

# La polèmica sobre el concepte i les fonts del dret mercantil

Josep-Oriol Llebot Majó

PID\_00144399



# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. El dret mercantil com a categoria històrica</b> .....	7
1.1. El <i>ius mercatorum</i> .....	7
1.2. El dret públic del mercantilisme .....	8
1.3. El moviment codificador i la codificació del dret mercantil .....	9
1.4. Les transformacions del dret mercantil en el segle XX.....	10
<b>2. El concepte del dret mercantil: estudi de la successió de paradigmes</b> .....	13
2.1. El dret corporatiu .....	13
2.2. Els actes de comerç .....	14
2.3. La doctrina de l'empresa .....	16
2.4. El dret econòmic .....	18
2.5. El dret del mercat .....	19
2.6. El dret del tràfic econòmic .....	20
<b>3. Estat social de dret i dret mercantil: la constitucionalització de la doctrina de l'empresa</b> .....	21
<b>4. El sistema del dret mercantil</b> .....	23
<b>5. La qüestió del paradigma metodològic</b> .....	24
<b>6. La formació del cos normatiu mercantil</b> .....	26
6.1. La legislació mercantil en l'ordenament general i complet de l'Estat .....	26
6.2. El buidament del Codi de comerç i la legislació especial .....	28
6.3. La Constitució i els ordenaments parcials i territorials: la distribució de competències en matèries mercantils .....	29
6.4. El dret mercantil de la Unió Europea i la internacionalització del dret mercantil .....	32
<b>Resum</b> .....	34
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....	35
<b>Solucionari</b> .....	36

**Bibliografia.....** 37

## Introducció

Aquesta no és la primera vegada que iniciem l'estudi d'una de les branques en què la doctrina divideix el contingut de l'ordenament jurídic i, per tant, no us han de resultar nous els tipus de problemes que trobareu en aquest mòdul. En aquest es tracta fonamentalment de determinar el significat i la finalitat de la distinció d'una parcel·la dins l'ordenament com a dret mercantil. Per a portar a terme aquesta tasca en primer lloc exposarem el significat del dret mercantil en tant que branca de l'ordenament. Això ens obliga a discórrer per les successives etapes de la seva evolució històrica. A continuació exposem en clau de paradigmes, els distints criteris doctrinals utilitzats per a construir la disciplina acadèmica del dret mercantil. Aquests criteris o paradigmes busquen complir la funció de delimitar la matèria de la realitat que és objecte de les normes compreses en el dret mercantil i, si la funció anterior no se satisfà, permeten d'ordenar o desenvolupar el sistema d'exposició de les disposicions agrupades al voltant d'aquest.

Una cop es clarit el significat i la funció del paradigma que ha permès a la doctrina mercantil de justificar i desenvolupar el sistema del dret mercantil, dediquem un apartat a posar de manifest la polèmica d'ordre metodològic que en l'actualitat està present d'una manera especial entre els mercantilistes. La polèmica es xifra en la suposada incompatibilitat entre dues metodologies diverses, la jurisprudència de valors, que expressa el paradigma metodològic propi de la comunitat dels juristes, i l'anàlisi econòmica del dret. La finalitat que busquem en exposar aquesta polèmica consisteix a deixar clar que no hi ha incompatibilitat entre ambdues metodologies i que l'ús de les dues pot representar un enriquiment dels plantejaments.

El tercer bloc de temes tractats en el mòdul el dediquem a l'exposició de la polèmica al voltant del sistema de fonts del dret mercantil. En aquest àmbit material hem de determinar si hi ha o no un sistema de fonts propi del dret mercantil i, per tant, diferent del sistema general. Esclarit això, a continuació farem una breu descripció de les diverses fonts de producció normativa de l'ordenament jurídic espanyol amb l'objecte de delimitar l'àmbit del cos normatiu mercantil. Aquesta descripció és necessària perquè l'ordenament jurídic espanyol està format no sols per l'ordenament complet i general de l'Estat, en què també s'integren les normes de l'ordenament comunitari i les procedents dels tractats internacionals, sinó també per una pluralitat d'ordenaments parcials i territorials de les distintes comunitats autònomes, i en tots aquests elements de l'ordenament hi ha normes que regulen matèries de naturalesa mercantil.

## Objectius

Quan hàgiu finalitzat l'estudi d'aquest mòdul hauríeu de ser capaços del següent:

- 1.** Distingir entre el dret mercantil com a branca de l'ordenament jurídic i el dret mercantil com a disciplina científica.
- 2.** Conèixer les distintes etapes de la formació històrica del dret mercantil com a branca de l'ordenament jurídic.
- 3.** Conèixer i entendre el significat de la polèmica al voltant dels diferents paradigmes del dret mercantil com a disciplina científica.
- 4.** Comprendre el caràcter instrumental de la construcció del sistema del dret mercantil.
- 5.** Entendre la funció de les distintes metodologies utilitzades per a l'anàlisi del dret mercantil.
- 6.** Entendre la rellevància que per al coneixement de la producció normativa mercantil té conèixer la complexitat de l'estructura de l'ordenament jurídic espanyol.

## 1. El dret mercantil com a categoria històrica

La realitat econòmica compresa en els conjunts normatius que actualment formen el contingut del dret mercantil, en tant que disciplina acadèmica, no ha estat sempre ocupada pels mercantilistes. Històricament l'objecte del dret mercantil, això és, la realitat juridicomercantil rellevant, i, per tant, el mateix dret mercantil, ara en tant que branca del dret, ha estat diferent. En aquesta idea del caràcter canviant de la realitat juridicomercantil rellevant que configura l'objecte del dret mercantil es resumeix el significat del dret mercantil com a categoria històrica.

La importància i la vigència d'aquesta idea es fa plenament evident ara amb la simple al·lusió a les transformacions que en aquesta part de la realitat, dels fets, que forma la matèria juridicomercantil, està produint l'última revolució tecnològica que ens ha situat davant la denominada societat de la informació, amb Internet com a un dels seus exponents més caracteritzats. Aquestes transformacions auguren, sense cap dubte, una ampliació de la matèria mercantil tradicional.

L'exposició de la història del dret mercantil se sol fer dividint-la en quatre períodes. El primer és el del dret especial dels comerciants i es refereix als orígens i expansió del dret mercantil durant la baixa edat mitjana. El segon és el del dret públic per als comerciants i se situa en l'edat moderna en el marc de les monarquies absolutes en els aspectes polítics i del mercantilisme en els econòmics. El tercer és el del dret mercantil que resulta de les codificacions del segle XIX. El quart i últim període es refereix als canvis soferts pel dret mercantil codificat durant el segle XX.

Aquesta referència a la història del dret mercantil té caràcter funcional, de manera que, en cap moment pretenem ni tan sols descriure els fets i, per tant, molt menys interpretar-los. Aquesta última tasca, d'altra banda, ja ha estat feta i no hi podríem aportar res d'original.

### 1.1. El *ius mercatorum*

Els orígens històrics del dret mercantil es remunten, en el temps, a la baixa edat mitjana, i en l'espai, a les ciutats-estat de la península itàlica. Encara que les relacions entre causes i efectes no són fàcils de determinar, sembla clar que no n'hi ha prou amb la mera presència d'activitat comercial per al naixement d'un dret especial destinat a regular-la. En qualsevol cas, una combinació complexa de circumstàncies econòmiques i socials van provocar que entre els segles XI i XII sorgís aquest dret, del qual el que ara importa és destacar els caràcters que el configuren.

#### Lectura complementària

F. Galgano (1981). *Historia del Derecho mercantil* (trad. cast. J. Bisbal). Barcelona: Laia.

El dret mercantil en els seus orígens és un dret corporatiu perquè és creat i aplicat pels propis comerciants, qualitat que ve determinada per la formalitat de la inscripció en la corresponent matrícula de la corporació. Les fonts d'aquest dret són els estatuts de les corporacions, el costum mercantil i les resolucions dels tribunals mercantils de les mateixes corporacions, formats pels comerciants designats per aquestes. És en aquest context que l'expressió *ius mercatorum* o dret mercantil neix amb un significat rigorós en al·ludir al dret creat pels mateixos mercaders.

Els pressupòsits d'aplicació i, per tant, també de la competència de la jurisdicció de les corporacions, són tant la condició de comerciant com l'exercici del comerç. Amb el temps, però, n'hi haurà prou d'haver establert una relació comercial amb un comerciant perquè la relació quedi subjecta a aquest dret i a la jurisdicció dels tribunals mercantils. Aquesta eficàcia extracorporativa es justifica mitjançant una  *fictio iuris*, segons la qual, qui estableix una relació amb un comerciant es presumeix  *iuris et de iure* que també és comerciant. A més, atès que l'activitat dels comerciants no sols es desenvolupa en l'àmbit de cada ciutat sinó que s'estén també a altres ciutats, el dret mercantil s'arriba a configurar com un dret supraurbà, per tant, amb eficàcia extraterritorial.

Així mateix, hem de destacar que aquest dret corporatiu no va ser mai el dret del comerç, en el sentit que la matèria del seu objecte fos el comerç, això és, l'activitat d'intermediació entre la producció i el consum. La matèria del dret mercantil en els seus orígens està constituïda solament per una part de la realitat econòmica del comerç, la de les relacions establertes entre els comerciants i amb el temps entre comerciants i altres persones.

## 1.2. El dret públic del mercantilisme

Un complex conjunt d'esdeveniments econòmics i socials són també la causa que provoca el trànsit del primer al segon període. Aquest període, el de l'edat moderna, s'estén des del final del segle XV o el principi del XVI fins al segle XVIII inclòs. Aquí també sols ens interessa destacar els caràcters que configuren el dret mercantil d'aquesta època.

En l'edat moderna subsisteixen les corporacions de mercaders i, per tant, la matrícula, però com a conseqüència de la consolidació a Europa dels estats nacionals i monàrquics en els aspectes polítics i del mercantilisme en els econòmics, el dret mercantil experimenta les transformacions següents:



El dret mercantil passa de ser un dret creat únicament pels comerciants a ser un dret promulgat per l'Estat; de ser un dret amb eficàcia supraurbana a convertir-se en un dret nacional, amb eficàcia limitada al territori de l'Estat; i de ser dret privat particular de base personal a configurar-se com a dret públic.

Aquestes transformacions comporten, és clar, una pèrdua de l'autonomia que caracteritzava el dret mercantil en el període anterior. Així, les fonts del dret mercantil en aquest són les lleis de cada estat nacional, vigents en els seus límits territorials i, per tant, distintes d'un estat a un altre. En conseqüència, el dret mercantil perd el caràcter supraurbà o internacional del període precedent.

Ara bé, cal tenir present que, en general, les lleis estatals no fan altra cosa que recollir el contingut del dret mercantil tal com s'havia configurat al llarg de la fase prèvia. La jurisdicció mercantil també experimenta canvis. Els tribunals mercantils deixen de ser designats per les mateixes corporacions de comerciants per a convertir-se en tribunals de l'Estat que, si bé elegits pels comerciants, són nomenats pel rei.

Els comentaristes qualifiquen el dret mercantil d'aquest moment com a dret públic, a causa del seu origen; per exemple, la llei de l'Estat formalitzada mitjançant la sanció de les denominades ordenances. Això no obstant, les esmentades transformacions no modifiquen de cap manera la realitat econòmica que constitueix la matèria objecte del dret mercantil; sense perjudici de l'aparició de noves institucions, aquesta continua essent, fonamentalment, la mateixa que en l'època precedent, això és, la de les relacions entre els comerciants i entre aquests i altres persones. Per tant, tampoc en aquest període no es pot afirmar que la matèria regulada pel dret mercantil és la totalitat del comerç com a realitat econòmica.

### **1.3. El moviment codificador i la codificació del dret mercantil**

La caiguda de les monarquies absolutes pel que fa a la política i el triomf dels postulats liberals pel que fa a l'economia, per obra de la Revolució Francesa, són els factors principals que condueixen al moviment codificador del segle XIX. El principi d'igualtat de totes les persones i la llibertat d'indústria i comerç són els principis ideològics propugnats durant aquest tercer període i que expliquen el caràcter que hi pren el dret mercantil.

La codificació del dret privat, com a nova tècnica legislativa que expressa la pretensió racionalista de plasmar l'ordre socioeconòmic, es porta a terme en cadascun dels estats europeus, com és sabut, mitjançant la promulgació de dos

codis separats, el Codi civil i el Codi de comerç, que dóna lloc a la consolidació formal del dret mercantil com a dret privat especial, despul·lat definitivament del seu caràcter corporatiu.

La contradicció que representa la separació en dos codis del dret civil i del dret mercantil amb el principi d'igualtat de totes les persones –jurídicament instrumentat en el Codi civil mitjançant la unitat del subjecte jurídic–, es resol mitjançant la creació jurídica de la figura dels denominats *actes de comerç*.

Els **actes de comerç** es configuren com el nou pressupòsit d'aplicació del dret mercantil. Al dret mercantil quedarà subjecta ara qualsevol persona, tant si és comerciant com si no ho és, que faci algun dels actes de comerç previstos en el Codi. Aquesta és la diferència fonamental entre el dret mercantil codificat i el dels períodes precedents.

En els períodes precedents el pressupòsit era, com sabem, haver establert una relació amb un comerciant encara que l'altra part de la relació no presentés aquesta condició. Ara, en canvi, l'únic que importa és portar a terme algun acte dels qualificats en el Codi de comerç com a actes de comerç. D'aquesta manera, en separar l'acte de la persona que el fa, se salva la contradicció apuntada entre el Codi de comerç i el principi d'igualtat, però com a conseqüència d'això el dret mercantil deixa de ser un dret dels comerciants *ratione mercaturae* per a transformar-se en un dret dels actes de comerç.

La primera plasmació històrica del moviment codificador està constituïda pel *Code civil* francès del 1804 al qual va seguir el *Code de commerce* del 1807. La influència de la codificació francesa s'estén a la resta del continent i és a Espanya on té la seva primera manifestació. El Codi de comerç del 30 de maig del 1829 produeix la codificació mercantil espanyola i d'aquesta manera s'anticipa a la posterior codificació civil que no tindrà lloc fins al 1889. Mentrestant es promulga el segon i vigent Codi de comerç del 22 d'agost del 1885 que incorpora noves institucions i, com a conseqüència de la Revolució del 1868, abandona els elements corporatius que encara llúien en l'anterior per a mostrar-se com un Codi essencialment liberal.

#### **1.4. Les transformacions del dret mercantil en el segle XX**

Els canvis patits pel dret mercantil codificat durant el segle XX són conseqüència d'un conjunt de fenòmens el sentit dels quals bascula al voltant del Codi de comerç, perquè es refereix al buidament de significat a què aquest s'ha vist sotmès. Els fenòmens que plasmen aquest buidament de significat són, per exemple, l'anticodificació, la publicació del dret privat i la privatització del

#### **Lectura complementària**

A. Menéndez (1986). "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española". *Centenario del Código de Comercio* (pàg. 42-82). Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones.

dret públic. Això, com veurem, comporta la divergència de significat entre la concepció del dret mercantil codificat i el que ha de resultar d'aquest conjunt de fenòmens.

Això no obstant, una idea prèvia a la del buidament de significat és la del buidament de contingut del Codi de comerç, que es manifesta en el fenomen de la **descodificació**. El terme descodificació al·ludeix a la progressiva aparició de lleis especials que, en relació amb el Codi de comerç, tenen per objecte desenvolupar matèries contingudes en aquest, modificar-ne les disposicions o, en fi, regular matèries no previstes en el Codi. El fenomen de la descodificació s'inicia aviat, els seus principis es remunten a les acaballes del segle XIX i continua acceleradament durant tot el segle. La causa de la descodificació no és altra que la falta de relació entre el dret mercantil codificat i la realitat econòmica. Aquell sols preveu la fase del capitalisme comercial quan en la realitat econòmica s'està produint el trànsit al capitalisme industrial i financer.

Ara bé, els fenòmens que giren al voltant de la idea del buidament de significat del Codi de comerç troben la seva causa en un fet que té lloc durant aquest segle i que en l'actualitat sembla contraure's amb la idea de la desregulació. Ens referim a la denominada *intervenció de l'Estat en l'economia*. Aquest fet és la causa del buidament de significat del Codi de comerç perquè amb aquest s'anul·la el principi de neutralitat politicoeconòmica com a fonament de la constitució econòmica de l'Estat liberal.

La intervenció de l'estat en l'economia es produeix de dues maneres. L'Estat intervé en l'economia per mitjà de normes de tots els rangs amb l'objectiu de corregir les fallides derivades del funcionament autònom del sistema econòmic. L'Estat, a més, intervé en l'economia valent-se de les formes (per exemple, societat anònima) i instruments (per exemple, contractes) característics del dret mercantil amb el fi de desenvolupar activitats econòmiques per mitjà d'empreses.

La primera forma d'intervenció de l'Estat en l'economia dóna lloc al fenomen de la **publicació del dret privat**. Encara que les il·lustracions d'aquest fenomen es podrien multiplicar (com ara el denominat dret dels consumidors) no hi ha dubte que el dret de la competència és un clar exemple de la superació de la divisió entre dret públic i dret privat, atès que la seva finalitat no és la protecció dels drets subjectius dels empresaris sinó la tutela de la institució mateixa del mercat.

Aquest fenomen de la publicació del dret privat o, si es prefereix, des de la perspectiva del mateix dret privat, de **desprivatització del dret privat**, condueix a un increment de les normes de caràcter imperatiu amb el fi de fer possible la consecució de les finalitats perseguides per l'Estat mitjançant la intervenció normativa en l'economia. En qualsevol cas no s'ha d'oblidar que la divisió del

dret dret positiu entre dret públic i dret privat respon a la sistematització de l'ordenament jurídic propi de l'Estat liberal, de manera que superat el principi de neutralitat politicoeconòmica vigent en aquell, per mitjà de la intervenció normativa de l'Estat en l'economia, la mateixa divisió tendeix a diluir-se o, si més no, no li hem de continuar donant excessiva importància, atès que el que ha de prevaler en l'ordenació de les institucions no és l'esmentada divisió del dret positiu sinó el criteri classificador utilitzat per a desenvolupar el sistema del dret mercantil.

Un altre fenomen causat també pel significat inherent a la intervenció normativa de l'Estat en l'economia és el que ha rebut el nom d'**anticodificació**. La divergència entre el significat del dret mercantil contingut en el Codi de comerç i el nou significat que aquest dret adquireix a causa d'aquesta activitat d'intervenció provoca que la nova legislació mercantil es desenvolupi al marge del Codi mitjançant la promulgació de lleis especials sobre certes matèries.

La segona forma d'intervenció de l'Estat en l'economia es produeix mitjançant les denominades *empreses públiques* amb les quals aquell no sols desenvolupa activitats econòmiques de producció o de distribució de béns i serveis per al mercat sinó que també porta a terme la prestació d'alguns serveis públics. Aquesta forma d'intervenció ha donat lloc al fenomen de la **privatització del dret públic** o **mercantilització del dret administratiu**, atès que no obstant la naturalesa pública del subjecte que crea l'empresa pública, en adoptar per a aquesta una de les diverses formes mercantils, el règim a què queda sotmès no és de dret públic sinó de dret privat.

## 2. El concepte del dret mercantil: estudi de la successió de paradigmes

La historicitat del dret mercantil permet de comprendre el significat dels esforços doctrinals per elaborar-ne els diferents conceptes en cadascuna de les distintes etapes de la seva formació successiva, que acabem de descriure breument. Un cop fet el recorregut per l'evolució històrica del dret mercantil com a branca del dret, és necessari fer un altre nou recorregut per l'evolució científica del dret mercantil com a disciplina acadèmica, també necessàriament breu. Aquest nou recorregut està ordenat com una successió de paradigmes explicatius i de comprensió del dret mercantil. Aquesta manera d'ordenar les diferents etapes de l'evolució científica no busca l'originalitat sinó únicament destacar les funcions perseguides pels distints conceptes del dret mercantil que no són altres que les d'acotar una part de la realitat juridicoeconòmica, que així esdevé el seu objecte, per a justificar i sistematitzar el dret mercantil.

La finalitat principal perseguida pels mercantilistes amb la cerca d'un paradigma consisteix a trobar el criteri capaç de donar consistència a l'aglutinació del conjunt d'institucions i normatives que conformen tradicionalment el contingut del dret mercantil. D'aquesta manera, un cop assolit el paradigma, la doctrina podrà, legítimament, centrar els seus esforços a resoldre els problemes, tant d'interpretació com de construcció, que presenten les institucions i normatives integrades en el dret mercantil d'acord amb el model que subministra el paradigma.

Aquest afany doctrinal per comptar amb un paradigma sols es pot explicar referint-lo als distints períodes de la història del dret mercantil.

### 2.1. El dret corporatiu

La delimitació del dret mercantil com a disciplina acadèmica durant els dos primers períodes abans descrits se centra en la constatació que ambdós constitueixen la plasmació històrica del dret mercantil com a dret corporatiu, que es caracteritza per adoptar el denominat *sistema subjectiu de delimitació de la matèria juridicomercantil*.

En efecte, el pressupòsit d'aplicació del dret mercantil es fa dependre de la qualitat professional dels subjectes (v. gr., comerciants), que s'adquireix mitjançant la matriculació en el gremi o corporació, i de l'exercici del comerç (v.

gr., *ratione mercaturae*). Ara bé, el dret mercantil en aquests dos períodes constitueix també una branca autònoma de l'ordre jurídic, atès que compta tant amb fonts pròpies com amb òrgans d'aplicació propis.

La ruptura amb aquest sistema subjectiu es formalitza amb la promulgació dels diferents codis de comerç durant el segle XIX. Aquest canvi radical de sistema que, en un primer moment, comportarà la cerca del paradigma o eix central del dret mercantil en els denominats actes de comerç, serà, al seu torn, la causa de la crisi d'autonomia del dret mercantil i, per tant, el motor que, de nou, impulsa la comunitat de mercantilistes a trobar un paradigma diferent que permeti de justificar la seva tasca i dotar el dret mercantil amb el criteri que faci possible la integració en aquest de totes aquelles institucions i normatives considerades mercantils segons el model facilitat pel paradigma.

## 2.2. Els actes de comerç

En el *Code de commerce* els actes de comerç complien únicament dues funcions: una **funció adjectiva**, en venir configurats com a criteri d'atribució de competència als tribunals de comerç (art. 631, 3); i una **funció material**, com a criteri d'atribució de la condició de comerciant a qui els desenvolupés com a professió habitual per a quedar sotmès a un estatut especial (art. 1). Tanmateix, el que és cert és que la mateixa doctrina mercantil francesa fou la que més va contribuir per a situar els actes de comerç com a nou centre del sistema jurídic mercantil, atorgant-los d'aquesta manera un caràcter substantiu del que inicialment estaven mancats i que sols assolirien en els codis posteriors, en especial en l'espanyol del 1885 que adopta en l'article 2 una fórmula d'acotament global de la matèria mercantil per remissió als actes de comerç compresos en el codi i a la seva ampliació per via analògica.

La doctrina dels actes de comerç es va desenvolupar fonamentalment en dos plans. El primer de **caràcter positiu**, això és, d'interpretació de les disposicions del Codi de comerç. En aquest pla la doctrina es va detenir a fer un estudi analític de les distintes classes d'actes de comerç (actes de comerç objectius, actes de comerç subjectius, actes de comerç formals i actes de comerç mixtos) amb l'objectiu de delimitar el contingut del dret mercantil segons el Codi de comerç. El segon pla era de **caràcter conceptual** i tenia per objecte construir una noció general i unitària de la figura de l'acte de comerç que permetés utilitzar-la com a fonament del mateix dret mercantil i, per tant, situar-lo en el centre del nou sistema. És precisament en aquest segon pla on la doctrina dels actes de comerç fracassa, atès que resulta impossible, davant la diversitat de criteris utilitzats pel legislador per a tipificar els diferents actes de comerç, obtenir un concepte unitari d'acte de comerç.

Ara bé, la vertadera causa del fracàs de la doctrina dels actes de comerç se situa en la constatació que ni tan sols en els mateixos codis de comerç, els actes de comerç esgoten la matèria juridicomercantil, atès que contenen també normes que tenen com a destinataris un cercle concret de persones, els comerciants professionals.

La impossibilitat de justificar i desenvolupar el sistema del dret mercantil entorn de la doctrina dels actes de comerç provoca l'aparició de doctrines alternatives l'objecte de les quals serà posar fi d'una manera o altra a aquesta crisi. N'hi haurà prou amb la simple menció d'aquestes noves doctrines als fins proposats, atès que, en definitiva, cap d'aquestes ha subsistit, si més no al nostre país, de manera generalitzada.

Com a seqüela de la doctrina dels actes de comerç sorgeix la que distingeix entre **comerç en sentit econòmic** i **comerç en sentit jurídic**. En establir aquesta distinció es pretén de solucionar la divergència entre la noció econòmica de comerç (intermediació entre producció i consum) i la que resulta de la normativa mercantil, més àmplia que la primera. Això no obstant, és clar que amb aquesta distinció no es resolva el problema de la justificació del dret mercantil, atès que no proporcionava una referència sistemàtica unitària de la matèria mercantil regulada en els codis, en renunciar a donar una explicació del que hi havia de comú entre els actes de comerç.

Un altre corrent doctrinal és el que caracteritza el dret mercantil per **notes específiques** (caràcter internacional, progressiu, protecció de la seguretat del tràfic, valor de l'aparença, terminis rigorosos, etc.). És clar que aquest corrent doctrinal tampoc no permet, partint de les esmentades notes, portar a terme la construcció del sistema del dret mercantil, i ni tan sols és segur que n'hi hagi prou amb aquestes notes per a justificar la mateixa existència del dret mercantil.

Més importància té la direcció doctrinal que proposa la **unificació del dret privat**. Aquest corrent, mitjançant la utilització del mètode històric, constata la generalització d'algunes institucions mercantils (per exemple, lletra de canvi) com a explicació a l'existència dels denominats actes objectius de comerç. Un sector d'aquesta direcció doctrinal afirma que el tràfic econòmic sempre requerirà, malgrat la generalització d'algunes institucions mercantils. Un dret capaç d'atendre les seves específiques exigències i aquest dret és precisament el dret mercantil. Un altre sector doctrinal afirma, en canvi, que la progressiva generalització de les institucions mercantils culminarà amb la dissolució del dret mercantil i la unificació del dret privat. La importància de la doctrina de la unificació del dret privat resideix en el fet que almenys formalment compta amb dues manifestacions legislatives. La primera, molt pròxima temporalment als debats doctrinals, està constituïda pel Codi suís de les obligacions del 1881. La segona, més tardana, és la del *Codice civile italiano* del 1942.

El mateix caràcter negador de la justificació de l'existència del dret mercantil té també un últim corrent doctrinal que sosté la **identificació entre dret mercantil i dret del capitalisme** en el sentit que el dret mercantil no és altra cosa que el resultat del procés de transformació del dret civil patrimonial per a adequar-se a les necessitats del capitalisme.

Aquest estat de coses, característic dels períodes de crisi del paradigma que legitima la tasca que desenvolupa qualsevol comunitat científica, sols es pot superar quan sorgeix un nou paradigma que no només és capaç d'oferir respostes a les anomalies presents en el vell paradigma sinó que, a més, les solucions que proposa són més bones que les mantingudes per qualsevol de les doctrines aparegudes durant el període de crisi. Sense que per això s'hagi d'esperar que amb el nou paradigma es puguin resoldre tots els problemes. L'afany de la doctrina mercantilista per trobar el criteri que fos capaç de donar consistència a l'aglutinació del conjunt d'institucions i normatives que conformen tradicionalment el contingut del dret mercantil i d'aquesta manera justificar la pròpia existència d'aquest dret, es veurà finalment satisfet amb l'aparició de la doctrina jurídicomercantil de l'empresa.

### **2.3. La doctrina de l'empresa**

La doctrina que conduirà els mercantilistes a canviar la seva visió del món jurídicomercantil, en substituir els actes de comerç per l'empresa com a eix vertebrador del sistema del dret mercantil, es deu a Karl Wieland. Per a obtenir el concepte del dret mercantil, cal trobar el nexa que lliga entre si les institucions i normatives que componen aquest dret i per a portar a terme aquesta tasca el que és rellevant, segons aquest autor, és fixar la matèria de la realitat econòmica que constitueix l'objecte del dret mercantil i les exigències de la qual aquest ha de satisfer. D'aquesta manera, Wieland se separa metodològicament de les doctrines que busquen el concepte de dret mercantil mitjançant l'anàlisi del dret positiu i, per això, adverteix que la seva investigació no persegueix obtenir un concepte positiu o formal sinó un concepte substancial del dret mercantil. De manera que essent econòmica la naturalesa de la realitat que contempla el dret mercantil, els mercantilistes s'han de valer, per a ser capaços de delimitar-la, de les categories elaborades pels economistes per a descriure la complexa realitat econòmica.



Recolzant-se en l'autoritat dels economistes, Wieland destaca la noció d'empresa, com a forma d'organització de l'activitat econòmica superadora de la distinció entre la indústria i el comerç. Això significa que la característica comuna de totes les activitats econòmiques està en la forma d'organització mitjançant empresa. En identificar en l'empresa la matèria de la realitat econòmica que constitueix el nexa que lliga entre si les institucions i normatives que integren el contingut del dret mercantil, Wieland arriba a la conclusió que aquest dret ha de ser el de les empreses i el seu tràfic.

Mitjançant aquesta doctrina, Wieland és capaç d'oferir respostes a les anomalies presents en el vell paradigma i, a més, les solucions que proposa són millors que les mantingudes per les doctrines aparegudes durant la crisi. Així, per exemple, la generalització d'algunes institucions mercantils (com la lletra de canvi convertida en un acte objectiu de comerç) no comporta la seva sostracció del contingut d'aquest dret, atès que només poden explicar-se en funció de les exigències de la realitat econòmica que constitueix la seva matèria. Això mateix explica també la intranscendència dels processos d'unificació del dret privat, atès que el sentit de les institucions formalment unificades sols es podrà descobrir en la satisfacció de les mencionades exigències. En fi, aquesta doctrina permet d'explicar també l'extensió de la matèria mercantil implícita en la doctrina que distingia entre comerç en sentit econòmic i comerç en sentit jurídic.

La doctrina juridicomercantil de l'empresa formulada per Karl Wieland és introduïda a Itàlia per Lorenzo Mossa, a qui, segons opinió unànime entre els mercantilistes, correspon el mèrit d'haver desenvolupat i estès la concepció que identifica el dret mercantil amb el dret de l'empresa. A Mossa també li preocupa trobar el nexa que permeti donar coherència al conjunt d'institucions i normatives que formen el contingut del dret mercantil. El significat i la influència de l'obra de Mossa sols es pot entendre si es té present el context en què es produeix. Des de la promulgació del Codi de comerç italià del 1882, la doctrina no deixa de formular propostes de reforma. En aquesta situació de debat doctrinal de *lege ferenda*, Mossa introdueix la nova doctrina de l'empresa. D'aquí que en els seus escrits destaquí més el caràcter polèmic que el rigor i la precisió en l'exposició. Encara que Mossa propugnava la necessitat de dos codis, un per al dret civil i l'altre per al dret mercantil, el cert és que al final es promulga un únic *Codice civile* el 1942 que, això no obstant, acollirà l'empresa en substitució dels actes de comerç, fet aquest últim en el qual no es pot negar la influència exercida pels treballs de Mossa.

La doctrina de l'empresa formulada per Wieland i Mossa s'estendrà després tant en la doctrina alemanya com en la italiana i, en menor mesura, en la francesa. Tanmateix, els mercantilistes espanyols acabaran també per acollir-la majoritàriament. Encara que la doctrina juridicomercantil de l'empresa mai no ha estat l'única sustentada pels mercantilistes espanyols, el cert és que en el panorama doctrinal actual aquesta constitueix l'única utilitzada, sense perjudici que cadascun dels diferents autors adverteixi sobre els seus diversos límits i fins i tot alguns arribin a assajar noves vies de justificació del dret mercantil, per a estructurar la matèria mercantil i desenvolupar el sistema del dret mercantil.

En qualsevol cas, les funcions per a les quals els mercantilistes han utilitzat la doctrina juridicomercantil de l'empresa com a paradigma del dret mercantil, es despleguen en dos plans: 1) el primer, com a element econòmic delimitador de la realitat juridicoeconòmica rellevant; 2) el segon, com a criteri subjacent per a la sistematització de la matèria juridicomercantil.

Paradoxalment, cap d'aquestes dues funcions és realment satisfeta per la doctrina juridicomercantil de l'empresa. La primera, perquè el dret mercantil no és l'únic sector de l'ordre jurídic que preveu la realitat de l'empresa per a sotmetre-la a regulació. La segona, perquè la doctrina juridicomercantil de l'empresa no serveix, ni en el nucli ni, sobretot, en els marges, com a criteri segur per a incloure o excloure institucions i normatives del sistema del dret mercantil.

La paradoxa entre les funcions i el seu limitat grau de satisfacció que permet la doctrina juridicomercantil de l'empresa s'ha vist accentuada com a conseqüència del conjunt de fenòmens que hem exposat en l'apartat dedicat a les transformacions del dret mercantil en el segle XX. Aquests fenòmens han ocasionat l'aparició d'una nova crisi del paradigma utilitzat pels mercantilistes per a justificar i construir el sistema del dret mercantil.

La doctrina de l'empresa, que configura a aquesta última com a element aglutinador del conjunt d'institucions i normatives integrades en el contingut del dret mercantil, no és capaç de continuar complint aquesta funció si el dret mercantil ha d'incloure també la nova realitat econòmica manifestada en aquells fenòmens. No és estrany, com sabem, que davant d'aquesta nova situació de crisi apareguin propostes doctrinals dirigides a descobrir un nou paradigma capaç d'aportar solucions als problemes presents.

Les propostes més rellevants en aquest sentit són les que tracten d'afirmar el nou paradigma en la realitat econòmica en general, en el mercat o en el tràfic econòmic. Aquestes propostes es tradueixen en el pla sistemàtic en els denominats dret econòmic, dret del mercat i dret del tràfic econòmic. En els tres casos, el que es pretén és substituir l'equiparació entre dret mercantil i dret de les empreses, en les seves diferents formulacions i matisos, per l'equiparació entre dret mercantil i dret del mercat, o la substitució del dret mercantil pel dret econòmic o pel dret del tràfic econòmic.

## 2.4. El dret econòmic

La intervenció de l'Estat en l'economia dóna lloc a l'aparició del dret econòmic com a categoria jurídica. El dret econòmic es defineix com el dret de l'ordenació econòmica. Per tant, la matèria que es configura com a objecte d'aquest dret està constituïda per l'economia en general. L'anterior significa que la matèria objecte del dret econòmic comprèn també, atès el seu caràcter

### Vegeu també

Vegeu l'apartat 1.4 "Les transformacions del dret mercantil en el segle XX".

més ampli, la realitat econòmica que constitueix l'objecte del dret mercantil. En aquest sentit, el dret econòmic com a categoria més àmplia substituiria el dret mercantil.

Això no obstant, aquest no sembla ser el plantejament generalitzat. El que es proposa amb el dret econòmic és una nova categoria sistemàtica que permeti integrar en el seu contingut totes les normes dirigides a l'ordenació de l'economia amb independència de la seva classificació d'acord amb les categories tradicionals. Per tant, el contingut del dret econòmic comprèn les normes de dret civil, dret mercantil, dret administratiu, dret fiscal, dret penal i dret concursal dirigides a l'ordenació de l'economia.

El sentit d'aquesta macrocategoria resideix a ser un instrument de coneixement i valoració de la funció econòmica desenvolupada per les normes integrades en el seu contingut. En qualsevol cas, sigui per la impracticabilitat de la macrocategoria, sigui perquè no constitueix en si mateixa una alternativa al dret mercantil com a categoria tradicional, sigui pels diferents punts de vista del dret econòmic i del dret mercantil (per exemple, l'activitat de l'Estat el primer, la dels empresaris el segon), no sembla que el dret econòmic pugui arribar a substituir el dret mercantil. Això no obstant, això últim és precisament el que fa més necessària la revisió del paradigma de l'empresa perquè en el sistema del dret mercantil tinguin cabuda els fenòmens estudiats.

## **2.5. El dret del mercat**

La creixent publicació del dret privat que el desenvolupament dels preceptes de la constitució econòmica comporta, ha portat a alguns autors a proposar la substitució de l'equació dret mercantil-dret de les empreses per la de dret mercantil-dret del mercat. La proposta en la mesura que pretén englobar més nítidament els aspectes públics i privats de la disciplina econòmica no es diferencia de la suggerida per la categoria del dret econòmic i, en aquesta mesura, es poden donar per reproduïdes les consideracions que la doctrina ha abocat sobre aquell.

En canvi, si el que es vol és que el dret mercantil, en tant que dret de les empreses, deixi de ser solament el dret de la producció i de la distribució, i inclogui també la fase del consum, és a dir, la totalitat del cicle econòmic, perquè d'aquesta manera s'hi contemplin els diferents interessos (per exemple, consumidors) que conflueixen en el mercat, al nostre judici, aquest mateix resultat s'assoleix considerant aquestes idees des de la perspectiva que proporciona la doctrina de l'empresa revisada per la constitucionalització del discurs juridicomercantil mercantil amb la qual cosa es dóna entrada en el sistema a aquests nous interessos i institucions.

## **2.6. El dret del tràfic econòmic**

Una última posició doctrinal, partint de la protecció constitucional dels consumidors, proposa la substitució del dret mercantil i l'empresa com a eix del seu sistema pel dret del tràfic econòmic. És clar, però, que la contemplació dels interessos dels consumidors no esgota el contingut de la constitució econòmica. Per tant, com assenyalàvem amb relació a la posició anterior, n'hi ha prou d'integrar aquests interessos mitjançant la constitucionalització de la doctrina de l'empresa, sense necessitat d'abandonar el paradigma establert convencionalment.

### 3. Estat social de dret i dret mercantil: la constitucionalització de la doctrina de l'empresa

La constitucionalització de la doctrina de l'empresa ha permès a la doctrina mercantilista espanyola mantenir el sistema formulat al voltant d'aquella i, simultàniament, donar entrada en aquest als fenòmens que comprèn la intervenció de l'Estat en l'economia. La idea que legitima aquest recurs consisteix a afirmar que la Constitució expressa la part general de tot el dret i, per tant, també del dret mercantil.

El punt de partida d'aquesta direcció doctrinal consisteix a destacar els elements de la constitució econòmica que, partint del reconeixement constitucional de l'eix del sistema, permeten i obliguen a precisar el significat de la doctrina de l'empresa.

La Constitució contempla l'empresa en l'article 38 amb el significat de garantir la llibertat de portar a terme activitats econòmiques organitzades. El reconeixement de la iniciativa econòmica privada de caràcter capitalista en aquest precepte és completada amb la legitimació de la iniciativa econòmica pública, mutualista i fundacional en els articles 128.2, 129.2 i 34. La llibertat d'empresa s'ha de desenvolupar en el marc d'una economia de mercat, cosa que representa la institucionalització de la competència com a estructura d'organització i ordenació del sistema econòmic.

El segon pas de la constitucionalització de la doctrina de l'empresa consisteix a destacar aquells elements que en estar presents en la Constitució permeten i obliguen a precisar el significat d'aquesta doctrina i a donar entrada als fenòmens d'intervenció econòmica. Aquest pas s'inicia amb la referència a la **clàusula de l'Estat social**, formalitzada en l'article primer de la Constitució. La doctrina de l'empresa i el sistema derivat d'aquesta es revisa mitjançant l'explicitació del significat d'aquesta clàusula i la descripció dels elements que configuren la Constitució econòmica.

El significat rellevant de la clàusula de l'Estat social rau en el fet que, enfront de la neutralitat politicoeconòmica de l'Estat liberal, aquesta conté un projecte de transformació de la societat. Dit d'una altra manera, la clàusula de l'Estat social implica que la intervenció de l'Estat en l'economia no troba justificació sols en criteris d'eficiència econòmica sinó que l'Estat, conscient o no dels costos que comporten, pot perseguir altres finalitats de caràcter social.

El reconeixement en l'article 38 de la CE de la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat junt amb la constitucionalització de l'Estat social comporta que el sistema econòmic configurat en la CE sigui l'anomenat **d'economia social de mercat**. Aquest sistema s'oposa tant a un sistema de planificació central com a un sistema de funcionament autònom del mercat; al primer per contradicció amb el reconeixement de l'economia de mercat i al segon per contradicció amb la clàusula de l'Estat social. En l'espai entre aquests dos extrems, la CE deixa al poder polític llibertat per a configurar el model econòmic de la nació.

Entre els elements que contribueixen a precisar el contingut de la constitució econòmica destaquen els següents:

- Els límits a la llibertat d'empresa que estan explicitats tant en el mateix article 38 (les exigències de l'economia general i la planificació) com en altres articles del mateix text constitucional.
- Els articles 51 i 129.2 en què, respectivament, es considera la problemàtica relativa a la protecció dels consumidors i usuaris, i la relativa a les diverses formes de participació dels treballadors en l'empresa.
- I la llista continua amb el contingut dels articles 40.1, 44.2, 45.2, 48, 128.1 i 131.

## 4. El sistema del dret mercantil

La necessitat d'exposar ordenadament el conjunt normatiu que forma la matèria mercantil, com la de qualsevol altra de les branques en què tradicionalment es divideix l'ordre jurídic, descansa tant en raons de coneixement com en raons didàctiques i pràctiques, ja que, sense establir cap ordre seria impossible tant la comprensió com l'exposició de qualsevol matèria per poc àmplia o complicada que fos. A més, en l'àmbit jurídic, ordenar la normativa també serveix d'instrument per a guiar en el procés d'aplicació del dret. Aquesta exposició ordenada és el que denominem *sistema extern* i es xifra en una construcció teòrica instrumental.

La possibilitat de portar a terme aquesta construcció i el seu fonament es determinen externament. El criteri utilitzat per a la sistematització de la matèria juridicomercantil està, com sabem, en el paradigma de la doctrina juridicomercantil de l'empresa, en les seves distintes formulacions i matisos. L'empresa és, segons aquesta doctrina, el principi ordenador que permet d'aglutinar coherentment el conjunt de normes que conformen el contingut del dret mercantil. L'aportació principal derivada de la revisió de la doctrina de l'empresa, portada a terme mitjançant la constitucionalització del discurs juridicomercantil consisteix, per tant, no sols en el fet que ha permès de donar entrada en el sistema del dret mercantil als fenòmens que han transformat aquest dret durant l'últim segle sinó, sobretot, en haver proporcionat un paradigma útil per a desenvolupar el sistema extern del dret mercantil en tant que disciplina jurídica.

Això no obstant, el fet d'haver assenyalat abans els límits de la doctrina juridicomercantil de l'empresa i la seva naturalesa eminentment convencional, ens permet ara de reafirmar el caràcter instrumental del sistema del dret mercantil. El caràcter instrumental del sistema del dret mercantil deriva, per tant, no sols de les raons que expliquen la necessitat de desenvolupar-lo sinó també de la naturalesa convencional del paradigma material al voltant del qual s'articula. És clar, doncs, que no es pot dubtar del marge de llibertat present en la formulació del sistema.

### **Marge de llibertat**

Prova del marge de llibertat a què ens referim són les distintes formulacions del sistema desenvolupades per la doctrina mercantil, i també l'ordenació i el contingut de cadascun dels mòduls que integren els programes de dret mercantil I i II de la Universitat Oberta de Catalunya.

## 5. La qüestió del paradigma metodològic

Un cop mostrat el caràcter convencional del paradigma de l'empresa, la qüestió que, al nostre judici, en l'actualitat es revela com a ineludible és la que es refereix no al paradigma material sinó al paradigma metodològic de la doctrina mercantil. La doctrina mercantil no pot ignorar ni menystenir la utilitat que la utilització sistemàtica, rigorosa i prudent de l'anàlisi econòmica del dret pot subministrar als seus esforços per resoldre els problemes, tant d'interpretació com de construcció, que presenten les institucions i normatives integrades en el dret mercantil segons el paradigma material.

La utilització metodològica dels models d'empresa desenvolupats a partir de la teoria microeconòmica i, sobretot, la utilització d'aquesta teoria aplicada a l'anàlisi del dret mercantil ens brinda l'oportunitat de comptar amb un nou paradigma metodològic, és a dir, amb un paradigma capaç d'estructurar d'una manera diferent noves preguntes i respostes. La utilització que proposem de l'anàlisi econòmica del dret no ha de comportar una relació de conflicte amb el paradigma metodològic vigent representat per la jurisprudència de valors.

La utilitat de l'anàlisi econòmica del dret per al jurista depèn i acaba en el seu caràcter metodològic.

Això és necessari destacar-ho especialment tant enfront dels usos merament referencials com dels fonamentalistes o substantivadors. Les raons del rebuig d'aquestes dues modalitats de l'ús de l'anàlisi econòmica del dret rauen, respecte als usos referencials, en el fet que no constitueixen usos metodològics, i respecte als usos fonamentalistes en el fet que en substantivitzar les hipòtesis metodològiques traeixen el caràcter sempre instrumental de qualsevol metodologia i, sobretot, perquè en no constituir un ús prudent, perquè prescindeix del fet que les finalitats i els valors implícits en aquestes estan en el dret positiu, provoca una relació de conflicte amb el paradigma metodològic vigent entre la generalitat de la doctrina jurídica.

El conflicte entre anàlisi econòmica del dret i la jurisprudència de valors no és inevitable, ja que sols es produeix enfront d'un determinat ús d'aquell mètode. L'ús instrumental i prudent, per contra, pot mantenir una relació de col·laboració i d'enriquiment mutu entre ambdues metodologies.



La col·laboració possible entre ambdós mètodes consisteix a aprofitar de l'anàlisi econòmica del dret la capacitat analítica, tant en l'àmbit explicatiu de determinades doctrines jurídiques com també en el normatiu, per a determinar la consistència del dret en la consecució de determinades finalitats econòmiques i els valors en aquestes implícits, i de la jurisprudència de valors aprofitar el seu interès en la determinació dels valors presents en l'ordenament.

Aquesta relació de col·laboració és, a més, mútuament enriquidora perquè, d'una banda, en ser conscients de l'existència d'altres valors podem establir els límits que aquests imposen als valors implícits en les finalitats merament econòmiques, i, de l'altra, en comptar amb la poderosa eina analítica de l'anàlisi econòmica del dret podem avançar en el coneixement racional del dret sense necessitat de confiar únicament en la tradició jurídica o en les apel·lacions a valors no analitzats, i així contribuir a dotar de més rigor analític les tasques a les quals la doctrina mercantil ha de fer front en el futur.

## 6. La formació del cos normatiu mercantil

El dret mercantil com a branca de l'ordenament està integrat per un conjunt de normes aglutinades d'acord amb el criteri que constitueix el paradigma material utilitzat per la doctrina per a desenvolupar el sistema del dret mercantil com a disciplina científica. Aquest conjunt de normes així agrupades configuren el que podem denominar *cos normatiu mercantil*.

La formació d'aquest cos normatiu mercantil és un producte històric, atès que està integrat per normes de distinta edat i procedència, l'origen de les quals està en les diverses fonts del dret positiu constitutives de l'ordenament jurídic. La doctrina general de les fonts del dret no pateix, en principi, cap alteració en l'àmbit del dret mercantil.

La pluralitat i diversitat de les fonts que integren el contingut del cos normatiu mercantil és conseqüència de la seva formació històrica i del paradigma material que les aglutina. Això explica i justifica que en aquest apartat tractem alguns problemes relacionats amb la formació del cos normatiu mercantil.

El plantejament i anàlisi dels problemes al·ludits es pot fer o bé destacant aïlladament les peculiaritats pròpies del dret mercantil o bé destacant-les en el marc del sistema de les fonts de l'ordenament jurídic vigent en l'actualitat. El segon dels plantejaments referits serà el que seguirem a continuació.

### 6.1. La legislació mercantil en l'ordenament general i complet de l'Estat

La norma suprema de l'ordenament jurídic espanyol, compost per l'ordenament complet i general de l'Estat i pels diferents ordenaments parcials i territorials de les comunitats autònomes, i, per tant, també del dret mercantil com a branca d'aquest ordenament, és la Constitució que no sols és font del dret positiu sinó que, a més, conté la disciplina de la producció jurídica.

La **Constitució** conté la disciplina de la producció jurídica de l'ordenament general i complet de l'Estat, atès que regula els procediments d'elaboració i la posició que ocupen en l'ordenament espanyol la llei i les normes amb rang de llei (decrets lleis, decrets legislatius i tractats internacionals), reconeix la potestat reglamentària del Govern de l'Estat i el valor de les sentències del Tribunal Constitucional i, en fi, la Constitució atribueix a l'Estat la competència exclusiva relativa a la determinació de les fonts del dret (art. 149.1 8) i sobre la legislació mercantil (art. 149.1 6).

La regulació de les fonts ha estat tradicionalment continguda en el nostre ordenament en el **Codi civil**, en què l'article 1.1 estableix que les fonts de l'ordenament jurídic espanyol són la llei, el costum i els principis generals del dret. La dualitat de regulació de les fonts en la Constitució i en el Codi civil no planteja problemes sempre que la disciplina d'aquest últim no contradigui allò disposat en la Constitució.

L'establiment del costum i els principis generals del dret com a fonts del dret no previstes expressament en la Constitució és plenament lícit, atès que representa l'exercici de la competència exclusiva de l'Estat sobre la determinació d'aquestes, sempre que no s'oposin a allò establert en la mateixa Constitució.

L'article 2 del **Codi de comerç** vigent constituïria també, segons la doctrina mercantil majoritària, un supòsit especial d'establiment de fonts del dret no previstes expressament en la Constitució. L'article 2 del Codi de comerç seria l'equivalent mercantil de l'article 1 del Codi civil i, per tant, establiria el sistema de fonts especial del dret mercantil. Les **fonts del dret mercantil** serien: la llei mercantil, els usos mercantils i el dret comú. L'especialitat del sistema de fonts mercantil pel que fa al sistema de fonts general radica en l'anteposició dels usos mercantils al dret comú.

Aquesta comprensió tradicional planteja, això no obstant, alguns problemes d'interpretació sistemàtica dels articles 2, 50, 57 i 59 del mateix Codi de comerç que, per contra, no apareixen quan la funció de les fonts que enumera aquest article es considera que consisteix en l'establiment de les fonts d'integració dels contractes mercantils. Aquesta interpretació equipara l'article 2 del Codi de comerç a l'article 1258 del Codi civil. El criteri que subjau en l'enumeració de fonts és el de l'aplicació judicial del dret. L'article 2 estableix el dret que haurà d'aplicar el jutge per a resoldre els conflictes que es produeixin no sobre qualsevol institució mercantil sinó únicament sobre els actes de comerç i aquests no són sinó els contractes mercantils. Com a conseqüència, el lloc adequat per a analitzar el significat i abast d'aquest article és el mòdul dedicat a l'exposició de la contractació mercantil.

Les fonts del dret mercantil no són, per tant, distintes de les fonts del dret positiu en general i, per això, no resulta necessari exposar els elements de la teoria general de les fonts del dret.

La naturalesa de dret especial, pròpia del dret mercantil, enfront del dret privat general o dret civil, imposa l'aplicació preferent de les normes especials enfront de les generals (art. 4.3, CC), això és, l'aplicació preferent de la legislació mercantil enfront de la legislació civil.

#### Lectura recomanada

J. Alfaro (1992). "La función de los usos en el Código de comercio". *RDM* (pàg. 419-444).

En principi, el criteri o paradigma que permet de qualificar una norma de dret positiu com a mercantil és un criteri doctrinal i, per tant, convencional. En qualsevol cas, les normes que formen el cos normatiu mercantil, aglutinades al voltant d'aquest paradigma, estan en la Constitució, en lleis i en normes amb rang de llei, en normes reglamentàries i en el costum.

Entre les lleis mercantils destaca pel seu origen i contingut el **Codi de comerç**. El vigent Codi de comerç del 22 d'agost de 1885 és el resultat del procés de reforma que s'inicia pocs anys després de la promulgació del primer Codi de comerç de 30 de maig de 1829. Ambdós, per tant, són el producte del moviment codificador del segle XIX i, així mateix, ambdós són codis mixtos, això és, codis que per a la delimitació dels actes de comerç regulats fan servir criteris objectius i subjectius, i en fi són codis promulgats amb anterioritat a la codificació civil. El nou Codi, al marge d'incorporar mig segle de producció legislativa i noves institucions, es caracteritza, fonamentalment, per la implantació de l'esperit liberal de la Revolució del 1868 i per un desfasament entre la realitat econòmica del final del segle XIX i la que és objecte de tractament jurídic en aquest, que reproduïx pràcticament la del Codi anterior.

El Codi de comerç consta de quatre llibres que porten els epígrafs següents:

- I "Dels comerciants i del comerç en general",
- II "Dels contractes especials del comerç",
- III "Del comerç marítim", i
- IV "De la suspensió de pagaments, de les fallides i de les prescripcions".

Aquests quatre llibres estan, al seu torn, estructurats en títols, seccions i en un total de 955 articles. Això no obstant, el contingut del Codi de comerç ha estat objecte de nombroses reformes iniciades ja dos anys després de la seva promulgació i se succeeixen sense pausa, en especial durant la segona meitat del segle XX. En l'actualitat, el contingut del Codi presenta un caràcter fragmentari, els aspectes més rellevants són els relatius a la publicitat legal i la comptabilitat dels empresaris, alguns tipus contractuals i la disciplina de la fallida.

## **6.2. El buidament del Codi de comerç i la legislació especial**

El fenomen del buidament del Codi de comerç, al qual ens hem referit abans, s'evidencia no sols en el fet que dels referits 955 articles sols segueixen amb contingut 757, sinó també, i sobretot, en la contínua aprovació de lleis mercantils especials que regulen, al marge del Codi de comerç, tant institucions anteriorment previstes en aquest com noves institucions no previstes pel Codi.

Aquestes noves lleis mercantils especials representen no sols un buidament material del contingut del Codi de comerç sinó un buidament del seu significat, atès que la disciplina que estableixen en uns casos és producte de la transformació incessant de la realitat econòmica que el Codi ni preveu ni podia preveure, en altres és el resultat de l'abandonament de la neutralitat politico-econòmica del Codi i, finalment, en altres el compliment de les obligacions assumides pel mateix Estat espanyol en l'àmbit comunitari o internacional.

Mereixen una menció especial les **lleis mercantils especials** que són el resultat de l'abandonament de la neutralitat politicoeconòmica del Codi, atès que són precisament aquestes les que fan fer fallida a la tradicional divisió del dret en dret privat i dret públic. La possibilitat de perseguir finalitats que transcendeixen a les merament individuals pot trobar plena justificació en la Constitució espanyola, atès que conté prou elements per a legitimar la persecució de finalitats col·lectives. Les lleis en què s'ha plasmat aquesta voluntat de consecució d'una pluralitat de finalitats són lleis en què resulta inadequat separar els aspectes públics dels aspectes privats, atès que ambdós estan relacionats en la satisfacció d'aquestes finalitats.

En aquest apartat resulta innecessari portar a terme una mera enumeració de la pluralitat de lleis mercantils especials, atès que el que és adequat és, al nostre judici, tractar-les en els mòduls corresponents, no sols perquè allí s'estudia amb deteniment el seu contingut, sinó perquè és també allí on s'han de destacar les seves funcions, bé siguin merament de satisfacció d'interessos individuals o, per contra, els transcendeixin per complir altres finalitats.

### **6.3. La Constitució i els ordenaments parcials i territorials: la distribució de competències en matèries mercantils**

La Constitució estableix el principi autonòmic (art. 2) i els procediments per al seu desenvolupament, plasmat ja en el denominat *Estat de les autonomies*. Aquí ens interessa referir el significat de les normes de distribució del poder normatiu entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèries mercantils.

L'especialitat del sistema constitucional de distribució de competències resideix en el fet que el règim concret de la distribució competencial queda remès als corresponents estatuts d'autonomia, en què queda delimitat el concret àmbit material del poder normatiu de cada comunitat autònoma concreta. Les normes promulgades en l'exercici de les competències assumides en els estatuts formen els ordenaments parcials i territorials de les comunitats autònomes, normes l'aplicació de les quals és preferent respecte a les equivalents de l'ordenament general i complet de l'Estat.

El sistema de distribució de competències s'articula de la manera següent. La Constitució no conté ni un llistat de les competències de les comunitats autònomes ni un llistat de les competències de l'Estat. L'article 149.1 estableix el límit màxim de les competències atribuïbles a les comunitats autònomes,

atès que el llistat de competències que conté les declara com a competències exclusives de l'Estat, això és, competències que en cap cas podran assumir les comunitats autònomes. Això no obstant, aquestes no són les úniques competències de l'Estat, atès que l'article 149.3 deixa clar que a l'Estat també li corresponen totes les competències que no hagin estat assumides per les comunitats autònomes. Això que hem vist representa que l'ordenament de l'Estat no té límits pel que fa a les matèries regulables i d'aquí el seu caràcter d'ordenament complet, i també general, en tant que aplicable a tot el territori de l'Estat.

Les comunitats autònomes, per la seva banda, poden assumir qualsevol de les competències enumerades en l'article 148, mitjançant la seva concreta atribució pels respectius estatuts. La Constitució no fixa, però, un mínim, sinó que correspon als estatuts concretar quines de les competències establertes en aquest article 148 són atribuïdes a cada comunitat autònoma. Ara bé, les comunitats autònomes, a més de les competències llistades en l'article 148, poden assumir també en els respectius estatuts qualsevol altres competències no atribuïdes expressament a l'Estat per la Constitució (art. 149.3). El caràcter limitat de les matèries regulables pels ordenaments de les comunitats autònomes explica la seva configuració com a ordenaments parcials, i també territorials, ja que sols són aplicables en l'àmbit territorial de la corresponent comunitat autònoma.

El punt de partida per a determinar les competències que en matèries mercantils poden assumir les comunitats autònomes ha de ser, per tant, l'article 149.1, atès que s'hi enumeren les competències que en cap cas no poden ser atribuïdes a les comunitats autònomes pels seus respectius estatuts.

La Constitució (art. 149.1.6) ha reservat a l'Estat la competència exclusiva sobre legislació mercantil.

El contingut d'aquesta competència, segons la doctrina del Tribunal Constitucional, inclou, en tot cas, la regulació de les relacions juridicoprivades dels empresaris mercantils o comerciants com a tals (STC 37/1981, f. 3.) i, respecte del seu abast, ha declarat que en les societats, com la nostra, que segueixen el model de l'economia de mercat, l'activitat mercantil apareix disciplinada per un conjunt de normes on es barregen de manera inextricable el dret públic i el privat, dins el qual cal situar, sense cap dubte, el dret mercantil, essent oscil·lants els criteris per a traçar els límits entre la legislació mercantil i la corresponent a altres branques del dret (STC 14/1986).

En congruència amb això, el Tribunal Constitucional sembla obligat a admetre que, en principi, i pel que fa a aquest títol competencial, només les regles de dret privat quedaran compreses en la reserva a l'Estat de la legislació mercantil, atès que la uniformitat en la regulació juridicoprivada del tràfic mercantil és una conseqüència ineludible del principi d'unitat de mercat. En canvi, pel

que fa a les regles de dret públic, en estar subjectes a règims diferenciats, serà necessari en cada supòsit situar la institució de què es tracti (STC 133/1997, de 16 de juliol) en els corresponents títols competencials.

La delimitació del contingut de la competència fa necessari, tanmateix, aclarir el significat que s'hagi d'atribuir a l'expressió *legislació*. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre això<sup>1</sup> es pot resumir dient que la competència de legislació s'ha d'entendre en sentit material, referint-se, per tant, no sols a la llei en sentit formal, sinó també als reglaments executius i, fins i tot, a les circulars, si tenen naturalesa normativa (STC 249/1988, f. 2).

<sup>(1)</sup> SSTC 33/1981, de 5 de novembre, f. 4; 18/1982, de 4 de maig, f. 3; 35/1982, de 14 de juny, f. 2; 7/1985, f. 4; 24/1988, f. 2; 100/1991, de 13 de maig, f. 2 i 360/1993, f. 4.

En matèria de propietat industrial la Constitució també ha reservat a l'Estat la competència exclusiva sobre la legislació (art. 149.1 9) i, per tant, entren en joc bàsicament dos títols competencials: el de l'Estat, «ex» art. 149.1.9 CE, que li atribueix la legislació i els articles dels estatuts de les comunitats autònomes que atribueixin a aquestes l'execució.

La delimitació competencial que comporten aquests dos títols competencials ha estat objecte d'anàlisi en la STC 103/1999, de 3 de juny, seguint la doctrina del mateix Tribunal Constitucional pel que fa al significat de l'expressió *execució*, segons la qual ha de ser entesa com la que comprèn els actes aplicatius, això és, com la potestat d'administrar, que comporta, junt amb les facultats de mera gestió, la de dictar reglaments interns d'organització dels serveis corresponents en la mesura en què aquests siguin necessaris per a la mera estructuració interna de l'organització administrativa.

Les competències relatives a la legislació mercantil i a la legislació sobre propietat industrial són els únics títols competencials expressament previstos en la Constitució respecte a matèries mercantils. Ara bé, en virtut del que es disposa en l'article 149.3 algunes comunitats autònomes han assumit competències en matèries clarament enquadrables dins la matèria mercantil, per la qual cosa en no poques ocasions cal acudir també a altres títols competencials establerts en l'art. 149.1 per a delimitar el contingut i abast d'aquestes (STC 14/1986, f. 7). El criteri interpretatiu seguit pel Tribunal Constitucional (STC 123/1984, f. 2, i 180/1992, f. 4) per a portar a terme aquesta tasca consisteix a esbrinar quan, per sobre i amb independència de les rúbriques o denominacions utilitzades per la Constitució o pels estatuts d'autonomia, ha estat inclosa en una o altres una matèria entesa com a conjunt d'activitats, funcions i instituts jurídics relatius a un sector de la realitat social, aquí de la realitat econòmica mercantilment rellevant.

Aquesta tasca de delimitació del contingut i abast de les competències en matèries clarament enquadrables dins la matèria mercantil assumides per les comunitats autònomes en els respectius estatuts per la via de l'article 149.3 ha estat desenvolupada en relació amb títols com la defensa dels consumidors i usuaris (STC 15/1989, de 26 de gener; 62/1991, de 22 de març, f. 2; 16/1996, d'1 de febrer, f. 2), comerç interior (STC 88/1986, d'1 de juliol; 225/1993, de 8 de juliol; 284/1993, de 30 setembre; 227/1993, de 9 de juliol; 228/1993, de 9 de juliol; 264/1993, de 22 de juliol), defensa de la competència (STC 208/1999, d'11 de novembre), denominacions d'origen (STC 11/1986, de 28 de gener; 211/90, de 20 de desembre, f. 2; 112/1995, de 6 de juliol), mercat de valors (STC 133/1997, de 16 de juliol), caixes d'estalvi (STC 1/1982, de 28 de gener; 48/1988; 49/1988; 135/1992, i 96/1996, de 30 de maig), cooperatives i cooperatives de crèdit (STC 72/1983, de 29 de juliol; 44/1984; 165/1985; 134/1992 i 155/1993, de 6 de maig).

L'exercici de les competències en les matèries mercantils referides, sempre que comportin poder normatiu, per part de les comunitats autònomes que les tinguin atribuïdes, comporta la integració, en els seus corresponents ordenaments parcials i territorials, d'un conjunt de normes que s'han de considerar part del cos normatiu mercantil, en la mesura que aquests ordenaments parcials i territorials són també part de l'ordenament jurídic espanyol junt amb les normes de l'ordenament general i complet de l'Estat. L'estudi del dret mercantil no es pot limitar, per tant, en l'actualitat a les normes que d'aquesta naturalesa trobem en l'ordenament general i complet de l'Estat, sinó que ha d'incloure també les contingudes en els ordenaments parcials i territorials de cadascuna de les comunitats autònomes.

#### **6.4. El dret mercantil de la Unió Europea i la internacionalització del dret mercantil**

La complexitat de l'estructura de l'ordenament jurídic espanyol no acaba amb les normes que formen, respectivament, l'ordenament jurídic complet i general de l'Estat i els ordenaments parcials i territorials de les comunitats autònomes, atès que també l'integren les que formen l'ordenament jurídic comunitari i les contingudes en els tractats internacionals subscrits per l'Estat espanyol. La referència a aquestes dues ulteriors fonts del dret positiu resulta especialment necessària en l'àmbit del dret mercantil, atès que ambdues contenen un creixent nombre de disposicions que regulen matèries clarament enquadrables dins la matèria mercantil.

L'ordenament jurídic comunitari també forma part de l'ordenament jurídic espanyol, atès que la seva validesa es fonamenta directament en la mateixa Constitució que, en contemplar la possibilitat d'alterar les mateixes normes d'atribució de competències (art. 93 i Llei orgànica 10/1985, de 2 d'agost), va possibilitar l'adhesió d'Espanya a les comunitats europees i la consegüent alteració de l'atribució constitucional de competències a favor de les institucions comunitàries. La distribució de matèries entre l'Estat i les institucions comunitàries explica que en l'àmbit de les respectives competències el dret comunitari desplaça les normes internes que se li oposin.

L'ordenament comunitari està integrat pels **tractats constitutius** i pel **dret derivat**, la producció normativa del qual es porta a terme, fonamentalment, mitjançant les directives i els reglaments. Les **directives** són normes de caràc-



ter general que únicament obliguen a l'Estat membre destinatari quant al resultat que s'hagi d'aconseguir, deixant, això no obstant, a les autoritats nacionals l'elecció de la forma i dels mitjans. Els **reglaments** són també normes de caràcter general, però, a diferència de les directives, són obligatoris en tots els seus elements i directament aplicables en cada estat membre (art. 249 TCCE, antic article 189).

L'establiment d'un mercat comú en l'àmbit de la Comunitat Europea explica que tant en el tractat constitutiu com en el dret derivat abundin les normes que regulen matèries clarament mercantils.

### **Normes sobre matèries mercantils**

Les normes sobre matèries mercantils del tractat constitutiu i del dret derivat no s'enumeren aquí de manera detallada, atès que seran objecte d'estudi en els corresponents mòduls, això no obstant, com a exemple de la transcendència del dret comunitari, mereixen destacar-se les normes sobre defensa de la competència contingudes en el mateix tractat constitutiu i en un nodrit nombre de disposicions de dret derivat.

L'instrument normatiu més utilitzat per a disciplinar matèries mercantils ha estat, sense cap dubte, les directives, ja que constitueixen l'instrument utilitzat per a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres que incideixen directament en l'establiment o funcionament del mercat comú. Els reglaments, en canvi, si fem excepció dels referits al dret sobre la defensa de la competència, han estat produïts en un nombre molt inferior, encara que les seves conseqüències són superiors: l'establiment d'un règim uniforme en la matèria regulada per al conjunt de la comunitat.

Finalment, ens hem de referir també a les normes contingudes en els tractats internacionals subscrits per l'Estat espanyol. Els **tractats internacionals**, de conformitat amb l'article 96.1 de la Constitució, formen part de l'ordenament jurídic espanyol sense cap més requisit que la seva publicació i, per tant, és clar que els tractats també constitueixen fonts de l'ordenament jurídic espanyol. En aquest àmbit, els factors de la realitat que més han impulsat el seu desenvolupament han estat la creixent internacionalització i globalització de les activitats econòmiques. La naturalesa d'aquests factors és la que, de nou, explica que la producció de tractats en matèries mercantils sigui especialment nombrosa i d'una transcendència inqüestionable.

## Resum

Aquest mòdul inicia l'estudi del dret mercantil i, per tant, l'estudi del dret mercantil com a branca del dret positiu i com a disciplina acadèmica. El contingut normatiu del dret mercantil com a branca del dret positiu no ha estat sempre el mateix sinó que està determinat segons el període de la seva història en què ens situem i, per això, es defineix com a categoria històrica. Els diferents períodes de formació successiva del dret mercantil comencen amb el *ius mercatorum* medieval i continuen amb el dret públic del mercantilisme, el moviment codificador i la codificació, i culminen amb el període de transformacions que a partir del segle XX i en l'actualitat està experimentant.

El caràcter de categoria històrica inherent al dret mercantil com a branca de l'ordenament jurídic positiu explica que en cadascun dels distints períodes de la seva història la doctrina hagi manipulat criteris diversos per a construir el dret mercantil com a disciplina acadèmica. Aquests criteris ordenats en clau de paradigma busquen identificar l'element que dota de coherència i unitat el conjunt de les normes que en cada etapa formen el dret mercantil. El recorregut per la successió de paradigmes explicatius del dret mercantil ens porta a estudiar el seu significat com a dret corporatiu, com a dret dels actes de comerç i com a dret de l'empresa, i també com les categories doctrinals alternatives del dret econòmic, del dret del mercat i del dret del tràfic econòmic.

L'exposició de la successió de paradigmes finalitza amb l'explicació del significat del paradigma majoritari construït al voltant a la constitucionalització de la doctrina de l'empresa. Establert el paradigma dominant en l'ordenació del dret mercantil, exposem el significat i les funcions del sistema doctrinal del dret mercantil i ens referim també a la polèmica existent respecte als dos paradigmes metodològics vigents per a l'estudi i anàlisi dels seus continguts normatius plasmats en la jurisprudència de valors i en l'anàlisi econòmica del dret.

L'última qüestió que estudiem en aquest mòdul és la relativa a les fonts de producció i formació del cos normatiu mercantil que, després de l'exposició del significat de la polèmica existent al voltant de la diversitat de fonts d'aquesta branca del dret, ordenem d'acord amb els elements que configuren la complexa estructura de l'ordenament jurídic espanyol. Aquesta complexa estructura està formada per les normes mercantils integrades en l'ordenament general i complet de l'Estat i per les que formen els ordenaments parcials i territorials de les distintes comunitats autònomes i també pel dret mercantil de la Unió Europea i per les normes mercantils de caràcter internacional.

## **Exercicis d'autoavaluació**

1. Expliqueu les característiques del dret mercantil com a branca de l'ordenament en els seus orígens històrics.
2. Enumereu les principals aportacions de la doctrina de l'empresa per a la construcció del dret mercantil com a disciplina acadèmica.
3. Expliqueu el significat del fenomen consistent en el buidament del Codi de comerç.

## Solucionari

1. El dret mercantil en els seus orígens és un dret corporatiu perquè tant les fonts de producció com la seva aplicació és obra dels comerciants. Les fonts de producció són els estatuts de les corporacions de comerciants, el costum mercantil i les resolucions dels tribunals mercantils. L'aplicació del *ius mercatorum* està confiada als tribunals mercantils de les corporacions formats per comerciants designat per aquestes. L'expressió *ius mercatorum* o dret mercantil neix amb un significat rigorós en al·ludir al dret creat i aplicat pels mateixos mercaders.

2. La doctrina de l'empresa sorgeix com a conseqüència d'un gir metodològic en la cerca del concepte del dret mercantil. Enfront de l'obtenció d'un concepte formal del dret mercantil basat en l'anàlisi del dret positiu, la doctrina de l'empresa proposa un concepte substancial fixant-se en la matèria de la realitat econòmica que en constitueix l'objecte. L'empresa com a forma d'organització de l'activitat econòmica és segons aquesta doctrina la matèria de la realitat que constitueix el nexa que lliga entre si les institucions i normatives que integren el dret mercantil i, per tant, aquest ha de ser qualificat com el dret de les empreses i el seu tràfic.

3. El fenomen del buidament del Codi de comerç té un doble significat, d'una banda, representa un buidament material del contingut normatiu del Codi i, de l'altra, comporta un buidament del seu significat politicoeconòmic. Aquest fenomen es manifesta en la contínua aprovació de lleis mercantils especials que regulen tant institucions anteriorment previstes en el Codi com noves institucions no previstes en aquest. Aquestes lleis mercantils especials comporten no sols un buidament del contingut sinó també del significat del Codi perquè són el resultat de l'abandonament de la neutralitat politicoeconòmica d'aquell o de la transformació incessant de la realitat econòmica que el Codi no podia preveure.

## Bibliografia

**Alfaro Aguila-Real, J.** (1992). "La función de los usos en el Código de comercio". *RDM* (pàg. 419-444).

**Broseta Pont, M.** (1965). *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*. Madrid: Tecnos.

**Galgano, F.** (1981). *Historia del Derecho mercantil* (trad. cast. J. Bisbal Barcelona: Laia).

**Menéndez Menéndez, A.** (1986). "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española". A: *Centenario del Código de comercio* (pàg. 45-82). Madrid: Ministeri de Justícia.

**Menéndez Menéndez, A.** (1990). "El Derecho mercantil en el siglo XXI". *La Ley* (pàg. 1197-1203).

**Rojo, A.** (1980). "El Derecho Económico como categoría sistemática". *RGLJ* (pàg. 249-284).

