciden acerca de la eliminación o de la conservación de la empresa, y lo hacen atendiendo a su propia conveniencia. El Estado, actuando por medio de los tribunales de justicia, no tenía una función decisoria propiamente dicha, sino meramente tutelar respecto de la aplicación de una normativa pensada para la protección de intereses exclusivamente privados.

El cambio de los presupuestos políticoeconómicos que se produce ya en el siglo XX hace que replantee el sistema anteriormente descrito. Los nuevos planteamientos ideológicos impulsan ahora hacia la protección no sólo de intereses privados, sino también de intereses generales. La crisis económica mundial y las crisis empresariales provocadas por la adaptación de las empresas a las nuevas necesidades económicas generan una corriente de pensamiento favorable a superar el tradicional privatismo del siglo XIX, incorporando elementos sociales e intereses generales en el tratamiento de las crisis empresariales. La sensibilización del legislador ante las nuevas necesidades y tendencias se manifiesta en un movimiento general de reformas del derecho concursal que se inicia a finales de la década de 1960 y que continúa hasta nuestros días.

Centrándonos en el contexto europeo, pueden observarse dos orientaciones en las reformas. La primera, la de aquellos ordenamientos que han optado por una modificación profunda de su derecho concursal. En estos se toma como base el concepto de crisis empresarial y no el de insolvencia, englobando el tratamiento de la reorganización o reflotamiento de las empresas en el contexto general como una vía de solución a una situación general. Es decir, se contempla un único procedimiento concursal con diversas soluciones, una de las cuales es la reorganización o reflotamiento de la empresa que es, precisamente, el principal objetivo perseguido. Los institutos concursales dejan de tener una función eminentemente solventaria para desempeñar una función eminentemente de conservación dentro del mercado. En esta línea, se inscribe la ordenanza francesa de 1967 y las también francesas *Lois de Redressement et Liquidation Judiciaires des Entreprises* de 1984 y 1985 y el *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência* portugués, reformado en 1993.

La segunda, la de aquellos ordenamientos que han realizado reformas menores para ir adaptando su derecho, o los procedimientos concursales tradicionales, a las nuevas necesidades económicas y sociales, regulando junto a la quiebra y el convenio preventivo otros procedimientos especiales de saneamiento o reorganización de empresas. Éste es el caso de Italia, con la administración controlada contemplada en la *Legge Fallimentare* de 1942, el procedimiento preventivo reorganizativo de Austria, reformado en 1994, la gestión controlada de Luxemburgo (1935), la suspensión de pagos y el convenio judicial danés de 1977 (en su redacción tras las leyes de 1979 y 1984) o el procedimiento de reestructuración de empresas de Finlandia, regulado por ley de 25 de enero de 1993, entre otros.

Fuera del contexto europeo, es el derecho de Estados Unidos el que se suma a este movimiento e incorpora institutos reorganizativos a través de la reforma operada en 1978.

Pero, tras este amplio movimiento de reforma, en la actualidad está produciéndose otro de signo, si no radicalmente opuesto, sí al menos más matizado a la vista del relativo fracaso alcanzado con las políticas de reestructuración de las empresas y, también, desde luego, animado por los nuevos aires desreguladores que soplan en el presente. Dentro de este nuevo movimiento de reforma deben situarse la ley francesa de 1994, la *Insolvenzordnung* alemana, aprobada en 1994, pero que no entrará en vigor hasta 1999 y el anteproyecto español de 1995, en los que desde distintos planteamientos se vuelve, en cierta medida, a las soluciones tradicionales para las crisis de las empresas.⁶¹ En esta línea, también se inscriben la *Insolvency Act* inglesa de 1986, la *Bankruptcy and Insolvency Act* canadiense de 1992, la *Corporate Law Reform Act* australiana de 1992 y la reforma del *US Bankruptcy Code* de 1994 y la Ley de Quiebras argentina de 1997.

En el ámbito internacional, ha sido aprobada en 1997 la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza elaborada por UNCITRAL, que en la línea de las reformas singulares llevadas a cabo en el seno de algunos ordenamientos nacionales tiene por objeto tanto la reorganización como la liquidación de los bienes del deudor.

⁶¹ Sobre estos extremos, *vid.* Alonso Ledesma, C., “Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del derecho concursal español (a propósito de la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal de diciembre de 1995)”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Duque Domínguez*, Valladolid, 1998.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras las reflexiones generales expuestas en la primera parte de este trabajo y tras este pequeño recorrido, necesariamente incompleto y breve, que hemos realizado en la segunda parte del estudio por algunos de los institutos jurídico-mercantiles más representativos, ha llegado la hora de hallar el saldo que arrojan sus cuentas y hacer balance definitivo de lo que ha sido el acontecer del derecho mercantil en el siglo XX. Un acontecer que, como hemos podido apreciar, ha estado lleno de acontecimientos de signo contrapuesto que han dejado una huella indeleble sobre nuestra disciplina, alterando sus contornos o el contenido de sus instituciones o la orientación y el sentido que en otros tiempos tuvieron, lo que, inevitablemente, ha dado lugar a numerosas crisis no sólo de crecimiento, como decía Garrigues, sino de identidad del derecho mercantil. Pero si bien se mira, más que de crisis profundas que supongan una alteración sustancial de lo que hasta ahora ha venido siendo considerado como derecho mercantil, lo que puede constatarse con la perspectiva que da todo un siglo es, nuevamente, la esencial historicidad de esta rama del derecho que hoy más que nunca hace buena la frase del maestro Girón Tena de que “el derecho mercantil no es algo que es sino que está siendo continuamente”.

Su vinculación con el acontecer económico le somete a numerosos avatares, cambios y mutaciones que, cuando se carece de la necesaria perspectiva histórica para enjuiciarlos, parecen representar alteraciones sustanciales que pueden incidir sobre la propia existencia de nuestra disciplina, pero que, pasado el tiempo, nuevos cambios o alteraciones vienen a demostrar lo equivocado de aquellas apreciaciones como ahora parece quedar patente con la vuelta a un pensamiento de corte neoliberal que está poniendo en entredicho muchas de las premisas que hace unos años se consideraban inamovibles. Y es probable que mañana sean otras nuevas corrientes ideológicas las que impriman un nuevo cambio a la realidad socioeconómica que el derecho mercantil tiene que ordenar y, por ello, que éste tenga nuevamente que remodelar sus instituciones con arreglo a las nuevas exigencias planteadas por esa cambiante realidad.

De ahí que sea difícil expresar juicios certeros o siquiera aproximados no ya sobre el futuro del derecho mercantil, sino también sobre su situación en el presente. Lo único que es posible constatar son esas grandes

líneas evolutivas que hemos señalado a lo largo de las páginas anteriores que lo que vienen a confirmar. A pesar de todo, es la existencia de un conjunto normativo que trata de dar respuestas a las exigencias de la actividad económica organizada en forma de empresa y, por ello, que se va adaptando a las necesidades que en cada momento histórico se producen. Esto último es, precisamente, lo que permite presagiar que tal acomodación del derecho a los hechos siga en el futuro y de manera incluso mucho más inmediata o “concorde” que en el pasado, en cuanto que la extrema movilidad económicosocial y de desarrollo tecnológico característico de nuestro tiempo no permiten que el derecho más inmediatamente regulador de esos fenómenos quede rezagado respecto de las exigencias jurídicas que plantean. Pero sin que tal acomodación suponga, como en ocasiones se ha pretendido, una desaparición del derecho mercantil tal y como ahora se concibe. Y ello porque, como se ha podido comprobar a lo largo de toda su evolución (y no sólo en el presente siglo, aunque en éste esa evolución haya sido más rápida y cambiante), esas modificaciones no afectan al núcleo propio de cristalización del derecho mercantil, que es la empresa.

Por último, si algo hubiera que resaltar de este balance, es el saldo positivo que arroja la cada vez más acusada tendencia del derecho mercantil a configurarse como un derecho uniforme en ámbitos cada vez más extensos, recuperando así lo que constituyó uno de sus caracteres más acusados desde sus orígenes hasta la formación de los Estados nacionales.

Por todo ello, creo que, a pesar de las crisis que el derecho mercantil ha sufrido a lo largo de los casi cien años transcurridos y de algunos augurios no muy positivos para su subsistencia en el futuro, puede, no obstante, afrontarse el porvenir con optimismo y pensar que esta rama del ordenamiento, aun con las necesarias adaptaciones y cambios que la realidad venidera le imponga, seguirá manteniéndose, como hasta ahora, en el seno del derecho privado como el derecho especial que reclaman las empresas y la actividad que éstas desarrollan en el tráfico.