

SESENTA Y CINCO AÑOS DE DERECHO MERCANTIL

Joaquín GARRIGUES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUPERACIÓN DE LOS CÓDIGOS LLAMADOS DE COMERCIO POR CONSECUENCIA DE SU INCAPACIDAD PARA COBIJAR TODA LA MATERIA MERCANTIL. III. LA ENTRADA A ESCENA DE LA EMPRESA COMO PROTAGONISTA DEL DERECHO MERCANTIL MODERNO. IV. LA SOCIALIZACIÓN Y ESTATIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL Y EL OCASO DEL LIBERALISMO ECONÓMICO. V. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO MERCANTIL.

I. INTRODUCCIÓN

A mí me ha tocado hoy la honrosa tarea de resumir en una corta y modesta comunicación los rasgos fundamentales de la evolución del derecho mercantil en lo que va de siglo, a impulsos de las transformaciones económicas y sociales a las que el derecho mercantil es especialmente sensible. En efecto, quizá sea éste el derecho de la rama jurídica que más evoluciones ha sufrido en los tres primeros tercios del siglo xx. Ha sido un fenómeno de expansión constante a costa del derecho civil, el cual aparece históricamente como una rama desgajada del tronco. Sus repetidas crisis han sido crisis de crecimiento, de fractura de los moldes en que los legisladores decimonónicos pretendieron encerrar el derecho mercantil. Actualmente la expansión de este derecho ha sido tan grande que resulta difícil fijarlo en una definición que nos diese idea exacta de su contenido tan amplio y tan proteico es este que un ilustre jurista francés, mi antiguo colega y amigo el profesor Hamel lo llegó a calificar simplemente como derecho de los negocios. Lo cierto es que como la historia demuestra, la materia mercantil acotada por las leyes no puede servir para alcanzar la esencia del derecho mercantil. En ningún otro campo que no sea éste se observa cómo varía la materia regulada, no sólo a través de los grandes períodos de la historia, sino en una misma época legislativa, y no sólo en las leyes enlazadas temporalmente por el hecho de sustituirse una a otra, sino en leyes vigentes a un mismo tiempo. Así vemos que en el siglo pasado el Código español de 1885 (que reemplazó al de 1829), respondía, y hemos de creer a sus autores, a principios enteramente opuestos a los del código derogado. Y comparando este código español hoy vigente con el código vigente en Alemania, se comprueba la misma oposición conceptual: mientras el código español tiende a regir una serie de actos, a veces con

independencia del carácter mercantil o no de la persona que lo realiza, y sin preocuparse de si esos datos pertenecen o no a la serie orgánica de una empresa comercial el código alemán enfila el derecho mercantil desde el punto de vista del comerciante para reputar actos de comercio solamente aquellos en que interviene un comerciante, siempre que el acto en cuestión pertenezca al ejercicio de su industria mercantil. Pero las industrias mercantiles y no los actos aislados son el objeto del derecho mercantil alemán.

Por otra parte, los juristas hemos de reconocer que respondemos tardíamente al reto de la economía. Cuando los hombres desenvuelven una actividad económica, entran inmediatamente en relación con las normas jurídicas. Todas las manifestaciones de la vida económica son, al propio tiempo, manifestaciones del ordenamiento jurídico. Todo buen jurista debe vivir muy atento a los postulados de la economía para poder conformar rápidamente los nuevos hechos económicos de los esquemas jurídicos tradicionales, si ello es posible o a otros inéditos, si no lo es. Esto ocurre precisamente en nuestro derecho mercantil, a pesar de ser un derecho dinámico y vital más que el derecho grávido y estable del derecho civil. Quizá algunos mercantilistas mantengan todavía la ilusión de los redactores de los grandes códigos de comercio, quienes tuvieron la idea de aprisionar la materia mercantil, siempre variante y modelista, en las redes de un código llamado de comercio. En las cátedras hemos enseñado el derecho mercantil codificado del siglo XIX bajo el signo del capitalismo liberal. Un derecho fosilizado, en el que desfilan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios y que han sido reemplazados por otros que los códigos no registran.

Dividiré mi exposición en cuatro capítulos:

- I. La superación de los códigos llamados de comercio por consecuencia de su incapacidad para cobijar toda la materia mercantil.
- II. La entrada a escena de la empresa como protagonista del derecho mercantil moderno.
- III. La socialización y estatificación del derecho mercantil y del ocaso del liberalismo económico.
- IV. La unificación internacional del derecho mercantil.

II. LA SUPERACIÓN DE LOS CÓDIGOS LLAMADOS DE COMERCIO POR CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD PARA COBIJAR TODA LA MATERIA MERCANTIL

Quando en el año 1925 comenzaron mis estudios, los mercantilistas vivían a la sombra prestigiosa de los grandes códigos de comercio y todavía sonaban los ecos de la famosa discusión sobre la autonomía del derecho mercantil

frente al derecho civil. No se podía imaginar entonces que al cabo de medio siglo, la expansión del derecho mercantil a todos los ámbitos de la vida contractual iba a invertir los términos del problema, hasta el punto de hacernos dudar de la autonomía del derecho civil contractual frente a un derecho mercantil en constante progresión.

Los códigos de comercio del siglo XIX, a excepción del código alemán fueron redactados bajo el peso de la concepción francesa del derecho mercantil que se reflejó en el código de comercio francés de 1807. Inspirado este código en las ideas de la revolución, se propuso borrar en el derecho mercantil toda huella del derecho gremial o de clase. El derecho mercantil tenía que dejar de ser el derecho propio de los comerciantes para ser exclusivamente el derecho propio de una clase determinada de actos: los actos de comercio. Pero entendiendo esta expresión en un sentido distinto del tradicional. Mientras que en las compilaciones anteriores al código francés, el acto de comercio se refiere siempre al comerciante y a la industria mercantil, en el código francés se desligó por primera vez el acto de comercio de la persona del comerciante y formuló un concepto del acto de comercio que es en sí mismo incongruente: el llamado "acto de comercio objetivo", el cual pasa a ser el núcleo en torno al cual se agrupan las normas mercantiles en las legislaciones latinas. El proceso mental para alcanzar el acto objetivo de comercio, es un proceso de cirugía, de disección: una operación cesárea, consistente en separar el acto de su autor. Se prescinde de la persona (no importa que sea o deje de ser comerciante) y se coge con pinzas el acto, aislándolo como si fuese un cuerpo químico que se adquiere por medio de sus propiedades intrínsecas, universales y constantes, en todas las épocas y en todas las legislaciones. El legislador, después de esta operación cesárea se ha encontrado entre las manos con un acto de comercio en el cual la esencia mercantil se ha volatilizado completamente.

Rota toda conexión con el ejercicio profesional del comercio y aislado en sí mismo el acto llamado, sin embargo, acto de comercio, irrumpió en el campo del derecho mercantil una multitud de actos ocasionales, sin adscripción a una empresa, sin carácter profesional, sin pertenencia a una serie orgánica de actos iguales. Con ello quedó automáticamente rota la ecuación entre comercio y derecho mercantil porque el comercio es lo contrario del acto ocasional: es el acto repetido en serie orgánica, es la masa múltiple y uniforme de los mismos hechos: es la profesión. Sólo cuando el derecho mercantil vuelva en las leyes a ser un derecho profesional, volverá a ser un derecho del comercio.

La desdichada invención del acto de comercio objetivo se enseñorea de los códigos. Mas, paradójicamente, los juristas no aciertan con su concepto legal. No era fácil saber qué criterio había utilizado el legislador para incluir ciertas operaciones en el catálogo de los actos de comercio y para incluir

otras. El problema se complicaba al ver registrados en los códigos actos que no responden al concepto económico de comercio, como actividad mediadora entre productores y consumidores. Los legisladores seguían diversos criterios para acotar el acto de comercio. Los que redactaron el Código español de 1885 renunciaron a definir el acto de comercio, contentándose en estimar como tales los incluidos en el código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Por otra parte, se había producido un hecho inesperado que demostraba la insuficiencia de los códigos de comercio. Junto a los actos de comercio que los códigos reconocían, acampaban en las leyes especiales, fuera de los códigos, otros actos que también se calificaban como mercantiles. Esta evasión de los códigos de comercio comienzan ya en el año 1848 en Alemania con la publicación de la Ley Cambiaria y culmina en esta materia durante los años treinta a cuarenta del presente siglo con las leyes nacionales que adoptaron las leyes uniformes de Ginebra sobre letra de cambio y cheque. En materia de sociedades la evasión comienza en Francia con la venerable Ley de Sociedades Anónimas de 1867. A ella siguieron en Alemania las Leyes de 1937 y 1965; en España la Ley de 1951; en Francia la Ley de 1966 y en la Argentina la recientemente publicada bajo el número 19550, aunque esta ley regrese al código de comercio y quede integrada en él. El contrato de seguro se independiza de los códigos en Suiza, y en Alemania con las leyes del año 1908; en Francia con la Ley de 1930; en México con la ley de 1934 y en La Argentina con la Ley de 1967, que constituye un verdadero modelo en su género. La materia de quiebra es objeto de la primera ley especial en Francia en 1838, a la que sigue la de liquidación judicial de 1889; en Alemania se publica en 1879 la primera ordenanza de concursos; en Italia el ordenamiento de la quiebra separa del Código de Comercio por decreto del año 1942; en la República Argentina, a través de los proyectos de 1895, 1897 y 1950 se llega a la reciente ley que regula tanto la insolvencia civil como la insolvencia mercantil. Finalmente, las materias del llamado "derecho industrial", quedan integradas modernamente también en el derecho mercantil. Tal es el caso de los signos distintivos del comerciante, de las patentes, de invención y de introducción, y de las leyes *antitrust* del cual es ejemplo en Europa la ley alemana de 1957, que siguió el modelo que las leyes norteamericanas, y la ley española contra prácticas restrictivas de la competencia del año 1963.

Todo esto significa que desde el comienzo del siglo xx, y aun antes, el derecho mercantil clásico, contenido en el santuario de los códigos de comercio, sufre un proceso de desintegración. Sin duda esta realidad fue la que impulsó en el año 1915 al jurista alemán Arturo Nussbaum a lanzar su voz de alarma:

El Derecho mercantil está en trance de disolución. La ciencia del Derecho ha caído en una situación difícil. Aunque suena a paradoja el Derecho mercantil ya no es un Derecho de comercio sino un montón de las más heterogéneas materias.

En realidad esta alarma era infundada, pues si es cierto que los códigos de comercio habían quedado disminuidos, precisamente porque se había roto el paralelismo entre comercio y derecho mercantil, no es menos cierto que este último derecho, liberado del férreo lecho de Procusto, que representaba el concepto económico del comercio como pura actividad mediadora, se había extendido como mancha de aceite a todos los ámbitos del derecho patrimonial, incluso el inmobiliario. Y la realidad también era que, a medida que se reducía el contenido de los códigos mercantiles, aumentaba el número de las leyes especiales, que también constituían el derecho mercantil. Era aventurado pronosticar la muerte del derecho mercantil cuando su difusión iba siendo cada vez mayor, revitalizando las normas del derecho civil patrimonial. La conocida expresión "comercialización del derecho civil" demostraba que el derecho mercantil no desaparecía, sino que estaba vivo y con vigor para convertir gran parte del derecho civil en derecho mercantil.

Sin llegar a las conclusiones catastróficas de Nussbaum, es innegable que la progresiva diseminación del derecho mercantil, iba destruyendo poco a poco la ilusión de los mercantilistas de haber conquistado, con la publicación de los grandes códigos de comercio, la autonomía legal del derecho mercantil frente a la otra rama del derecho privado, contenida en los códigos civiles. Hoy puede afirmarse que los códigos de comercio resultan obsoletos, hasta el punto de que nadie pensaría en redactar un nuevo código de comercio, que abarcase toda la materia mercantil de nuestro tiempo.

Ahora bien, siendo ciertos estos hechos, sobre su demarcación legal, siempre quedaba en pie la cuestión de fondo, esto es, la razón de ser del derecho mercantil, tanto el incluido en los códigos de comercio como el recogido en las leyes especiales. La cuestión esencial no era una cuestión de deslinde de normas mercantiles frente a las civiles, sino la de averiguar la razón de ese deslinde. El problema no consistía en saber *qué* norma debía ser aplicable a una determinada relación humana, sino saber el *por qué* de esa aplicación. No era el *qué*; era el *por qué* del derecho mercantil.

Ésta fue precisamente la pregunta que agudamente se formuló a principios de siglo Felipe Heck, en un trabajo que se titulaba: *¿por qué existe un derecho mercantil privado, separado del derecho civil?* Había que buscar la respuesta recurriendo a la observación de la realidad económica, Heck buscó el concepto del derecho mercantil en el terreno diametralmente opuesto al de la concepción atomística, fundada sobre la base incongruente del acto objetivo de comercio; y lo halló en el sector de la repetición uniforme

de unas mismas operaciones. El derecho mercantil se caracterizaba, según esta doctrina por la necesidad de una copiosa repetición de los mismos hechos, de la conclusión de múltiples negocios, que se condicionan recíprocamente. Justamente porque la técnica mercantil se caracterizaba por esa reiteración de operaciones, hubo necesidad de crear un derecho especial separado del derecho civil, con normas materiales y jurisdicción propia. Por imperio de las exigencias económicas que vino a satisfacer el derecho mercantil, está, por esencia, concluía Heck, destinado a regular los actos en masa realizados profesionalmente.

El mérito de esta doctrina consiste, a nuestro juicio, en haber hallado el único camino para llegar a la esencia del derecho mercantil. Si la realización de actos en masa exige una organización adecuada y esta organización se llama empresa, el derecho mercantil, por el derecho que regula los actos jurídicos realizados en masa, será un derecho que tenga mucho que ver con la empresa. La empresa se levanta así en el horizonte del derecho mercantil como concepto esencial que ha de irradiar gran luz para alcanzar la esencia del derecho mercantil. Y la primera consecuencia será que los llamados actos de comercio dejan el paso a los actos de empresa como materia propia del derecho mercantil, el cual, dejará de ser definido en estrecha vinculación con el concepto económico de comercio.

III. LA ENTRADA A ESCENA DE LA EMPRESA COMO PROTAGONISTA DEL DERECHO MERCANTIL MODERNO

La empresa pasa al primer plano en la doctrina mercantilista. Unos autores —siguiendo a Wieland y a Mossa— conciben el derecho mercantil como el derecho de las empresas, por ser la empresa el sector cerrado de actuación económica que coincide con el sector de aplicación del derecho mercantil moderno. Para otros —entre los que yo me cuento— la empresa no monopoliza el derecho mercantil; sino que se limita a regir algunos aspectos suyos, en consecuencia con otras ramas del derecho como son la fiscal, la administrativa, la penal y, sobre todo, la laboral. Para que el derecho mercantil se hubiese convertido en el derecho de la empresa, sería preciso que abordase tanto el aspecto externo, es decir, la actividad del empresario, como el aspecto interno, es decir, la organización de los factores que integran la empresa, su coordinación y armonía, su proporcionalidad, etcétera.

Este segundo aspecto queda al margen del derecho mercantil y por eso he dicho muchas veces que nuestro derecho está todavía a la puerta de la empresa, sin haber logrado tomar plena posesión de ella. Nuestro derecho se limita a ser el derecho del empresario, individual o social, y de su actividad externa, manifestada en los contratos que no se conciben sin su vincu-

lación a una empresa, por exigir, a causa de su constante repetición uniforme, una organización adecuada. Para que el derecho mercantil llegase a ser realmente el derecho de las empresas, tendría que incluir la regulación del trabajo en el seno de la empresa, invadiendo la esfera propia del derecho laboral. La identificación entre el derecho mercantil y el derecho de la empresa exigiría haber alcanzado un concepto jurídico de ésta y haber trasladado ese concepto a una ley. Y es sorprendente observar que en la reforma legislativa italiana de 1942, en la que por primera vez en la historia la empresa penetra en un código privado, la definición de empresa está ausente del Código civil, cuyo libro v que lleva la rúbrica bien significativa de *Libro del Lavoro* se trata sencillamente del trabajo dentro de la empresa, concebida ésta rectamente como una comunidad de trabajo y, al propio tiempo, se regulan las sociedades tradicionalmente llamadas mercantiles que pueden ser titulares de una empresa. Pero la empresa misma sigue al margen de la codificación.

El derecho mercantil sólo regula dos sectores de la empresa: El estatuto personal del empresario individual y social y la actividad externa (contractual) del empresario. Afirmar que el derecho mercantil es el derecho de la empresa equivale a tomar por el todo la parte antes citada y a suscitar el problema de la economía del derecho mercantil. Es curioso que cuando en 1942, por obra del Código civil italiano la empresa penetra por primera vez en un código privado, los ilustres juristas italianos tuvieron que dedicar sus inteligentes esfuerzos a demostrar que la supresión del Código civil en la legislación italiana ha implicado la pérdida de la autonomía del derecho mercantil, el que seguía vivo dentro de las normas del nuevo Código civil. El ejemplo del Código civil italiano se ha seguido por otros códigos de habla hispánica, que han elevado la empresa a costa del derecho mercantil.

Mas, sea cual fuere el criterio legal que se adopte en este punto, lo cierto es que la doctrina de la empresa ha conmovido las bases del derecho mercantil tradicional y, por consecuencia, ha contribuido a su crisis actual. Desde el momento en que el derecho mercantil tiene como objeto, no una determinada clase de actos, sino el estatuto y la actividad externa de una determinada organización de cosas y de personas (la empresa), forzosamente ha de entrar en contacto con normas jurídicas de diversa naturaleza que protegen intereses, quizá antagónicos, a los que el derecho mercantil se había cuidado de proteger.

Recordemos, en efecto, que al entrar el capital en la empresa moderna, se adueñó de ella, reservándose su exclusiva dirección. Frente a esta realidad el Estado moderno no permanece indiferente. La razón está en que la empresa es, al propio tiempo, sujeto del derecho mercantil y sujeto del moderno derecho de la economía, que se caracteriza por la invasión de normas coactivas en el campo antes reservado a la libre iniciativa del empresa-

rio. La coincidencia de normas jurídicas privadas y de normas jurídico públicas ha provocado una colisión en la que triunfan las primeras, al propio tiempo que señalan el ocaso del derecho mercantil vaciado en los moldes del liberalismo económico.

El capitalismo liberal, al que tan sumisamente ha servido el derecho mercantil, ha tenido su época heroica y gloriosa. El sistema de la iniciativa privada y de la libre concurrencia ha dado frutos espléndidos al estimular las grandes iniciativas de los hombres más audaces y emprendedores, al despertar en todos la afición por los negocios, al permitir la selección de los mejores. Por eso sería absurdo negar la iniciativa privada y sustituirla por la del Estado.

Los códigos de comercio del siglo pasado se inspiraron en el dogma liberal tanto en política como en la creación y funcionamiento de las empresas mercantiles. Hasta bien entrado el siglo xx, el derecho mercantil se basó en el principio de la absoluta autonomía de la iniciativa económica frente a la organización política. Según esta concepción el proceso económico debe regularse con sus propias leyes naturales reflejadas en el principio de la oferta y la demanda. Queda libre la fundación de las grandes sociedades anónimas y también libre la actividad de los empresarios para organizar sus empresas, para dirigir las, para mantenerlas o para suprimirlas.

Pero hay que reconocer que el sistema capitalista está sufriendo grandes transformaciones y que, a consecuencia de ellas, el derecho mercantil clásico, vaciado en los moldes de ese capitalismo, ha entrado en el período de su descomposición. A la idea del individualismo económico, que constituye la médula de las instituciones del viejo derecho del comercio, el nuevo derecho de la economía sustituye la idea de la solidaridad económica. Pero el derecho sigue en todas partes siendo deudor de una respuesta adecuada al reto de la economía. Se ha limitado a aceptar resignadamente ciertas reformaciones anticapitalistas de los esquemas jurídicos capitalistas implantados en el siglo xix y a contemplar impasible cómo se va colmando como una jungla de disposiciones administrativas el vacío de las leyes mercantiles. Fieles a las enseñanzas de las leyes y de los jurisprudentes del siglo pasado, se vino redactando leyes de sociedades anónimas que responden a esquemas amenazados hoy de honda transformación y seguimos prestando nuestro concurso a las fusiones y absorciones de sociedades entre sí, sin darnos cuenta quizá, de que estamos preparando el advenimiento del heredero forzoso de la fabulosa concentración industrial moderna, a saber, el Estado. Hoy se podía escribir un libro parecido al que en 1820 publicó un jurista francés, Morin, con el título *La revolte des faits contre le Code*. Una obra de este tipo, y por cierto magistral, ha escrito el gran jurista francés Ripert con el nombre *Les aspects juridiques du capitalisme*. En ese libro se destaca que a principios del siglo actual el fin supremo de la vida consiste para todos

en adquirir la riqueza como cada hombre adopta como ideal de vida lo que es objeto de la actividad propia del empresario. El derecho comercial —termina diciendo—, va a dominar la vida civil.

Lo cierto es que el principio de la autorregulación del proceso económico encontró rápidamente en la práctica muchas correcciones y atenuaciones.

IV. LA SOCIALIZACIÓN Y ESTATIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL Y EL OCASO DEL LIBERALISMO ECONÓMICO

Esas normas de derecho público, que conducen inevitablemente a la estatificación y a la socialización del derecho mercantil, están impulsadas por un doble movimiento: el de la intromisión del Estado en las empresas y en su actividad externa, regulada antes exclusivamente por el derecho mercantil; y el de la aspiración de los trabajadores de la empresa a participar en su dirección.

a) En el primer aspecto, el Estado no se muestra impasible ante el enorme poderío de las grandes sociedades anónimas sino que, considerándolos como pieza de la economía pública, unas veces participa en ellas con capital propio (empresas de economía mixta); otras veces funda la sociedad de manera exclusiva como el único accionista, aun haciendo protesta de someterse al derecho mercantil, cosa que en realidad no ocurre; o les impone el objeto y la localización de su actividad mediante los llamados “planes de desarrollo”, como ocurre actualmente en España; y en general exige de ellas una amplia información respecto de su situación patrimonial, en defensa de quienes aportaron a la sociedad sus capitales. La injerencia del Estado en las grandes sociedades anónimas, ha llegado a un lamentable extremo en el proyecto italiano de reforma de la sociedad por acciones, aún no convertido en ley, al atribuir al gobernador de la Banca de Italia, no sólo funciones de fiscalización sobre las cuentas; sino funciones de gestión que interfieren la actividad de los propios, de los administradores sociales y aun de la Junta General. En el aspecto externo de la empresa, las manifestaciones de la injerencia del Estado son bien conocidas: limitación del comercio de exportación e importación bajo el régimen de licencias administrativas, control de mercado de divisas, tasa de precios en el comercio interior, obligación de vender los productos agrícolas a organismos estatales, etcétera.

La socialización de la sociedad por acciones que en un trabajo publicado por mí en el año 1933, se aducía como uno de los nuevos hechos que reclamaba un nuevo derecho para este tipo de sociedades, alcanza hoy una fuerza tal de penetración que sería vano el esfuerzo de oponerse a ella. Todas estas deformaciones del régimen capitalista, en el que ha vivido hasta ahora el derecho mercantil, como quitaesencia de ese régimen, son aceptadas por los

hombres de negocios, sin darse cuenta quizá de que son indicio del proceso de descomposición de ese régimen.

Hace treinta años Lippmann removía las aguas estancadas de la laguna capitalista, denunciando el peligro de la colectivización, que es el resultado de las grandes concentraciones industriales, consecuencia, a su vez de las leyes que permitieron la fundación de sociedades cuyo capital se integraba de las acciones de otras sociedades. Afirmó que los grandes negocios, nacidos de la creación de una *holding*, son enteramente incompatibles con los principios de una economía libre; y que, de hecho, son la forma que adopta el colectivismo entre los hombres de negocios. Recordemos —añadía— que el movimiento socialista se funda en la idea de que cuando los grandes negocios hayan suprimido la libertad de prensa y reemplazado el mercado por el arbitrio administrativo, el negocio está maduro para la socialización y será fácil la transferencia: no habrá más que desposeer a los accionistas y convertir en funcionarios a los administradores.

b) Pero quizá donde más claramente se advierte la socialización del derecho mercantil es en el movimiento ascensional del elemento obrero hacia los puestos de mando en las empresas mercantiles. Desde todos los sectores se ha mirado con simpatía esta aspiración. Pero el sistema jurídico adecuado ha sido objeto de vivas controversias y puede decirse que es un problema que aún no está resuelto satisfactoriamente.

Los accionistas creen que, por estar dentro de la sociedad anónima son propietarios de la empresa. Pero los trabajadores no se engañan. Saben perfectamente que están fuera de la empresa, que están alienados de ellas y porque lo saben aspiran a entrar. Y aquí comienza el drama, el drama de la penosa ascensión del elemento trabajador, en busca de un puesto dentro de la empresa, que no sea el de simple asalariado. No se sienten satisfechos los trabajadores con el salario; aunque sea un salario vital o un salario proporcional. No se sienten satisfechos con las obras de asistencia social, ni con la participación en beneficios, ni con los comités en empresa en Francia, ni los jurados de empresa en España. Los obreros piensan que como la empresa se ha confundido con la sociedad anónima a pesar de ser conceptos enteramente distintos (la sociedad anónima podrá ser titular de una empresa; pero no la empresa misma que es como comunidad de trabajo, lo contrario de una sociedad capitalista), entrando en la sociedad anónima habrán logrado entrar en la empresa. Claro es que semejante tesis, no puede ser compartida por nosotros los juristas. Pero los obreros no comprenden, naturalmente, nuestras sutilezas.

Algunos legisladores (como en Alemania y en España con la ley de 21 de julio de 1962) han optado por resolver el problema, al menos en el papel, poniéndose a nivel de los trabajadores en la confusión entre empresa y sociedad anónima, y han establecido el sistema llamado, con voz poco eufó-

nica, "sistema de la cogestión", traducción incorrecta de la palabra alemana *Mitbestimmung*.

Desde el punto de vista social este sistema es plausible. A los obreros se le abren las puertas de la sociedad anónima, que hasta ahora tenían cerradas. En acto de buena vecindad se invita a los obreros a entrar en la fortaleza capitalista y a tomar asiento ante la mesa de los consejos de administración, junto a los representantes del capital.

Pero desde el punto de vista del derecho mercantil la objeción fundamental contra este sistema consiste en haber injertado en una corporación esencialmente capitalista, como es la sociedad por acciones, una pieza discordante, que rompe la armonía del sistema sin ventaja para nadie. Los obreros nada tienen que opinar sobre los problemas que afectan al capital exclusivamente.

El problema había que intentar resolverlo de dos maneras: o bien creando un auténtico derecho de la empresa, al que subordinase el derecho de la sociedad anónima; o bien contentándose con una solución de compromiso, fuera del terreno en que el problema debe ser resuelto. Como la primera solución era difícil, en España hemos optado por la segunda. Pero la realidad es que un auténtico derecho de la empresa, que confiera participación en ella a los obreros, ha de ser el que regule y armonice los diversos elementos económicos que confluyen en ese organismo, situando a cada uno en el lugar que en justicia le corresponde. Por el contrario, mediante el cómodo, pero contradictorio sistema de la *cogestion*, mientras se produce la deformación de la estructura capitalista sociedad anónima, no se consigue resolver el problema de la ordenación jurídica de la empresa, porque el cauce adecuado para ello era el derecho de la empresa y no el derecho de sociedades. Mas como el derecho de la empresa está aún por hacer, el problema se ha trasladado cómodamente al derecho que está hecho: el de la sociedad anónima. Que nadie vea en mis palabras una repulsa al legítimo deseo de los obreros de participar en la dirección de las empresas. Mis palabras se inspiran en otro deseo igualmente legítimo: el de situar a los obreros dentro de la empresa en una posición condigna con el elemento del capital; pero sin atacar la esencia de una sociedad eminentemente capitalista, como es la sociedad por acciones.

V. LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO MERCANTIL

En estos últimos años se ha renovado el movimiento en pro de la unificación del derecho mercantil. En la Edad Media este derecho se caracterizaba por la existencia de usos uniformes internacionales, nacidos del calor de las ferias en las que concurrían, como remansos de paz, comercian-

tes de todas las naciones del centro y del sur de Europa. Este universalismo del derecho mercantil se había extinguido con la publicación de los grandes códigos de comercio en el siglo pasado y ello había conducido a la nacionalización del viejo derecho mercantil, que pasó de ser el derecho de los comerciantes, a ser el derecho de los actos que suelen realizar los comerciantes.

Mas de aquí que este nacionalismo del derecho mercantil trajo consigo una consecuencia poco equitativa. Las naciones poderosas, superindustrializadas, imponían sus condiciones en los contratos con los países subdesarrollados, de los que adquirían las materias primas para la industria y revendían luego los productos con contratos tipos o condiciones generales a cuya elaboración habían sido ajenos los países de economía rudimentaria.

Las normas sobre la letra de cambio y el cheque habían sido unificadas por las leyes uniformes de Ginebra de 1930 y 1931. La unificación de las normas sobre la venta internacional de mercaderías venía siendo objeto de profundos estudios, iniciados en 1934 por el profesor Rabel y al fin, se había llegado en La Haya en el año 1964 a formular una ley uniforme, que obtuvo adhesión de un escaso número de países.

Lo cierto es que ninguno de los organismos de unificación del derecho mercantil contaba con una aceptación universal, porque cada uno de ellos respondía a sistemas económicos distintos. El llamado CAEM (Consejo de Asistencia Económica Mutua) es un organismo de las naciones situadas más allá del telón de acero; mientras que en los países occidentales los trabajos más interesantes se realizaron con el "Instituto de Roma para la unificación del Derecho privado". Frente a esos organismos regionales, inspirados en sistemas económicos y políticos contrapuestos, la Asamblea de las Naciones Unidas ha creado en 1967 un nuevo organismo para la armonización y unificación del derecho mercantil sin distinción de sistemas al que pertenecen 36 naciones con juristas del mundo entero, políticos, o económicos la "Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" (UNCITRAL).

Sus 29 miembros se integraban en cinco grupos: el africano, el asiático, el socialista, el centro y sudamericano y el occidental. En esencia, la misión de la UNCITRAL consiste en la superación del derecho internacional privado, sustituyendo el método clínico de las normas de conflicto, por el método preventivo de las leyes uniformes.

Claro está que los que pertenecíamos a ese nuevo organismo no teníamos la pretensión de unificar todo el moderno contenido del derecho mercantil, al cual me he referido antes. Sería utópico querer armonizar y codificar todo ese inmenso conglomerado de normas. Si hoy no cabe pensar en la confección de un código de comercio nacional, menos todavía en un código de comercio internacional. Hemos visto antes que el fenómeno legisla-

tivo ya no es hoy de concentración de normas bajo un mismo código; sino de disgregación de esas normas en leyes especiales distintas del código.

Estas razones movieron a la comisión a reducir su trabajo inicial a ciertos temas de carácter prioritario. En primer término era lógico llevar a cabo la unificación de las normas sobre compraventa de bienes muebles corporales, como contrato típico al que se vincula históricamente la actividad mediadora de los comerciantes. Los demás temas prioritarios podemos decir que han sido temas vinculados a la venta, como temas satélites o accesorios suyos. Tales con la prescripción de las acciones nacidas de ese contrato; los instrumentos de pagos internacionales; los créditos y garantías bancarias, las condiciones generales de la venta, el transporte marítimo y el arbitraje. La comisión se ha reunido en pleno de sesiones anuales a partir de 1968.

La labor no era fácil pues había que buscar para cada tema el *consensus* de juristas, no sólo pertenecientes a diversos sistemas legislativos; sino de distinta mentalidad jurídica también. A esta realidad se sumaba la natural dificultad de redactar normas por un colegio compuesto por 29 personas. Ello se ha traducido en una cierta lentitud en los trabajos. El estado de ellos es el siguiente:

Se discutió ampliamente a lo largo de varios años la Ley Uniforme sobre la venta de cosas muebles, cuya primera versión data de 1964. Se trató también de la creación de un instrumento de pagos internacionales; se trató igualmente de los plazos y prescripción en la materia de venta de mercaderías y de la formación del contrato; asimismo se estudió el arbitraje internacional, etcétera.

Pues bien, en la última sesión celebrada en Nueva York en abril del presente año, el grupo de trabajo correspondiente completó el anteproyecto de Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercancías, proyecto que ha sido remitido a los gobiernos para emitan sus comentarios y que será objeto de examen por la UNCITRAL en su próxima reunión de 1977.

En esta misma sesión se aprobó un proyecto de ley de transporte marítimo cuyo objeto ha sido actualizar la reglamentación de los contratos celebrados mediante conocimiento de embarque sustituyendo el Convenio de Bruselas de 1924 y el Protocolo de 1968. En esencia el proyecto supone una traslación de responsabilidad del cargador al portador con ciertos límites y excepciones. Se ha formulado también un proyecto de reglamento para cumplimentar los reglamentos existentes especialmente el llamado arbitraje administrativo (Cámara de Comercio Internacional). Finalmente en el tema de los pagos internacionales el grupo de trabajo *ad hoc* ha finalizado la primera lectura del anteproyecto de la Ley Uniforme sobre letras de cambio y pagarés internacionales, pero no se prevé tener disponible el texto definitivo hasta finales de 1977 o comienzos de 1978.

Termina aquí mi pequeña historia de lo ocurrido en el derecho mercan-

til a lo largo de este siglo. Durante este tiempo nuestro derecho ha sufrido varias crisis: una de crecimiento, que le han llevado a ser hoy el derecho general de la contratación moderna. Otras de estructura, derivadas del doble movimiento, antes apuntado, de socialización del derecho mercantil que ha llevado a cambiar la fisonomía del derecho, como expresión jurídica del capitalismo. Para estos nuevos hechos se necesita crear un nuevo derecho, ese nuevo derecho que yo postulaba el año 1933 para la sociedad anónima. Pero la respuesta de los juristas al reto de la economía, como dije antes llega siempre con retraso. Yo estoy seguro de que el derecho mercantil no se disuelve como afirmó en su día Nussbaum; sino que se propaga a todos los ámbitos de la vida jurídica. Si se disuelve es sólo en el sentido de romper la vinculación con el concepto económico de comercio o de superar ciertos dogmas de un capitalismo ya en su ocaso. Y si es cierto que los mercantilistas presenciamos estas transformaciones, estoy seguro de que sabremos renovar y afinar nuestros instrumentos para crear un derecho mercantil nuevo que responda al reto de la nueva economía y que sirva mejor a la idea de la justicia, madre del derecho.