

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

GARRIGUES, Joaquín: "Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias". Ed. Tecnos. Madrid, 1971. 352 págs.

Debemos agradecer al Profesor Garrigues que cediendo al deseo de buenos amigos se decidiese a publicar unos trabajos que vieron la luz o se expresaron en lecciones a lo largo de más de cuarenta años en la Universidad de Madrid, profesando la enseñanza del Derecho Mercantil, según nos explica el autor en el Preliminar de este libro.

Es curioso que a dicho libro lo tittle «Hacia un nuevo Derecho Mercantil» por creer que era el que mejor traducía la constante preocupación del autor ante el divorcio del Derecho y la realidad, ante la necesidad de hallar nuevos moldes jurídicos para las incesantes transformaciones de la realidad económica y social. Y no obstante, y pese a que esa realidad económica y social tanto ha mudado desde que el autor escribió los primeros trabajos contenidos en el libro, siguen siendo éstos de una gran actualidad, y de un gran interés. Y ello se debe en gran parte a la «buena técnica» del profesor Garrigues en su elaboración doctrinal, que parte de la realidad humana, social y económica, poniéndola en contacto con la norma y buscando en todo caso las razones o causas de ésta para juzgar de su acierto o proponer su reforma ofreciéndonos así un conocimiento científico de la materia que siempre ha de tener interés, y que indudablemente la tiene en los temas que recoge el libro del que ahora damos noticia.

I. «*Nuevos hechos, nuevo derecho de la Sociedad Anónima*».—Se trata de un estudio que hizo el autor en el año 1933 y en el que somete a crítica el Proyecto español de reforma de 1926.

La actualidad de su pensamiento se manifiesta hasta en detalles que se nos aparecen como accesorios. Así, la crítica que en el capítulo I hace a los «técnicos», mejor dicho, a los «malos técnicos» como juristas divorciados de la vida que resuelven los problemas que se les plantean con operaciones puramente lógicas desconectadas de la realidad, sigue teniendo hoy plena vigencia ante la proliferación de técnicos y tecnócratas que sin pisar terreno firme construyen castillos en el aire que se derrumban o habrán de derrumbarse al menor sopló que se produzca.

Estudia Garrigues en este trabajo los rasgos esenciales de las primitivas sociedades anónimas surgidas en Holanda a principios del Siglo XVII, aunque tenga precedentes más antiguos caracterizadas por su *dependencia respecto del Estado* tanto en su nacimiento, mediante el sistema de «octroi» como en la vida de la sociedad al reservarse el Estado una constante intervención y tutela en la misma; y por la *desigualdad de derechos entre los accionistas* ya que a los accionistas principales o grandes accionistas se les reserva unos derechos y tienen un influjo en la Sociedad de que carece el pequeño accionista cuyos derechos en la práctica

se limitan a percibir el dividendo y a participar en el capital en el momento de la liquidación. La S. A. tiene una significación pública más que privada.

En el Siglo XIX la S. A. se democratiza, se independiza frente al Estado y se reconoce la igualdad de derechos entre los accionistas adquiriendo una significación privada, tendencia que recoge el Código de Comercio español cuya normativa acorde con los principios de liberalismo democrático de la época en que fue elaborado, se destaca por la gran libertad que concede en la materia recogida en 24 artículos y además con el carácter dispositivo que en términos generales proclama su artículo 121.

La regulación del Código de Comercio se caracteriza por su gran penuria normativa que obliga a nuestros hombres de negocios a prescindir de él en el momento constitutivo tomando como Derecho objetivo los estatutos de cualquiera otra sociedad en funciones.

Las notas fundamentales del concepto clásico de S. A. tal como aparece dibujado en las legislaciones anteriores a la guerra (hay que suponer se refiere a la de 1914-18) las sintetiza Garrigues en las siguientes:

Es una sociedad capitalista, en consecuencia, es apersonal o impersonal, es de responsabilidad limitada, y la cualidad de miembro de la misma está teñida de la coloración capitalista que da el tono fundamental a la S. A.

El principio fundamental que rige la posición del accionista en esta época es el de igualdad de derechos dentro de una constitución democrática.

Pero se producen nuevos hechos que no se corresponden con las palabras de la ley. En la práctica se produce una quiebra del principio liberal y democrático: en la esfera interna propenden a configurarse en el régimen aristocrático de los comienzos, y en la esfera externa la S. A. va perdiendo su significación privada para convertirse en un órgano de la economía nacional que ha de ser, por tanto, vigilado e intervenido por el Estado.

Con más detalle estudia Garrigues estas nuevas tendencias:

a) *Socialización de la S. A. en el aspecto externo*, debilitándose el propósito de lucro y produciéndose una fuerte intervención estatal, más acentuada en unos sectores que en otros, y distinta según los países.

b) *Subsistencia de la forma jurídica privada de sociedad por acciones*, que se estima debe mantenerse a pesar de que por la gran influencia del factor económico-público la S. A. adquiere carácter institucional.

c) *Las antítesis fundamentales en el aspecto interno de la S. A.* se manifiestan de un lado en la oposición entre accionistas y administradores, sobre todo en las grandes empresas en las que los primeros buscan ante todo su interés egoísta y los últimos, por el contrario, el interés de la empresa; y en la oposición entre los diversos grupos de accionistas no ya sólo en la fase constitutiva, sino durante la vida de la sociedad. La cita que hace Garrigues de la obra de José de la Vega, que ya en el año 1688 se ocupaba de este fenómeno, es de especial interés.

d) *Las dos tendencias fundamentales* se corresponden a tales movimientos internos contrapuestos: la defensa de la administración y de la empresa, a través de las acciones de voto múltiple y de las acciones reservadas; y la privación o reducción de derechos al pequeño accionista.

Las últimas tendencias se mueven en el sentido de imponer a los grandes ac-

cionistas una cierta responsabilidad como contrapartida al influjo decisivo que en la vida de la sociedad ejercen.

e) *El derecho de voto de los Bancos depositarios de acciones* merece una especial atención del autor. En la práctica española el depositante de las acciones concede autorizaciones con distintas fórmulas.

En el depósito de acciones típico la autorización concedida al Banco o tácitamente asumida por éste, no es un verdadero apoderamiento porque el Banco actúa en nombre e interés propio. Pero tampoco es un caso de transmisión fiduciaria de la propiedad porque el accionista que quiere seguir siéndolo, sólo transmite al Banco la externa legitimación para ejercer el derecho de voto como si fuera accionista. Se trata de una cesión legitimadora para el ejercicio del derecho de voto.

Como puede apreciarse por lo expuesto, el primer capítulo del libro que examinamos tiene aún en la actualidad un gran interés. Las circunstancias sociales y económicas del año en que vivimos son distintas a las del en que el autor lo escribió. Es más, algunos de los hechos que contempla el autor han sido previstos en la Ley de 1951 para corregirlos o para encauzarlos. Más pese a ello las tendencias que denuncia siguen manifestándose, como si más que de «nuevos hechos» se tratara de un fenómeno permanente, de lucha constante de intereses en el seno de la Sociedad anónima desde que ésta se privatizó ante el cual el jurista tiene siempre una tarea permanente en la búsqueda de nuevas soluciones. En esta tarea puede ser de valiosa ayuda el estudio del Derecho comparado, que Garrigues y con relación a su época nos ofrece con profusión en este interesante capítulo.

II. *Intermedio epistolar y discurso en el homenaje de la Universidad de Madrid a Ortega y Gasset.*—Paréntesis de Filosofía jurídica que se inicia con una carta a Garrigues que le dirigió don José Ortega y Gasset en el año 1949 y en la que el gran filósofo español a propósito del Derecho romano distingue entre:

- 1.º El Derecho como realidad jurídica vivida por el romano.
- 2.º La reflexión sobre esa realidad de los técnicos jurisperitos, por tanto la teoría técnica del Derecho o jurisprudencia que ya no es realidad jurídica sensu stricto.
- 3.º La reflexión sobre esa jurisprudencia que da una teoría abstracta del derecho es decir la llamada filosofía del derecho.

Ortega propone acudir a la realidad viva penetrando a través de las costras teóricas, renovando «a radice» el estudio de todo el derecho.

Garrigues le contesta en el mismo año con otra carta en donde muestra sus dudas acerca del pretendido divorcio que Ortega y Gasset afirma existía entre las definiciones del Digesto y el Derecho vivido por los romanos precisamente por que las respuestas de los juriconsultos que el Digesto contiene sólo pretendían resolver casos prácticos sin proponerse hacer doctrina ni menos filosofía jurídica.

Sin embargo el tema central de su epístola se refiere a la cuestión de si el Derecho lo es por ser justo, o si es justo por ser Derecho. Garrigues entiende que el concepto actual del Derecho como realidad cuyo sentido estriba en servir a la Justicia no era extraño a los romanos, puesto que si bien se utilizó la palabra justo para calificar lo que más tarde se llamará legítimo no quiere ello decir

que los romanos desconocieran la idea de la justicia como voluntad de dar a cada uno lo suyo y en definitiva como madre del Derecho «est ius a iustitia sicut a matre sua ...»).

A continuación recoge el Libro en versión taquigráfica el Discurso que pronunció Garrigues en el Homenaje de la Universidad de Madrid a Ortega y Gasset. En él se hacen unas consideraciones sobre la Universidad española y aun sobre Europa, que siguen teniendo notable interés en nuestros días. Pero la parte más interesante del Discurso queda enlazada con las ideas expuestas en las Epístolas antes referidas. Frente a las consecuencias de la concepción del Derecho de Ortega proclama Garrigues que el Derecho necesita de juristas como la Medicina de médicos. El Derecho romano, dice el autor, fue un derecho de juristas y no un derecho popular. En todo caso hay que tener en cuenta, dice Garrigues, que la misión más alta del Derecho está en servir a la idea de la Justicia y la realización de la Justicia debe ser el último objetivo de todo jurista.

III. «*Problemas actuales de la Sociedad Anónima*».—Cuatro lecciones que el maestro Garrigues explicó en el cursillo mantenido en la «Sociedad de Estudios y Publicaciones» de Madrid, y que son las siguientes:

1.^a *La Sociedad Anónima y el Estado*.—En la evolución de la Sociedad Anónima podemos observar como de la dependencia frente al Estado que crea la sociedad por un acto llamado de incorporación, se pasa a una independencia respecto del mismo para volver nuevamente a sufrir actualmente una creciente intromisión estatal en el ámbito de estas compañías. Fenómeno que explica el autor con claridad meridiana.

Con la introducción de la sociedad anónima y la emisión de esos títulos que llamamos acciones vamos a ver sustituido el concepto tradicional de la propiedad sobre las cosas, sobre las joyas, sobre los palacios, sobre las tierras, para remplazarlo por una propiedad que se va a referir a unos papeles que la sociedad emite. De esta suerte, la idea de la propiedad se deshumaniza, se racionaliza y esto a través del título-valor, de la acción.

No es extraño que los detractores del capitalismo ataquen a través de su instrumento mágico, la S. A.

Sin embargo va apareciendo otro fenómeno, el de la socialización de la Sociedad Anónima. Cuando la S. A. vive largos años y aumenta su poder económico, va perdiendo sus características de empresa privada para convertirse en una asociación semipública con gran poder económico y social que se manifiesta: en la concentración de los recursos del capital disponible que permitirá a las grandes sociedades la dirección y el ritmo de la producción industrial, de la investigación técnica, en la política de precios y del nivel de consumo; en la alienación de los obreros situados al margen de las empresas dominadas por las grandes S. A.; y en la amenaza constante a los principios del mercado libre y de la libre formación de precios.

Ante esta realidad el Estado reacciona con una serie de disposiciones legales que van desde la participación del Estado y de las corporaciones públicas en el capital de las S. A. privadas hasta su plena nacionalización o socialización: vemos pues como la tendencia moderna al gigantismo de las S. A. favorece su nacionalización.

Otra reacción del Estado se produce con la legislación antimonopolística de

cuya conveniencia se ha dudado ante la consideración de que ni la libre competencia es necesariamente un bien ni el monopolio necesariamente un mal. El autor examina brevemente las líneas fundamentales de la ley de 20 de julio de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia.

Y en fin otro de los medios empleados por el Estado para reducir la fuerza del capital en la S. A. y defenderse de su poderío ha sido el llamado «sistema de la cogestión y de la codeterminación en las S. A.». Ante la falta de un Derecho creado para la empresa el Estado ha adoptado por transplantar el problema desde la empresa a la S. A., concediendo así una participación minoritaria a los obreros en el seno de los Consejos de Administración. Garrigues tilda de «grave error» esta medida que supone llevar el problema de la participación obrera fuera de su propio marco, el de la empresa, al marco capitalista de la Sociedad Anónima.

Al margen de estos medios de defensa del Estado frente a la S. A. está la legislación general sobre la S. A. que puede ser contemplada desde el punto de vista de los propios accionistas y desde el punto de vista de los terceros.

2.^a *La S. A. y los accionistas.*—a) Estructura legal de la S. A.—La S. A. es una corporación con dos órganos fundamentales Asamblea deliberante y órgano ejecutivo de sus decisiones. A los accionistas se les conceden abundantes derechos de índole económica o política, y entre éstos como fundamental el derecho de voto en la Junta de accionistas.

b) El desinterés del pequeño accionista.—Lo que ocurre es que en la práctica se produce el fenómeno del absentismo del accionista que se desentiende de la vida de la sociedad lo que hace que en las Juntas de socios las propuestas de los Consejos de Administración se aprueben sin debate y por aclamación que excusa la votación. No se lee la memoria, ni el balance, no se interesa nadie por las cuentas.

A las diversas categorías de «interés» deberán corresponder distintos derechos.

c) Mayorías y minorías.—Las decisiones de la Junta están sometidas al principio de la mayoría lo que ocurre es que no siempre se identifica el interés de la mayoría con el interés de la sociedad. En la misma Ley hallamos preceptos que autorizan a la minoría para resistir los acuerdos de la mayoría. Es lo que se llama la «defensa de las minorías».

¿Está justificada esa defensa? Porque dado el fenómeno del absentismo, hay un desplazamiento de poder desde la mayoría a la minoría organizada a la que basta el 10 por 100 o el 15 por 100 del capital de una S. A. para apoderarse de su control. En las grandes sociedades lo que hay que tutelar es precisamente a los accionistas no organizados que son la mayoría frente al grupo minoritario que detenta el poder.

Uno de los instrumentos para conseguir el control es el de la llamada «sindicación de acciones». Examina Garrigues los pactos sobre ejercicio del voto y concluye afirmando que no hay base para establecer una indemnización o una cláusula penal en caso de incumplimiento. Por tanto, añade, si son inútiles, no perdamos el tiempo en averiguar si son o no lícitos. Pese a lo cual sigue en el examen del tema con la figura del «sindico» en los sindicatos de accionistas y especialmente en los sindicatos de bloqueo de acciones y resume diciendo que en este tema de convenios sobre el voto llegamos a una consecuencias paradójica, y es que

cuando la Ley no se opone a los convenios sobre el voto, el pacto es jurídicamente ineficaz; y cuando se quiere hacer eficaz mediante el nombramiento de un síndico, entonces la Ley se opone a su validez, según el artículo 60 de la Ley.

d) Accionistas y administradores.—En las grandes S. A. suelen ir de acuerdo con los administradores los grandes accionistas, pero no los pequeños accionistas. Los administradores buscan en general el interés de la empresa, mientras que los accionistas lo que procuran es su propio interés egoísta, percibiendo altos dividendos y oponiéndose a la formación de reservas voluntarias.

Ahora bien, la magnitud creciente de las S. A. modernas corre parejas con su burocratización y con su jerarquización, y paralelamente aumenta el poder de los directores de la mano de los técnicos. La moderna tecnología ha llevado a la cúspide de las S. A. a los especialistas técnicos, y son ellos y no los administradores los verdaderos empresarios, lo que hace que en sectores cada vez más extensos de la economía mundial los verdaderos directores no son capitalistas.

3.^a *La S. A. y los terceros*.—1. La S. A. como persona jurídica.—Mirada desde fuera la S. A. es una persona jurídica. Como tal necesita de órganos para actuar en la vida de relación, y para proteger a los terceros, que con la sociedad contratan, el Derecho señala unos límites muy amplios a sus facultades con un contenido legal inalterable cual ocurre con el artículo 76 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

La concesión de personalidad se traduce también en la autonomía patrimonial que se combina con la fijeza del capital social en garantía de los acreedores. El patrimonio social es el único que responde de las deudas sociales. La llamada responsabilidad limitada es más bien en las S. A. una incomunicación de responsabilidad que hace a los socios inmunes a las deudas de la sociedad a la cual pertenecen.

2. La utilización de la S. A. para fines indirectos. El abuso de la personalidad.—Para eludir la responsabilidad ilimitada se utiliza la S. A. para convertir nuestras deudas propias en deudas de una S. A. de las que no respondemos una vez hecha nuestra aportación. Se acude entonces por vía del llamado negocio indirecto a la sociedad de un solo hombre.

Contra éste y otros abusos de la persona jurídica se ha reaccionado en Alemania con el «alzamiento del velo de la personalidad jurídica» y en Inglaterra con el llamado «Disregard of legal entity».

3. La S. A. y sus acreedores.—La limitación de responsabilidad tiene como contrapesos legales:

a) La exigencia de la efectiva aportación del capital suscrito, y de su correcta valoración cuando los bienes aportados no sean dinero.

b) Prohibiendo rembolsar las aportaciones de los accionistas sea por vía de beneficios ficticios, sea por vía de la compra de las propias acciones o por vía de reducción del capital social sin el previo pago de las deudas sociales o sin el afianzamiento de los acreedores sociales. Especial atención merece el sistema peligroso de las «participaciones recíprocas» entre dos o varias sociedades.

c) Estableciendo una regulación detallada de la emisión de obligaciones en garantía y protección de los derechos de los obligacionistas.

4. El deber de información al público.—Junto al deber de informar al accionista que aunque sea limitadamente existen en nuestra Ley, aparece hoy un de-

ber de información al público precisamente a cargo de las sociedades que hacen apelación el crédito público llevando sus acciones a la Bolsa. En España comenzó este sistema con el Decreto de 30 de abril de 1964 respecto a las sociedades de inversión mobiliaria y se ha extendido por el Reglamento General de Bolsa de 30 de junio de 1967 a toda sociedad que lleve a la Bolsa sus acciones.

4.^a *El movimiento de reforma de la S. A.*—Se trata de una lección sobre un tema de política legislativa.

Parte Garrigues de la tesis de que la S. A. es una creación perfecta del legislador que sobrevive a todas las mudanzas en su fisonomía originaria y de que los nuevos postulados sociales y económicos reclaman constantemente su reforma. En estas reformas poco influye la política. La S. A. subsiste con una estructura semejante tanto en los estados capitalistas como en los estados socialistas.

El Derecho comparado es objeto de un interesante examen hasta llegar a la situación española en esta materia. El tiempo transcurrido desde la publicación de la Ley de S. A., ha mostrado sus aciertos, pero también sus defectos. Y la Comisión General de Codificación ha tomado en sus manos la reforma de la Sociedad Anónima. Entiende Garrigues que debe reformarse no sólo la S. A. sino todas las sociedades mercantiles y que la reforma debe abordar los problemas de estructura y de funcionamiento de la S. A., y como criterios orientadores de la reforma propone:

- 1) Exigir un capital mínimo fundacional.
- 2) Reglamentar el derecho de suscripción del personal con garantías que eviten su inmediata reventa en Bolsa.
- 3) Reglamentar una tercera convocatoria judicial de las Juntas Generales cuando no haya quorum ni en primera ni en segunda.
- 4) Conceder voto dirimente al Presidente en las asambleas.
- 5) Reforzar la protección de la minoría.
- 6) Establecer la información —al público en general— cuando la sociedad coñice sus acciones en Bolsa.
- 7) Exigir claridad en la presentación de las cuentas con indicación de las participaciones en sociedades coordinadas o subordinadas.
- 8) Dar nueva organización a la sociedad, constituyendo un Consejo de vigilancia y un Directorio.
- 9) Distinguir entre sociedades con cotización en Bolsa y las que no cotizan en Bolsa.

Por último no nos debemos empeñar en resolver a través de la S. A. los problemas de la empresa a costa de la estructura tradicional de esta sociedad. Estos otros problemas reclaman su propio Derecho.

IV. *«La Crisis del Derecho Mercantil contemporáneo»*.—Conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español de Roma en el año 1955. En ella se propone Garrigues demostrar la crisis de concepto y de autonomía, del Derecho Mercantil, como rama del Derecho privado que regula un determinado sector de la actividad económica.

Examina las diversas concepciones del Derecho Mercantil y entiende por su parte el Derecho Mercantil como categoría histórica, es decir, como rama del Derecho que nace en la historia a virtud de especiales necesidades que no estaban suficientemente atendidas por el Derecho común. El Derecho Mercantil

moderno es el Derecho de la época del capitalismo, pero su razón de ser no está indisolublemente vinculado a este sistema económico.

En el Derecho Mercantil contemporáneo hay una penetración del nuevo Derecho de la economía como Derecho de la organización económica coactiva de sectores que, como el de la empresa, permanecían cerrados a la sugerencia del Derecho estatal. De los varios ejemplos de esta penetración los más característicos son los de la participación del personal obrero en los beneficios de la S. A. y en la dirección de la S. A.

Ante la presión actual del Derecho de la economía cree Garrigues que pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del Derecho Mercantil frente al Civil. Mientras —como buenos hermanos— mercantilistas y civilistas se entretienen en estas querellas familiares, el Derecho privado del tráfico, llámese civil o mercantil va siendo remplazado por un derecho distinto de carácter público y social.

V. «Discurso de contestación al ser concedido al Profesor Garrigues el Título de Doctor «Honoris causa», por la Universidad de Génova» (pronunciado el 10 de enero de 1966).—Destaca en él la aversión que expresa sentir respecto al puro conceptualismo que desvincula el derecho de la realidad en que está llamado a regir, y la conciencia de la importancia predominante que en el Derecho Mercantil moderno tienen el factor social. Este último punto es el que desarrolla en su conferencia que gira en torno a la idea de la admisión en su seno por el Derecho Mercantil de los postulados de la nueva política social, de la ineludible compenetración entre el Derecho Mercantil y el Derecho social, que es el producto del cambio de enfoque del Derecho Mercantil y de la entrada en escena de la empresa como centro del que irradia la genuina actividad comercial.

VI. «Reto sin respuesta». Trabajo publicado en el libro homenaje a Javier Zubiri en el año 1970.—En él nos vuelve a hablar de las íntimas relaciones entre Economía y Derecho. Este domina a aquélla en el sentido de que todo sistema económico es un sistema jurídico, sometido por tanto a normas jurídicas. Pero también la Economía repercute en el Derecho positivo, y todo buen jurista debe vivir muy atento a los postulados de la Economía para poder conformar rápidamente los nuevos hechos económicos a los esquemas jurídicos tradicionales, si ello es posible, o a otros inéditos, si no lo es. A estos requerimientos o incitaciones de la Economía frente al Derecho llamamos «reto» y respuesta a la que debieran dar los juristas y que por desgracia no suelen dar.

Garrigues explica con la peculiar claridad de sus escritos la transformación económica producida:

a) En el ámbito del poder de la S. A., que ya no está de hecho en los accionistas ni ha pasado a los obreros, sino a los Directores o técnicos.

b) En el ámbito de la libertad de contratación, que hace que hoy no se hable ya de libre competencia sino de «competencia imperfecta» o de «competencia monopolística» en la que cada empresario posee el monopolio de sus propios productos amparado por sus marcas y patentes.

c) Dentro de la empresa en donde la autonomía del empresario se ve limitada por el intervencionismo del Estado y la aspiración obrera a participar en la dirección de la empresa. Garrigues examina el cambio operado en la antigua identificación de sociedad y empresa que existía y existe en las colectivas, pero que

falra en la S. A. actual, en donde el capital se ha apoderado de la empresa y han quedado fuera de ella los trabajadores.

El problema puede resolverse, o creando un auténtico Derecho de la empresa o contentándose con una solución de compromiso. El primer camino exige montar en cada empresa una nueva entidad jurídica, distinta de la sociedad titular de empresa en la que participen capitalistas y trabajadores bajo el principio de igualdad y proporcionalidad de derechos.

En Francia se ha seguido el camino de la «participación» de los trabajadores: en los resultados obtenidos, en la información sobre la marcha de la empresa, y en la posibilidad de que la dirección reciba y recoja periódicamente las proposiciones que los interesados crean útil formular. Y este sistema se ha recogido en tres Decretos franceses de agosto de 1967 en los que en sustancia, se acoge la solución de atribuir al capital un interés módico, del resto del beneficio se crea una reserva que se reparte por mitad entre accionistas y asalariados.

En España se ha seguido el sistema de la «cogestión» en la Ley de 21 de julio de 1962 que no es sino una consagración legislativa de la confusión entre el Derecho de la Empresa y el de Sociedades. Se podía haber respetado la figura de la S. A. en su clásica concepción capitalista para llevar la cogestión al ámbito del Derecho de la empresa, o modificar la Ley de S. A. para dar entrada en ella al factor trabajo con el consiguiente abandono del sistema capitalista. Pero no se ha hecho ni una cosa ni otra.

Ante el reto de las nuevas estructuras económicas se ha producido un silencio por parte del Derecho.

VII. «*La empresa desde el punto de vista jurídico*».—Se trata de la versión taquigráfica de una conferencia pronunciada por el profesor Garrigues en el Instituto de Estudios Políticos, en el año 1962

Parte Garrigues de la idea de que el Derecho no ha sabido reflejar aún lo que la empresa es en sentido económico, es a saber, una comunidad de trabajo.

Ante la disociación existente entre el empresario y la empresa, entre el organizador y la organización misma, cuando entra en escena la S. A., en los tiempos actuales se acentúa el fracaso del derecho. Lejos de crear un Derecho único de la empresa, hemos creado dos derechos distintos: el Derecho del capital, propio de la S. A. y el Derecho del trabajo que se manifiesta en el contrato laboral.

Garrigues examina lo que llama «el drama de la penosa ascensión del elemento trabajador en busca de un puesto dentro de la empresa». Y si en los tiempos actuales se confunde la empresa con la S. A. piensan los obreros que entrando en la S. A. habrán entrado en la empresa.

Y a la S. A. se puede entrar adquiriendo la cualidad de accionista, tendencia patrocinada por el llamado capitalismo popular, o sin ser socio, a través del sistema de «cogestión» en el que los trabajadores en cuanto tales, sin ser socios participan en los Consejos de Administración. Los dos sistemas son esquemáticamente expuestos por el autor subrayando sus rasgos más relevantes y señalando sus inconvenientes en la crítica que de los mismos hace.

Garrigues se inclina por un sistema de «capitalismo moderado, de capitalismo templado por el trabajo». Se trata de convertir a los obreros en accionistas mediante la adquisición de acciones en condiciones especiales. A tal fin debería reformarse la Ley de S. A. en el sentido de que en toda elevación de capital habrá

que destinar una parte de las nuevas acciones para la suscripción por los obreros ¿Con qué dinero? O el Estado carga con las consecuencias económicas de la operación financiándola, lo que ofrece problemas en los que el autor confiesa no se atreve a entrar, o bien las acciones se suscriben por asociaciones obreras o mejor aún por entidades obreras de previsión como los Montepíos.

VIII. «Acotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa».—Cinco trabajos publicados en el periódico «Ya» en diciembre de 1969.

1.º *Reforma de la empresa y reforma de la S. A.*—Distingue los dos problemas tan a menudo confundidos. Una cosa es la empresa y otra la sociedad mercantil titular de aquélla. Ya en el artículo 122 del Código de Comercio de 1885 se dice que en la S. A. los asociados encargan el manejo del fondo común a mandatarios o administradores que representen a la compañía bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos. La empresa podrá ser el objeto social de la S. A. Pero esta sociedad será empresario, nunca empresa.

2.º *La falsa reforma de la empresa.*—Analiza la pretendida solución iniciada en Alemania, de la llamada «codecisión» que en España recibe el nombre de «cogestión» y es adoptada por Ley de 21 de julio de 1962. Aparte de algunos errores de expresión la Ley de 1962 plantea problema de desarmonía con la Ley de S. A. en relación con el derecho del accionista a designar y revocar a los administradores, con la responsabilidad de los administradores, y con el sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración.

El sistema de cogestión no satisface ni a los obreros ni a los juristas. Aquéllos lo consideran tímido, insuficiente y engañoso. Estos tienen que estimarlo contradictorio con la esencia de la S. A.

3.º *Las etapas de la participación obrera en la empresa.*—La aspiración de los obreros a entrar en la empresa poniendo fin a su actual alienación de ella se traduce por la palabra «participación» con evidente exactitud. Lo que hay que saber es hasta donde debe alcanzar esa participación. En la evolución de esa idea cabe distinguir tres etapas. La primera se refiere a los beneficios, la segunda a la política del trabajo a la que corresponden en España los Jurados de empresa, y la tercera al Consejo de Administración.

Pese a que la participación ha sido mal recibida por el elemento obrero y ha perdido hoy el escaso prestigio que tenía, diversos autores insisten en que hay que rebajar el capital de su posición de mando y elevar a ella el trabajo dentro de la empresa. Advierte Garrigues la extraordinaria delicadeza de esta tendencia y la enorme gravedad de las metas a que puede conducirnos.

4.º *La asociación-empresa y las soluciones socialistas.*—Algunos teóricos han propuesto sustituir el contrato de trabajo por un contrato asociativo. Capitant propugnaba en Francia un nuevo tipo de sociedad mercantil integrada por la cooperativa de trabajadores, por la sociedad capitalista y por un órgano de dirección. Los beneficios se repartirían por mitad entre la cooperativa y la sociedad de capitales. La cooperativa recibiría acciones de trabajo y acciones de capital, éstas últimas en pago de la participación de los obreros en la autofinanciación de la empresa. Esta solución plantea innumerables problemas, entre los cuales figura el de quién ha de tener la dirección y quién debe soportar el riesgo.

Otros proponen que sin necesidad de crear una asociación, el poder en la

empresa debe pasar pura y simplemente a los trabajadores dentro de una verdadera democracia industrial. Esta solución conduce al socialismo.

Garrigues entiende que si deseamos una auténtica reforma de la empresa habremos de optar entre la destrucción del régimen capitalista instaurando la democracia en el seno de la empresa, o la conservación del régimen capitalista con la S. A., pero dentro de un capitalismo moderado por el trabajo que haga participar a los obreros en el capital que rija la empresa. Esta última es la solución del capitalismo popular que al Profesor Garrigues le parece la más armónica y recomendable en el momento actual.

5.ª *Solución prudente del problema.*—En este último apartado confiesa el autor que el problema de la regulación interna de la empresa corresponde a un Derecho distinto del mercantil, al Derecho de la organización económica que no es Derecho privado sino público. Corresponde a los mercantilistas defender el estatuto de los empresarios y especialmente la estructura tradicional de la S. A., aunque habremos de procurar dar entrada a los obreros en las sociedades que son hoy titulares de las empresas más importantes, como accionistas, no como simples trabajadores.

IX. *«Última lección como catedrático pronunciada el día 6 de mayo de 1970».* En ella nos habla de la futura unificación del Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil que era en la Edad Media un Derecho universal internacional, se hace después nacional con la consecuencia que hoy padecemos de la preponderancia de los países económicamente poderosos en las transacciones con los países en estado de desarrollo.

Por iniciativa de Hungría a través de su representante Hustor, se llegó a crear por acuerdo de la Asamblea de las Naciones Unidas de 17-XII-1962, la «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional», o UNCTRAL. Expone Garrigues los trabajos de esta comisión y de otras análogas y de sus futuros proyectos, y con un balance de lo que quiso hacer en su cátedra y de lo que realmente hizo, termina el Profesor Garrigues su última lección, y con ella el libro del que ahora damos noticia.

La crítica de esta obra de Garrigues ha de ser favorable. Todos sus capítulos contienen ricas enseñanzas para los tiempos presentes. Precisamente porque su trabajo es el de un verdadero jurista, y porque en él aborda el examen de conceptos fundamentales con criterios científicos, su pensamiento tiene un valor permanente y universal.

Se halla además escrito con lenguaje fácil que invita a leerlo de un tirón. Quizá por ello si algo cabe reprochar al autor es que «sabe a poco», particularmente en el tema de la reforma de la empresa y las soluciones concretas a este candente problema. Garrigues nos ofrece unas soluciones que —por muy distintas que sean las nuestras y por muy distintos que sean nuestros planteamientos (piénsese en una empresa regida no por una S. A., sino por un empresario individual, en un empresario agrario o profesional individual)— no podemos calificar de tímidas, sino de prudentes. No olvidemos que el buen jurista cuando aborda el estudio de un problema y trata de resolverlo, debe pensar en las consecuencias de la solución propuesta proyectadas sobre la realidad que nos rodea y con la que debe armonizarse. Ciertamente que la solución debe ser justa, pero ante todo y por ello mismo debe ser también prudente, que la prudencia es en definitiva la primera de las virtudes cardinales.