

Derecho mercantil 1243

de su situación migratoria irregular que les impide un trato equitativo y la defensa efectiva de sus derechos, normalmente desconocidos. De ahí que el problema, contemplado desde un enfoque jurídico, exija avances concretos en cuatro escalas: *a)* la legislación nacional de los países importadores de mano de obra que debe asegurar un trato conforme a los derechos humanos a los trabajadores que se internan en su territorio, independientemente de su calidad migratoria; *b)* la concertación de tratados y arreglos bilaterales entre estados que presenten desplazamientos migratorios; *c)* la celebración de acuerdos regionales en zonas de migración múltiple y con características semejantes, y *d)* la elaboración de una carta multilateral de protección a los trabajadores migrantes que les reconozcan un mínimo de derechos. Hasta ahora existen convenios de la OIT pero en su mayoría se refieren a los trabajadores migratorios legales. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado resoluciones sobre la materia que se distinguen por abogar en favor del respeto de los derechos humanos de *todos* los trabajadores migrantes; condenan la explotación y el tráfico clandestino de trabajadores migratorios; solicitan a los estados la negociación de tratados bilaterales. Son indudablemente avances, pero las resoluciones y decisiones de la Asamblea General tienen carácter simplemente de recomendación, por lo que es preciso que se continúen los esfuerzos y se adopte una carta que obligue a los estados o, en el menor de los casos, que sirviera de modelo para impulsar y perfeccionar las legislaciones nacionales en la materia.

Ricardo MÉNDEZ - SILVA

DERECHO MERCANTIL

BOGGIANO, Antonio, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. (En el ámbito del derecho internacional privado argentino)", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 13, núm. 75, junio de 1980, frs. 355 a 364.

El profesor Boggiano de la Universidad de Buenos Aires, es autoridad para juzgar y dilucidar los problemas de DIP de la Convención de Viena de abril de 1980, tanto porque estuvo presente, como delegado de su país, en la Conferencia de Plenipotenciarios que aprobó la Convención el 10 de abril de ese año, como porque es un conocido y reputado internacional-privatista, autor de un tratado reciente sobre la materia, que quizás sea el de mayor alcance de los que se han publicado en Latinoamérica.*

Las disposiciones de dicha Convención que expresa o tácitamente plantean cuestiones de DIP, son las siguientes:

* *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1978.

El artículo 1, párrafo 1, que declara aplicable la Convención entre partes con establecimientos en estados diferentes, cuando éstos sean estados contratantes (es decir, hayan ratificado la Convención) (inciso a), o bien, "cuando las normas de DIP prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante" (inciso b).

El artículo 7, del que el párrafo 1 indica que al interpretar la Convención "se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional"; y el párrafo segundo, que "las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella, se decidirán de conformidad con los principios generales en los que se basa . . . , o a falta de tales principios, de *conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*".

El artículo 92, que permite a los Estados contratantes, que al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de la Convención, manifiesten no quedar obligados por la parte II o por la parte III de ella (que se refieren, la II, a Disposiciones generales, que incluye al artículo 7, antes indicado; y la parte III, a la formación del contrato de compraventa); si tal manifestación hiciera, el o los Estados respectivos, según indica el párrafo 2 del mismo artículo 92, "no se considerará(n) Estado (s) contratante (s), en relación a dicha (s) materia (s) excluida (s), para los efectos del párrafo 1 del artículo de la presente Convención".

El artículo 95, que concede derecho a cualquier país de "declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación. . . que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención".

El artículo 98, que limita el derecho de los Estados contratantes a hacer reservas, solamente a las expresamente autorizadas por la Convención.

El artículo 99, párrafos 3 a 6, que establece las relaciones entre esta Convención de Viena, y las dos anteriores de La Haya del 1º de julio de 1964, una sobre la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y la otra sobre las obligaciones y derechos de las dos partes de dicho contrato (LUCI), las cuales, a la fecha han sido ratificadas por Holanda, Bélgica, Inglaterra, Luxemburgo, Alemania Federal, Italia, San Marino, Israel y Gambia, y están en proceso de ratificación, por Francia. Pueden darse tres posibilidades, que este artículo 99 regula; primero, que se ratifique la Convención de Viena y se denuncien las dos anteriores; segundo, que se ratifique parcialmente aquélla, y se denuncien una o las dos de La Haya, y tercero, que no se ratifique la de Viena, y no se denuncien —o que se ratifiquen por otros países— las de La Haya.

Finalmente, el artículo 100, según el cual la Convención se aplicará tanto a la formación del contrato, pero sólo cuando la oferta se haga (párrafo 1) en la fecha de entrada en vigor de la Convención, como a los contratos celebrados a dicha fecha; en ambos casos, respecto de Estados contratantes cuyas partes tengan establecimientos en Estados diferentes (artículo 1 párrafo 1, inciso a), o respecto de aquel Estado contratante, cuya ley se aplique según las normas del DIP (inciso b) del mismo artículo 1, párrafo 1).

Antes de analizar las normas de la Convención, que directa o indirectamente atañen a la problemática del DIP, el profesor argentino se refiere a la Conferencia de Viena en la que participó; e indica algunos de los principios generales de la Convención. El de la *autonomía de la voluntad*, que se recoge en el artículo 6, concede a las partes el derecho de excluir la aplicación de la Convención, o de cualquiera de sus disposiciones. No se recogió, en cambio —como en algún trabajo he señalado—,¹ el derecho de las partes de aplicar la Convención en el caso de que, de acuerdo como el derecho interno de ambas, no se aplicara. Esta posibilidad la prevé el artículo 3 de la LUCI, que fue el antecedente inmediato de la Convención.

Sobre el *principio de la validez de los usos internacionales*, Boggiano indica que éstos se aplicarán a los contratos internacionales de compraventa, si así lo resuelven las partes (pero no, en cambio, como si sucede en la LUCI, a virtud de la “tácita voluntad de las partes”), o por disposición de la propia Convención (artículo 9), que los reputa queridos por las partes. En efecto, el párrafo 1) del artículo 9 establece que “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido...”; y el párrafo 2), presume la voluntad tácita de las partes de “hacer aplicable... al contrato un uso”, si de él, en primer lugar, “tenían o debían haber tenido conocimiento”; y en segundo, que fuera, “en el comercio internacional, ampliamente conocido y regularmente observado”, respecto a contratos del mismo tipo y en el mismo “tráfico mercantil”. La presunción legal de aplicación del uso, descansa, pues, según la Convención, en la concurrencia de estas notas, cada una de las cuales debe probarse por quien invoque el uso: es decir, la parte que invoca el uso, no sólo debe probar su existencia sino que la otra parte lo conoce o debió haberlo conocido; que el uso sea “ampliamente conocido en el comercio internacional”, y además —como si lo anterior fuera poco—, debe probar, que “es observado por... partes en contratos del mismo tipo (y) en el tráfico mercantil de que se trate”. Prueba muy ardua que, hará de difícil aplicación aquellos usos que no se hayan convenido expresamente.

Informa Boggiano que en la Conferencia de Viena se trató inútilmente de que se definiera el concepto de “establecimientos”, que resulta importante para la aplicación de la Convención, según dispone el artículo 1, párrafo 1, ya citado.

Esta cuestión fue debatida largamente en el periodo de formulación de la Convención en el seno del grupo de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, y se prescindió de definir el concepto por la imposibilidad que resultó de las deliberaciones de ofrecer una fórmula clara y precisa que satisficiera a todos. (No se debe pasar inadvertida ni menospreciar la dificultad de reflejar en textos internacionales en cuya preparación intervienen juristas de diferentes sistemas legales, definiciones y conceptos que plazcan a todos.) Según el autor, ante esa omisión no cabe acudir para resolver las dudas o los conflictos, a los

¹ Publicado en esta misma revista: “Ámbito de aplicación del Proyecto sobre la compraventa internacional de mercaderías”, año 5. 67-72, pp. 633 y ss.

principios generales de la Convención, como criterio rector de su interpretación, como ordena su artículo 7 párrafo 1, porque no hay tales principios relativamente al concepto de establecimientos; sino que sólo resta acudir al derecho internacional privado del juez que conozca del caso.

En mi opinión, antes del DIP, hay que acudir a “los principios generales en que se basa la Convención” (artículo 7 párrafo 2), que en el caso serían, la voluntad real o presunta de las partes; los usos internacionales; o un concepto también internacional que existiere –artículo 7 inciso a)– del establecimiento. Y por supuesto, será a cargo de la parte que invoque la existencia de los establecimientos, probar que existen. Pero, aun a falta de establecimientos de alguna de las partes, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

La Convención sí prevé el caso de que las partes tengan varios establecimientos (artículo 10 párrafo 1), así como que carezcan de ellos (párrafo 2); en el primer supuesto, dice el autor, se aplica “la amplia, difundida y aceptada doctrina de la *proper law of the most significant relationship*, o de la localización objetiva (v. Battifol-Lagarde, *Droit international privé...*)”, a saber, que el establecimiento de la parte respectiva, “será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento”; en el segundo caso, como queda dicho, el párrafo 2 indica “si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual”.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Convención, *Boggiano* afirma que ella nunca se aplicaría a un Estado no contratante, por excluirlo expresamente el artículo 1, párrafo 1, inciso a); y porque, “sólo así resulta aplicable el artículo 1, párrafo 1 inciso b”. Difiero de esta opinión, porque ni hay tal exclusión expresa del inciso a), que se concreta a establecer el principio general: establecimientos de las partes en Estados diferentes que sean Estados contratantes; ni tampoco el inciso b) exige, como afirma el autor, que “las normas de DIP sean las de un Estado contratante. En efecto, pueden dichas normas ser las de un Estado no contratante, que, sin embargo, remitan a las de un Estado que sí sea contratante, como dispone este inciso b). Sería el caso de que un contrato de compraventa celebrado en México, que no fuera Estado contratante (es decir, que no, o que aún no, ratificara la Convención), hubiera de estar regido, según principios de derecho internacional privado (v. gr., el lugar de entrega de la mercancía), por las leyes de un Estado contratante; caso en el que, a mi juicio, regiría la Convención que ya formaría parte de la legislación de este segundo país.

Como también creo que se aplicaría la Convención, si ambos estados de las partes no fueran contratantes, pero ellas, al celebrar el contrato, hubieran convenido en someterse a las leyes de un tercer Estado que sí lo fuera. (Conforme, el autor, pp. 360 y 361.) En este caso, no es que las partes elijan expresa y directamente la aplicación de la Convención (circunstancia no prevista en el artículo 6, como antes se dijo), sino que ésta se aplicará para formar parte del sistema normativo del país que eligieran las partes para regir sus relaciones contractuales.

¿Si los establecimientos de las partes están situados en países diferentes que sean contratantes, pero, ellas han previsto la aplicación de la ley de un

Estado no contratante? En este caso, sí, sólo se aplicará el artículo 1, párrafo 1 inciso a), regiría la Convención; pero, creo que ello iría en contra de su carácter supletorio de la voluntad de las partes —que es *otro de los principios generales de la Convención* a que alude el artículo 7 párrafo 2, y que, en consecuencia, es esa voluntad la que debe prevalecer—; e iría también en contra del espíritu del artículo 6 (“las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención”). Así lo expresé en ese otro artículo a que me refiero antes, pero no encuentro que el profesor *Boggiano* se refiera al problema. Ojalá que posteriormente expusiera su punto de vista.

Jorge BARRERA GRAF

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, “Las sociedades de garantía recíproca”, *Revista (española) de Derecho Mercantil*, núm. 155, enero-marzo de 1980, pp. 71 a 95.

El autor es profesor agregado de derecho mercantil en la Universidad de Madrid, y este estudio es una conferencia que pronunció en Figueres, en abril de 1980, en un ciclo organizado por la Cámara de Comercio e Industria de Gerona.

Se trata del análisis crítico de las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR), que fueron introducidas en España por decreto real de 26 de julio de 1978, publicado en el *Boletín Oficial* del Estado del 11 de agosto. Los autores de esta interesante figura, según R G V., son los profesores Rolo y Bercovitz.

Este nuevo tipo de sociedad mercantil se ha construido bajo la influencia de las sociedades francesas de garantía mutua (Ley de 13 de marzo de 1917), y de acuerdo al régimen tradicional de capital variable de las sociedades comerciales, del derecho galo. La finalidad de las SGR consiste, según su exposición de motivos, “en mantener y fortalecer a la pequeña y mediana empresa” a través de garantías, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho, otorgadas a favor de sus socios para las operaciones que realicen dentro del giro o tráfico de empresas de las que sean titulares (artículo 1º). Se trata pues de socios-empresarios, que reciben los beneficios de la sociedad que constituyen, razón por la cual estamos ante una finalidad mutualista o cooperativista, característica que subraya y en la que insiste el autor, apoyado en la opinión de Girón Tena: el interés de los socios “se satisface . . . a través de prestaciones (de la sociedad) al operar exclusivamente con sus socios, y no mediante una distribución de los beneficios obtenidos”, la que, sin estar ausente en las SGR (artículo 19, párrafo 1º), no constituye la finalidad esencial, como sí sucede, en cambio, con los otros tipos de sociedades mercantiles.

Las SGR tendrán siempre carácter mercantil, y se rigen por el decreto que las creó y subsidiariamente por la Ley de Sociedades Anónimas (artículo 3º), en cuanto a la responsabilidad limitada de todos los socios y la actuación de

los tres órganos. Las diferencias, sin embargo, entre la SA y la SGR, son múltiples y profundas, dada la finalidad indicada de ésta, de ser garantes de sus socios —de una categoría de éstos, que son los *socios partícipes*—, por créditos que soliciten y obtengan de terceros, y nunca de las propias SGR, a las que se le prohíbe “conceder ninguna clase de créditos a sus socios, y emitir obligaciones” (artículo 2º).

En estas sociedades, además de los partícipes, eventuales beneficiarios de las garantías que otorgue la sociedad, pueden existir “socios protectores” (artículo 5º), con derechos distintos de los primeros, en cuanto a voto, aportaciones al capital, intervención en la administración y participación en los beneficios sociales.

Se trata de sociedades de capital variable; es decir, sometidas a ese régimen, que supone alteraciones del capital sin modificaciones estatutarias, entre un mínimo que fije el pacto (que no puede ser inferior a cincuenta millones de pesetas) y un máximo, que no puede exceder del triple del capital mínimo que se indique (artículo 6º); por lo que pueden decretarse por el órgano de administración (artículo 39) —como también sucede en el derecho mexicano, respecto a dicha modalidad del capital variable.

Dicho régimen supone, además, un amplio derecho de retiro de los socios (artículo 20, párrafo 2º y 27, como también pasa en México, artículo 220 LSM), y la entrada de nuevos socios, titulares de empresas del mismo giro que las de los otros socios, el cual giro indiquen los estatutos, y cuyo establecimiento se encuentre situado en el ámbito geográfico delimitado en los propios estatutos (artículo 5º, párrafo 2º y 16, párrafo 2º, inciso c); socios que serán beneficiarios eventuales de las garantías que la sociedad les preste (artículo 20, párrafo 1º). Se exige, por una parte, que las aportaciones de los socios para constituir el capital social siempre sea en dinero (artículo 16, párrafo 3º y 18), y que el derecho preferente de los socios para suscribir el nuevo capital se limite a los porcentajes de participación previstos en el real decreto (artículo 39, párrafo 3º); o sea, para los socios partícipes, 5% del total del capital, o 10% cuando el número de socios sea inferior a 20, y para los socios protectores (artículo 21), el 50% del capital mínimo estatutario, salvo que se trate de:

Corporaciones de derecho público, organismos autónomos, empresas nacionales, comunidades autónomas legalmente reconocidas, Entidades locales, Entidades que representen o asocien intereses económicos de carácter general o del ámbito sectorial a que se refieran los Estatutos, o instituciones de crédito y ahorro sin finalidad de lucro.

Se exige un mínimo de diez socios partícipes para constituir la sociedad, y un número indeterminado de socios protectores (artículo 15). Deben cubrir su aportación dineraria, suscribiendo y pagando (total o parcialmente, pero en todo caso de manera real y efectiva, artículo 16, párrafo 3º, segunda parte) una o más cuotas sociales —que no son títulos-valor como las acciones— cuyo valor nominal mínimo debe ser de diez mil pesetas cada una (artículo 7º).

Caben, además, aportaciones suplementarias, “hasta un límite previamente determinado”, para incrementar el fondo de garantía (que la sociedad debe constituir y mantener) cuando “sea insuficiente para suplir los impagos de las deudas garantizadas por la Sociedad” (artículo 10, párrafo 2º).

En relación con los derechos de los socios, si éstos son partícipes, les toca una parte proporcional de las utilidades, pero si son protectores, les corresponde un porcentaje igual al representado por el tipo básico de redescuento del Banco de España, más dos puntos (artículo 45), lo que no corresponde a la naturaleza jurídica del dividendo y sí es, en cambio, un interés; con esto se busca, como indica la exposición de motivos “estimular la participación de socios protectores”.

Respecto a la cuota de liquidación, se limita de dos maneras, según afirma el profesor García Villaverde: toda plusvalía pertenece a la sociedad y no a los socios, y segundo, al liquidarse la sociedad el activo que resulte se distribuye entre los socios en proporción a sus cuotas y al “tiempo durante el cual hayan permanecido ininterrumpidamente en la sociedad”.

El derecho de voto está restringido para impedir, dice G V., que los socios protectores puedan dominar la sociedad (así lo indica expresamente la exposición de motivos de la ley): “ningún socio podrá tener un número de votos superior al 5% . . .”, o al 10% cuando los socios sean menos de 20 y aquéllos no pueden tener, todos, un número superior al 50% (artículo 21); por supuesto, como indica el autor, el control de la sociedad puede obtenerse a pesar de esas restricciones.

Gozan los socios de los demás derechos que se les conceden en otros tipos sociales, pero, además, del derecho de separación (artículo 19, párrafo 3º), del derecho de obtener garantías dentro de los límites estatutarios de la sociedad, respecto a los créditos que obtengan, y de obtener reembolso de las aportaciones suplementarias una vez que se extingan las deudas a cuyo pago se encuentre afectado el Fondo de Garantía (artículo 20).

Por lo que toca a la transmisión de las cuotas, se permite, si se obtiene autorización al Consejo de Administración, tanto por acto entre vivos como *mortis causa*, pero en el primer caso, aquellas cuotas cuya titularidad exijan los estatutos para la obtención de una garantía otorgada por la sociedad, sólo pueden transmitirse si la garantía subsiste junto con la empresa del socio (artículo 23).

El éxito de estas SGR, como lo prueba la experiencia francesa, depende de la participación institucional de los socios protectores; si éstos no participan, la sociedad sólo podría actuar como una mutualidad.

El fondo de garantía que constituye “un importante refuerzo” patrimonial para la sociedad, se configura como un patrimonio separado que responde del cumplimiento de las obligaciones garantizadas por la sociedad, y aunque propiedad de la sociedad –y no de los socios como sostiene otro autor, Vicent Chuliá– y administrado por ella, está afectado a dicho fin específico, antes que responder a los acreedores de la sociedad.

El autor analiza y niega que los estatutos de estas SGR tengan fuerza normativa propia, como podría desprenderse del texto del artículo 8º, que

somete los avales y garantías otorgadas por la sociedad, en primer lugar, a las “condiciones generales contenidas en los estatutos de la sociedad”; en segundo, a las “prescripciones del Código de Comercio y últimamente a las reglas del derecho común...”. Admitir lo contrario sería reconocer función legislativa a estos entes: “hay que reiterar... que los estatutos... aprobados sobre una base contractual por los socios, no pueden tener un valor normativo para terceros, así opinan los profesores Girón Tena y Sánchez Andrés...”.

El estudio termina reiterando, primero, que se trata de un nuevo instrumento destinado a proteger y preservar a empresas medias y pequeñas, aunque no es claro qué se entienda por éstas; en segundo lugar, que a través de la participación de empresas y organismos públicos y semipúblicos se excluye de hecho a la iniciativa privada y se fomenta “el dirigismo estatal”; y en tercer lugar, que la medida puede resultar oportuna en situaciones críticas como la actual de la economía española, pero que ello “durará lo que duren las actuales orientaciones” de la política económica de España.

Jorge BARRERA GRAF

DERECHO PROCESAL

JOLOWICZ, J. A., “Da mihi factum dabo tibi jus: A problem of demarcation in English and French law”, en *Multum non Multa. Festschrift für Karl Lipstein aus Anlass seines 70 Geburtstages*, cfr. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, República Federal de Alemania, pp. 79-99.

El distinguido comparatista inglés analiza con su conocida profundidad y precisión uno de los problemas más complejos del proceso civil moderno, referido a los ordenamientos inglés y francés, el de las facultades del juez para determinar la solución jurídica de la controversia que se le ha planteado, aun cuando los fundamentos legales que apliquen sean diversos de los alegados por las partes.

El profesor Jolowicz señala al respecto que en el derecho inglés predominó el sistema de fórmulas para ejercitar las pretensiones procesales (*forms of action*), de acuerdo con el cual las partes debían utilizar una determinada vía procesal relacionada con el derecho sustantivo que pretendían invocar en el juicio, y que fue sustituido a partir de 1875 por el principio de que las partes en el proceso civil no tienen una obligación formal de vincular sus pretensiones o defensas a determinadas disposiciones o principios jurídicos, de acuerdo con el viejo principio proveniente del derecho medieval de que la decisión final sobre las normas jurídicas aplicables a una controversia, corresponde al juez y no a las partes: *da mihi factum dabo tibi jus*.

En el derecho procesal civil francés también se observa una evolución hacia la adopción de este principio, a través de varios decretos y reformas al viejo