

La polémica sobre el concepto y las fuentes del Derecho mercantil

Josep-Oriol Llebot Majó

PID_00144430

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	6
1. El Derecho mercantil como categoría histórica.....	7
1.1. El <i>ius mercatorum</i>	7
1.2. El Derecho público del mercantilismo	8
1.3. El movimiento codificador y la codificación del Derecho mercantil	9
1.4. Las transformaciones del Derecho mercantil en el siglo XX.....	10
2. El concepto del Derecho mercantil: estudio de la sucesión de paradigmas.....	13
2.1. El Derecho corporativo	13
2.2. Los actos de comercio	14
2.3. La doctrina de la empresa	16
2.4. El Derecho económico	18
2.5. El Derecho del mercado	19
2.6. El Derecho del tráfico económico	20
3. Estado social de Derecho y Derecho mercantil: la constitucionalización de la doctrina de la empresa.....	21
4. El sistema del Derecho mercantil.....	23
5. La cuestión del paradigma metodológico.....	24
6. La formación del cuerpo normativo mercantil.....	26
6.1. La legislación mercantil en el ordenamiento general y completo del Estado	26
6.2. El vaciado del Código de comercio y la legislación especial	29
6.3. La Constitución y los ordenamientos parciales y territoriales: la distribución de competencias en materias mercantiles	29
6.4. El Derecho mercantil de la Unión Europea y la internacionalización del Derecho mercantil	32
Resumen.....	35
Ejercicios de autoevaluación.....	37
Solucionario.....	38

Bibliografía..... 39

Introducción

Ésta no es la primera vez que iniciáis el estudio de una de las ramas en que la doctrina divide el contenido del ordenamiento jurídico. Por tanto, no os debe resultar nuevo el tipo de problemas que encontraréis en este módulo. Trataremos fundamentalmente de determinar el significado y la finalidad de la distinción de una parcela dentro del ordenamiento como Derecho mercantil. Para llevar a cabo esta tarea, en primer lugar exponemos el significado del Derecho mercantil en tanto que rama del ordenamiento. Esto nos obliga a discurrir por las sucesivas etapas de su evolución histórica. A continuación, exponemos en clave de paradigmas los distintos criterios doctrinales utilizados para construir la disciplina académica del Derecho mercantil. Estos criterios o paradigmas buscan cumplir la función de delimitar la materia de la realidad que es objeto de las normas comprendidas en el Derecho mercantil, y si la función anterior no es satisfecha, permiten ordenar o desarrollar el sistema de exposición de las disposiciones agrupadas a su alrededor.

Una vez aclarado el significado y la función del paradigma que ha permitido a la doctrina mercantil justificar y desarrollar el sistema del Derecho mercantil, dedicamos un apartado a poner de manifiesto la polémica de orden metodológico que en la actualidad está presente de una manera especial entre los mercantilistas. La polémica se cifra en la supuesta incompatibilidad entre dos metodologías distintas: la jurisprudencia de valores, que expresa el paradigma metodológico propio de la comunidad de los juristas, y el análisis económico del Derecho. La finalidad que buscamos al exponer esa polémica consiste en dejar claro que no existe incompatibilidad entre ambas metodologías, y que el uso de las dos puede suponer un enriquecimiento de los planteamientos.

El tercer bloque de temas abordados en el módulo lo dedicamos a la exposición de la polémica en torno al sistema de fuentes del Derecho mercantil. En este ámbito material, debemos determinar si existe o no un sistema de fuentes propio del Derecho mercantil y, por tanto, distinto del sistema general. Una vez aclarado esto, a continuación realizaremos una breve descripción de las distintas fuentes de producción normativa del ordenamiento jurídico español, con el objeto de delimitar el ámbito del cuerpo normativo mercantil. Esta descripción es necesaria porque el ordenamiento jurídico español está formado no sólo por un ordenamiento completo y general del Estado, en el cual también se integran las normas del ordenamiento comunitario y las procedentes de los tratados internacionales, sino también por una pluralidad de ordenamientos parciales y territoriales de las distintas comunidades autónomas. En todos estos elementos del ordenamiento se encuentran normas que regulan materias de naturaleza mercantil.

Objetivos

Cuando hayáis finalizado el estudio de este módulo, deberíais ser capaces de:

- 1.** Distinguir entre el Derecho mercantil como rama del ordenamiento jurídico y el Derecho mercantil como disciplina científica.
- 2.** Conocer las distintas etapas de la formación histórica del Derecho mercantil como rama del ordenamiento jurídico.
- 3.** Conocer y entender el significado de la polémica en torno a los distintos paradigmas del Derecho mercantil como disciplina científica.
- 4.** Comprender el carácter instrumental de la construcción del sistema del Derecho mercantil.
- 5.** Entender la función de las distintas metodologías empleadas para el análisis del Derecho mercantil.
- 6.** Entender la relevancia que para el conocimiento de la producción normativa mercantil tiene ser consciente de la complejidad de la estructura del ordenamiento jurídico español.

1. El Derecho mercantil como categoría histórica

La realidad económica comprendida en los conjuntos normativos que actualmente forman el contenido del Derecho mercantil, en tanto que disciplina académica, no ha sido siempre ocupada por los mercantilistas. Históricamente, el objeto del Derecho mercantil, es decir, la realidad juridicomercantil relevante, y el propio Derecho mercantil, ahora en tanto que rama del Derecho, han sido distintos. En esta idea del carácter cambiante de la realidad juridicomercantil relevante que configura el objeto del Derecho mercantil se resume el significado del Derecho mercantil como categoría histórica.

La importancia y la vigencia de esta idea se hace ahora del todo evidente con la simple alusión a las transformaciones que en esa parte de la realidad que forma la materia juridicomercantil está produciendo la última revolución tecnológica que nos ha situado ante la denominada *sociedad de la información*, con Internet como uno de sus exponentes más caracterizados. Estas transformaciones auguran, sin duda, una ampliación de la materia mercantil tradicional.

La historia del Derecho mercantil suele exponerse dividida en cuatro periodos. El primero es el del Derecho especial de los comerciantes, y se refiere a los orígenes y la expansión del Derecho mercantil durante la Baja Edad Media. El segundo es el del Derecho público para los comerciantes y se sitúa en la Edad Moderna, en el marco de las monarquías absolutas en lo político y del mercantilismo en lo económico. El tercero es el del Derecho mercantil, que resulta de las codificaciones del siglo XIX. El cuarto y último periodo se refiere a los cambios sufridos por el Derecho mercantil codificado durante el siglo XX.

Esta referencia a la historia del Derecho mercantil, y esto debe quedar claro, tiene carácter funcional, de modo que en ningún momento pretendemos describir los hechos y, por tanto, mucho menos interpretarlos. Esta última labor, por lo demás, ya ha sido realizada, y no podríamos aportar nada original.

1.1. El *ius mercatorum*

Los orígenes históricos del Derecho mercantil se remontan en el tiempo a la Baja Edad Media, y en el espacio, a las ciudades-estado de la península itálica. Aunque las relaciones entre causas y efectos no son fáciles de determinar, parece claro que la mera presencia de actividad comercial no es elemento suficiente para que naciese un Derecho especial destinado a regularla. En cualquier caso, una combinación compleja de circunstancias económicas y sociales provocó que entre los siglos XI y XII surgiera este Derecho, con respecto al cual lo que ahora importa es destacar los caracteres que lo configuran.

Lectura complementaria

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

El Derecho mercantil en sus orígenes es un Derecho corporativo, porque lo crean y aplican los propios comerciantes. Esta calidad viene determinada por la formalidad de la inscripción en la correspondiente matrícula de la corporación. Las fuentes de este Derecho son los estatutos de las corporaciones, la costumbre mercantil y las resoluciones de los tribunales mercantiles de las propias corporaciones, formados por los comerciantes designados por éstas. Es en este contexto donde la expresión *ius mercatorum* o Derecho mercantil nace con un significado riguroso, al aludir al Derecho creado por los propios mercaderes.

Los presupuestos de aplicación y, por tanto, también de la competencia de la jurisdicción de las corporaciones, son tanto la condición de comerciante como el ejercicio del comercio. Sin embargo, con el tiempo bastará con haber entablado una relación comercial con un comerciante para que la relación quede sujeta a este Derecho y a la jurisdicción de los tribunales mercantiles. Esta eficacia extracorporativa se justifica mediante una *fictio iuris*, según la cual quien entabla una relación con un comerciante se presume *iuris et de iure* que también es comerciante. Además, puesto que la actividad de los comerciantes no sólo se desarrolla en el ámbito de cada ciudad, sino que se extiende también a otras ciudades, el Derecho mercantil llega a configurarse como un Derecho supraurbano, y por tanto con eficacia extraterritorial.

Asimismo, debemos destacar que este Derecho corporativo no fue nunca el Derecho del comercio, en el sentido de que la materia objeto del mismo fuese el comercio, es decir, la actividad de intermediación entre la producción y el consumo. La materia del Derecho mercantil en sus orígenes está constituida solamente por una parte de la realidad económica del comercio: la de las relaciones entabladas entre los comerciantes, y con el tiempo entre comerciantes y otras personas.

1.2. El Derecho público del mercantilismo

Un complejo conjunto de acontecimientos económicos y sociales es también la causa que provoca el tránsito del primer al segundo periodo. Este periodo, el de la Edad Moderna, se extiende desde finales del siglo XV o principios del XVI hasta el siglo XVIII inclusive. Del mismo modo, aquí únicamente nos interesa destacar los caracteres que configuran el Derecho mercantil de esta época.

En la Edad Moderna subsisten las corporaciones de mercaderes y, por tanto, la matrícula. Sin embargo, como consecuencia de la consolidación en Europa de los estados nacionales y monárquicos en lo político, y del mercantilismo en lo económico, el Derecho mercantil experimenta las siguientes transformaciones:

El Derecho mercantil pasa de ser un Derecho creado únicamente por los comerciantes a un Derecho promulgado por el Estado; de tener eficacia supraurbana a convertirse en nacional, con eficacia limitada al territorio del Estado; y de ser Derecho privado particular de base personal a configurarse como Derecho público.

Estas transformaciones comportan, claro está, una pérdida de la autonomía que caracterizaba al Derecho mercantil en el periodo anterior. Así, las fuentes del Derecho mercantil en esta etapa son las leyes de cada Estado nacional, vigentes en sus límites territoriales y, por tanto, distintas de uno a otro. En consecuencia, el Derecho mercantil pierde el carácter supraurbano o internacional del periodo precedente.

Ahora bien, se debe tener presente que, en general, las leyes estatales no hacen otra cosa que tomar el contenido del Derecho mercantil tal y como se había configurado a lo largo de la fase previa. La jurisdicción mercantil también experimenta cambios. Los tribunales mercantiles dejan de ser designados por las propias corporaciones de comerciantes para convertirse en tribunales del Estado, los cuales, si bien elegidos por los comerciantes, son nombrados por el Rey.

Los comentaristas califican el Derecho mercantil de este momento como Derecho público a causa de su origen; por ejemplo, la ley del Estado formalizada mediante la sanción de las denominadas *ordenanzas*. A pesar de esto, las mencionadas transformaciones no modifican en absoluto la realidad económica que constituye la materia objeto del Derecho mercantil. Sin perjuicio de la aparición de nuevas instituciones, esta materia sigue siendo, fundamentalmente, la misma que en la época anterior, es decir, la de las relaciones entre los comerciantes y entre éstos y otras personas. Por lo tanto, tampoco en este periodo puede afirmarse que la materia regulada por el Derecho mercantil es la totalidad del comercio como realidad económica.

1.3. El movimiento codificador y la codificación del Derecho mercantil

La caída de las monarquías absolutas en lo político y el triunfo de los postulados liberales en lo económico, por obra de la Revolución Francesa, son los factores principales que conducen al movimiento codificador del siglo XIX. La igualdad de todas las personas y la libertad de industria y comercio son los principios ideológicos propugnados durante este tercer periodo, y que explican el carácter que en él toma el Derecho mercantil.

La codificación del Derecho privado, como nueva técnica legislativa que expresa la pretensión racionalista de plasmar el orden socioeconómico, se lleva a cabo en cada uno de los estados europeos. Como es sabido, esto se hace me-

diante la promulgación de dos códigos separados, el Código civil y el Código de comercio, lo cual da lugar a la consolidación formal del Derecho mercantil como Derecho privado especial, despojado definitivamente de su carácter corporativo.

La contradicción que con el principio de igualdad de todas las personas, jurídicamente instrumentado en el Código civil mediante la unidad del sujeto jurídico, supone la separación en dos códigos, el Derecho civil y el Derecho mercantil, se resuelve mediante la creación jurídica de la figura de los denominados *actos de comercio*.

Los **actos de comercio** se configuran como el nuevo presupuesto de aplicación del Derecho mercantil. Al Derecho mercantil quedará sujeta ahora cualquier persona, sea o no comerciante, que realice alguno de los actos de comercio contemplados en el Código. Ésta es la diferencia fundamental entre el Derecho mercantil codificado y el de los periodos precedentes.

En los periodos anteriores el presupuesto era, como sabemos, haber entablado una relación con un comerciante, aunque la otra parte de la relación no ostentara esta condición. Ahora, en cambio, lo único que importa es llevar a cabo algún acto de los calificados en el código de comercio como actos de comercio. De este modo, al separar el acto de la persona que lo realiza, se salva la contradicción apuntada entre el Código de comercio y el principio de igualdad. Sin embargo, como consecuencia de esto el Derecho mercantil deja de ser un Derecho de los comerciantes *ratione mercaturae* para transformarse en un Derecho de los actos de comercio.

La primera plasmación histórica del movimiento codificador está constituida por el *Code civil* francés de 1804, al cual siguió el *Code de commerce* de 1807. La influencia de la codificación francesa se extiende al resto del continente, y es en España donde encuentra su primera manifestación. El Código de comercio de 30 de mayo de 1829 produce la codificación mercantil española, anticipándose de este modo a la codificación civil, que no tendrá lugar hasta 1889. Entretanto, se promulga el segundo y vigente Código de comercio de 22 de agosto de 1885, que incorpora nuevas instituciones y, como consecuencia de la Revolución de 1868, abandona los elementos corporativos que aún lucían en el anterior para mostrarse como un código esencialmente liberal.

Lectura complementaria

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

1.4. Las transformaciones del Derecho mercantil en el siglo XX

Los cambios sufridos por el Derecho mercantil codificado durante el siglo XX son consecuencia de un conjunto de fenómenos cuyo sentido bascula en torno al Código de comercio, pues se refiere al vaciamiento de significado a que éste se ha visto sometido. Los fenómenos que plasman ese vaciamiento de signi-

ficado son, por ejemplo, la anticodificación, la publicación del Derecho privado y la privatización del Derecho público. Como veremos, esto comporta la divergencia de significado entre la concepción del Derecho mercantil codificado y el que debe resultar de este conjunto de fenómenos.

No obstante, una idea previa a la del vaciamiento de significado es la del vaciamiento de contenido del Código de comercio, que se manifiesta en el fenómeno de la **descodificación**. El término descodificación alude a la progresiva aparición de leyes especiales, las cuales, en relación con el Código de comercio, tienen por objeto desarrollar las materias que contiene, modificar sus disposiciones o, en fin, regular materias que no contempla. El fenómeno de la descodificación se inicia tempranamente. Sus principios se remontan a las postrimerías del siglo XIX, y continúa de forma acelerada durante todo el siglo. La causa de la descodificación no es otra que la falta de relación entre el Derecho mercantil codificado y la realidad económica. Aquél sólo contempla la fase del capitalismo comercial, cuando en la realidad económica se está produciendo el tránsito al capitalismo industrial y financiero.

Ahora bien, los fenómenos que giran en torno a la idea del vaciamiento de significado del Código de comercio encuentran su causa en un hecho que tiene lugar durante el presente siglo, y que en la actualidad parece contraerse con la idea de la desregulación. Nos referimos a la denominada **intervención del Estado en la economía**. Este hecho es, como decimos, la causa del vaciamiento de significado del Código de comercio, pues con él se anula el principio de neutralidad politicoeconómica como fundamento de la Constitución económica del Estado liberal.

La intervención del Estado en la economía se produce de dos modos. El Estado interviene en la economía por medio de normas de todos los rangos, con el objeto de corregir las quiebras derivadas del funcionamiento autónomo del sistema económico. El Estado, además, interviene en la economía valiéndose de las formas (por ejemplo, sociedad anónima) y los instrumentos (p. ej., contratos) característicos del Derecho mercantil, con el fin de desarrollar actividades económicas por medio de empresas.

El primer modo de intervención del Estado en la economía da lugar al fenómeno de la **publicación del Derecho privado**. Aunque las ilustraciones de este fenómeno se podrían multiplicar (p. ej., el denominado *Derecho de los consumidores*), no cabe duda de que el Derecho de la competencia es un claro ejemplo de la superación de la división entre Derecho público y Derecho privado. Esto se debe a que su finalidad no es la protección de los derechos subjetivos de los empresarios, sino la tutela de la institución misma del mercado.

Este fenómeno de la publicación del Derecho privado o, si se prefiere, desde la perspectiva del propio Derecho privado, de **desprivatización del Derecho privado**, conduce a un incremento de las normas de carácter imperativo, para hacer posible la consecución de las finalidades perseguidas por el Estado mediante la intervención normativa en la economía. En cualquier caso, no se debe olvidar que la división del Derecho positivo entre Derecho público y Derecho privado responde a la sistematización del ordenamiento jurídico propio del Estado liberal. De este modo, superado el principio de neutralidad politicoeconómica vigente en aquél, por medio de la intervención normativa del Estado en la economía, la propia división tiende a diluirse. Al menos, no debemos seguir dándole la misma excesiva importancia, pues lo que tiene que prevalecer en la ordenación de las instituciones no es la mencionada división del Derecho positivo, sino el criterio clasificatorio utilizado para desarrollar el sistema del Derecho mercantil.

Otro fenómeno causado también por el significado inherente a la intervención normativa del Estado en la economía es el que ha recibido el nombre de **anticodificación**. La divergencia entre el significado del Derecho mercantil contenido en el Código de comercio, y el nuevo significado que este Derecho adquiere a causa de esta actividad de intervención, provoca que la nueva legislación mercantil se desarrolle al margen del Código, mediante la promulgación de leyes especiales sobre ciertas materias.

El segundo modo de intervención del Estado en la economía se produce mediante las denominadas *empresas públicas*, con las cuales no sólo desarrolla actividades económicas de producción o de distribución de bienes y servicios para el mercado, sino que también lleva a cabo la prestación de algunos servicios públicos. Este modo de intervención ha dado lugar al fenómeno de la **privatización del Derecho público o mercantilización del Derecho administrativo**: a pesar de la naturaleza pública del sujeto que crea la empresa pública, al adoptar para ésta una de las distintas formas mercantiles, el régimen al que queda sometido no es de Derecho público sino de Derecho privado.

2. El concepto del Derecho mercantil: estudio de la sucesión de paradigmas

La historicidad del Derecho mercantil permite comprender el significado de los esfuerzos doctrinales por elaborar los distintos conceptos del mismo en cada una de las diferentes etapas de su formación sucesiva, que acabamos de describir brevemente. Una vez realizado el recorrido por la evolución histórica del Derecho mercantil como rama del Derecho, resulta necesario hacer lo mismo por la evolución científica del Derecho mercantil como disciplina académica, también de forma necesariamente breve. Este nuevo recorrido está ordenado como una sucesión de paradigmas explicativos y de comprensión del Derecho mercantil. Este modo de ordenar las distintas etapas de la evolución científica no busca la originalidad, sino únicamente destacar la función perseguida por los distintos conceptos del Derecho mercantil, que es la siguiente: acotar una parte de la realidad juridicoeconómica, que así deviene su objeto, para justificar y sistematizar el Derecho mercantil.

La principal finalidad perseguida por los mercantilistas con la búsqueda de un paradigma consiste en hallar el criterio capaz de dar consistencia a la aglutinación del conjunto de instituciones y normativas que conforman tradicionalmente el contenido del Derecho mercantil. De este modo, una vez alcanzado el paradigma, la doctrina podrá, legítimamente, centrar sus esfuerzos en resolver los problemas, tanto de interpretación como de construcción, que presenten las instituciones y normativas integradas en el Derecho mercantil; lo hará de acuerdo con el modelo que suministra el paradigma.

Este afán doctrinal por contar con un paradigma sólo puede explicarse refiriéndolo a los distintos periodos de la historia del Derecho mercantil.

2.1. El Derecho corporativo

La delimitación del Derecho mercantil como disciplina académica durante los dos primeros periodos antes descritos se centra en la constatación de que ambos constituyen la plasmación histórica del Derecho mercantil como Derecho corporativo. Éste se caracteriza por adoptar el denominado *sistema subjetivo de delimitación de la materia juridicomercantil*.

En efecto, el presupuesto de aplicación del Derecho mercantil se hace depender de la cualidad profesional de los sujetos (p. ej., comerciantes), que se adquiere mediante la matriculación en el gremio o la corporación, y del ejercicio del comercio (p. ej., *ratione mercaturae*). Ahora bien, el Derecho mercantil en

estos dos periodos constituye también una rama autónoma del orden jurídico, pues cuenta tanto con fuentes propias como con órganos de aplicación propios.

La ruptura con este sistema subjetivo se formaliza con la promulgación de los distintos códigos de comercio durante el siglo XIX. Este cambio radical de sistema, el cual, en un primer momento, comportará la búsqueda del paradigma o eje central del Derecho mercantil en los denominados *actos de comercio*, será, a su vez, la causa de la crisis de autonomía del Derecho mercantil. Por lo tanto, también será el motor que, de nuevo, impulse a la comunidad de mercantilistas para hallar un paradigma distinto que permita justificar su labor, y dotar al Derecho mercantil con el criterio que haga posible la integración en el mismo de todas aquellas instituciones y normativas consideradas mercantiles, según el modelo facilitado por este paradigma.

2.2. Los actos de comercio

En el *Code de commerce* los actos de comercio cumplían únicamente dos funciones: una **función adjetiva**, al venir configurados como criterio de atribución de competencia a los tribunales de comercio (art. 631, 3.º), y otra **material**, como criterio de atribución de la condición de comerciante a quien los desarrollara como profesión habitual para quedar sometido a un estatuto especial (art. 1). Sin embargo, lo cierto es que la propia doctrina mercantil francesa fue la que más contribuyó para situar los actos de comercio como nuevo centro del sistema juridicomercantil, otorgándoles de este modo un carácter sustantivo del que inicialmente carecían y que sólo alcanzarán en los códigos posteriores; en especial en el español de 1885, que adopta en el artículo 2 una fórmula de acotamiento global de la materia mercantil por remisión a los actos de comercio comprendidos en el código, y a su ampliación por vía analógica.

La doctrina de los actos de comercio se desarrolló fundamentalmente en dos planos. El primero de **carácter positivo**, es decir, de interpretación de las disposiciones del Código de comercio. En este plano la doctrina se detuvo en realizar un estudio analítico de las distintas clases de actos de comercio (p. ej., actos de comercio objetivos, actos de comercio subjetivos, actos de comercio formales y actos de comercio mixtos), con el objeto de delimitar el contenido del Derecho mercantil según el Código de comercio. El segundo plano era de **carácter conceptual**, y tenía por objeto construir una noción general y unitaria de la figura del acto de comercio que permitiera utilizarla como fundamento del propio Derecho mercantil y, por tanto, situarlo en el centro del nuevo sistema. Es precisamente en este segundo plano donde la doctrina de los actos de comercio fracasa, pues resulta imposible, ante la diversidad de criterios utilizados por el legislador para tipificar los distintos actos de comercio, obtener un concepto unitario de acto de comercio.

No obstante, la verdadera causa del fracaso de la doctrina de los actos de comercio se sitúa en la constatación de que ni siquiera en los propios códigos de comercio los actos de comercio agotan la materia juridicomercantil, pues contienen asimismo normas cuyo destinatario es un círculo concreto de personas, los comerciantes profesionales.

La imposibilidad de justificar y desarrollar el sistema del Derecho mercantil en torno a la doctrina de los actos de comercio provoca la aparición de doctrinas alternativas, cuyo objeto será poner fin de uno u otro modo a esta crisis. La simple mención de estas nuevas doctrinas será suficiente a los fines propuestos, pues, en definitiva, ninguna de ellas ha subsistido, al menos en nuestro país, de forma generalizada.

Como secuela de la doctrina de los actos de comercio surge la que distingue entre **comercio en sentido económico** y **comercio en sentido jurídico**. Al establecer esa distinción se pretende solucionar la divergencia entre la noción económica de comercio (p. ej., intermediación entre producción y consumo) y la que resulta de la normativa mercantil, más amplia que la primera. Sin embargo, está claro que con esta distinción no se resolvía el problema de la justificación del Derecho mercantil, pues no proporcionaba una referencia sistemática unitaria de la materia mercantil regulada en los códigos, al renunciar a dar una explicación de lo que había de común entre los actos de comercio.

Otra corriente doctrinal es la que caracteriza al Derecho mercantil por **notas específicas** (p. ej., carácter internacional, progresivo, protección de la seguridad del tráfico, valor de la apariencia, plazos rigurosos, etc.). Como es evidente, esta corriente doctrinal tampoco permite, partiendo de las mencionadas notas, llevar a cabo la construcción del sistema del Derecho mercantil, y ni siquiera es seguro que tales notas resulten suficientes para justificar la propia existencia del Derecho mercantil.

Mayor importancia tiene la dirección doctrinal que propone la **unificación del Derecho privado**. Esta corriente, por medio de la utilización del método histórico, constata la generalización de algunas instituciones mercantiles (p. ej., letra de cambio) como explicación a la existencia de los denominados *actos objetivos de comercio*. Un sector de esta dirección doctrinal afirma que el tráfico económico siempre requerirá, a pesar de la generalización de algunas instituciones mercantiles, un Derecho capaz de atender sus específicas exigencias, y este Derecho es precisamente el Derecho mercantil. Sin embargo, otro sector doctrinal afirma que la progresiva generalización de las instituciones mercantiles culminará con la disolución del Derecho mercantil y la unificación del Derecho privado. La importancia de la doctrina de la unificación del Derecho privado reside en que al menos formalmente cuenta con dos manifestaciones legislativas. La primera, muy próxima temporalmente a los debates doctrinales, está constituida por el Código suizo de las obligaciones de 1881. La segunda, más tardía, es la del *Codice civile* italiano de 1942.

El mismo carácter negador de la justificación de la existencia del Derecho mercantil tiene una última corriente doctrinal, la cual sostiene la **identificación entre Derecho mercantil y Derecho del capitalismo**. Lo hace en el sentido de que el Derecho mercantil no es otra cosa que el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial para adecuarse a las necesidades del capitalismo.

Este estado de cosas es característico de los periodos de crisis del paradigma que legitima la labor desempeñada por cualquier comunidad científica. Únicamente puede superarse cuando surge un nuevo paradigma que no sólo es capaz de ofrecer respuestas a las anomalías presentes en el viejo, sino que, además, las soluciones que propone son mejores que las sustentadas por cualquiera de las doctrinas aparecidas durante el periodo de crisis. Por ello, sin embargo, no se debe esperar que con el nuevo paradigma puedan resolverse todos los problemas. El afán de la doctrina mercantilista por hallar el criterio capaz de dar consistencia a la aglutinación del conjunto de instituciones y normativas que conforman tradicionalmente el contenido del Derecho mercantil, y de este modo justificar la propia existencia de este Derecho, se verá al fin satisfecho con la aparición de la doctrina juridicomercantil de la empresa.

2.3. La doctrina de la empresa

La doctrina que conducirá a los mercantilistas a cambiar su visión del mundo juridicomercantil, al sustituir los actos de comercio por la empresa como eje vertebrador del sistema del Derecho mercantil, se debe a Karl Wieland. Para obtener el concepto del Derecho mercantil es necesario hallar el nexo que relaciona entre sí las instituciones y normativas que lo componen. Si se quiere llevar a cabo esta tarea, lo relevante, según este autor, es fijar la materia de la realidad económica que constituye el objeto del Derecho mercantil y cuyas exigencias éste debe satisfacer. Así pues, Wieland se separa metodológicamente de las doctrinas que buscan el concepto de Derecho mercantil mediante el análisis del Derecho positivo, y por ello advierte que su investigación no persigue obtener un concepto positivo o formal, sino un concepto sustancial del Derecho mercantil. De esta forma, al ser económica la naturaleza de la realidad contemplada por el Derecho mercantil, los mercantilistas deben valerse, para ser capaces de delimitarla, de las categorías elaboradas por los economistas para describir la compleja realidad económica.

Apoyándose en la autoridad de los economistas, Wieland destaca la noción de empresa, como forma de organización de la actividad económica superadora de la distinción entre la industria y el comercio. Esto significa que la característica común de todas las actividades económicas se encuentra en la forma de organización mediante empresa. Al identificar en la empresa la materia de la realidad económica creadora del nexo que relaciona entre sí las instituciones y normativas que integran el contenido del Derecho mercantil, Wieland llega a la conclusión de que éste Derecho debe ser el de las empresas y su tráfico.

Mediante esta doctrina, Wieland es capaz de ofrecer respuestas a las anomalías presentes en el viejo paradigma. Además, las soluciones que propone son mejores que las sustentadas por las doctrinas aparecidas durante la crisis. Así, por ejemplo, la generalización de algunas instituciones mercantiles (como por ejemplo la letra de cambio, convertida en un acto objetivo de comercio) no conlleva su sustracción del contenido de este Derecho, ya que sólo pueden explicarse en función de las exigencias de la realidad económica que constituye su materia. Esto mismo explica también la intrascendencia de los procesos de unificación del Derecho privado, pues el sentido de las instituciones formalmente unificadas sólo podrá descubrirse en la satisfacción de las mencionadas exigencias. En fin, esta doctrina permite explicar también la extensión de la materia mercantil implícita en aquella que distinguía entre comercio en sentido económico y comercio en sentido jurídico.

La doctrina juridicomercantil de la empresa formulada por Karl Wieland la introduce en Italia Lorenzo Mossa, a quien, según opinión unánime entre los mercantilistas, corresponde el mérito de haber desarrollado y extendido la concepción que identifica el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa. A Mossa también le preocupa hallar el nexo que permita dar coherencia al conjunto de instituciones y normativas que forman el contenido del Derecho mercantil. El significado y la influencia de la obra de Mossa sólo puede entenderse si se tiene presente el contexto en que se produce. Desde la promulgación del Código de comercio italiano de 1882, la doctrina no cesa de formular propuestas de reforma. En esta situación de debate doctrinal de *lege ferenda*, Mossa introduce la nueva doctrina de la empresa. De ahí que en sus escritos destaque más el carácter polémico que el rigor y la precisión en la exposición. Aunque Mossa propugnaba la necesidad de dos códigos, uno para el Derecho civil y otro para el Derecho mercantil, lo cierto es que al final se promulga un único *Codice civile* en 1942 el cual, no obstante, incluirá la empresa en sustitución de los actos de comercio. En este hecho no cabe negar la influencia ejercida por los trabajos de Mossa.

La doctrina de la empresa formulada por Wieland y Mossa se extenderá después tanto en la doctrina alemana como en la italiana y, en menor medida, en la francesa. Asimismo, los mercantilistas españoles acabarán también por adoptarla mayoritariamente. Aunque la doctrina juridicomercantil de la empresa nunca ha sido la única sustentada por los mercantilistas españoles, lo cierto es que en el panorama doctrinal actual sólo se utiliza ésta, sin perjuicio de que cada uno de los distintos autores advierta sobre los diferentes límites de la misma. Algunos, incluso, llegan a ensayar nuevas vías de justificación del Derecho mercantil, para estructurar la materia mercantil y desarrollar el sistema del Derecho mercantil.

En cualquier caso, las funciones para las cuales los mercantilistas han venido utilizando la doctrina juridicomercantil de la empresa como paradigma del Derecho mercantil se despliegan en dos planos: 1) el primero como elemen-

to económico delimitador de la realidad juridicoeconómica relevante; 2) el segundo, como criterio subyacente para la sistematización de la materia juridicomercantil.

De forma paradójica, ninguna de estas dos funciones es realmente satisfecha por la doctrina juridicomercantil de la empresa. La primera, porque el Derecho mercantil no es el único sector del orden jurídico que contempla la realidad de la empresa para someterla a regulación. La segunda, porque la doctrina juridicomercantil de la empresa no sirve, ni en el núcleo ni especialmente en los márgenes, como criterio seguro para incluir o excluir del Derecho mercantil instituciones y normativas del sistema.

Esta paradoja entre las funciones y su limitado grado de satisfacción permitido por la doctrina juridicomercantil de la empresa se ha visto acentuada como consecuencia del conjunto de fenómenos que hemos expuesto en el apartado dedicado a las transformaciones del Derecho mercantil en el siglo xx. Estos fenómenos han ocasionado la aparición de una nueva crisis del paradigma utilizado por los mercantilistas para justificar y construir el sistema del Derecho mercantil.

La doctrina de la empresa, que la configura como elemento aglutinador del conjunto de instituciones y normativas integradas en el contenido del Derecho mercantil, no es capaz de seguir cumpliendo esta función si este Derecho debe abarcar también la nueva realidad económica manifestada en aquellos fenómenos. No es extraño, como sabemos, que ante esta nueva situación de crisis aparezcan propuestas doctrinales dirigidas a descubrir un nuevo paradigma capaz de aportar soluciones a los problemas presentes.

Las propuestas más relevantes en este sentido son las que tratan de afirmar el nuevo paradigma en la realidad económica en general, en el mercado o en el tráfico económico. Estas propuestas se traducen en el plano sistemático en el Derecho económico, el Derecho del mercado y el Derecho del tráfico económico. En los tres casos, lo que se pretende es sustituir la equiparación entre Derecho mercantil y Derecho de las empresas, en sus distintas formulaciones y matices, por la que se produce, respectivamente, entre Derecho mercantil y Derecho del mercado, o la sustitución del Derecho mercantil por el Derecho económico o por el Derecho del tráfico económico.

2.4. El Derecho económico

La intervención del Estado en la economía da lugar a la aparición del Derecho económico como categoría jurídica. El Derecho económico se define como el de la ordenación económica. Por tanto, la materia que se configura como objeto de este Derecho está constituida por la economía en general. Lo anterior significa que la materia objeto del Derecho económico comprende también,

Ved también

Podéis ver el apartado 1.4. "Las transformaciones del Derecho mercantil en el siglo xx"

dado su carácter más amplio, la realidad económica que constituye el objeto del Derecho mercantil. En este sentido, el Derecho económico como categoría más amplia vendría a sustituir el Derecho mercantil.

Sin embargo, éste no parece ser el planteamiento generalizado. Lo que se propone con el Derecho económico es una nueva categoría sistemática, la cual permita integrar en su contenido todas las normas dirigidas a la ordenación de la economía, con independencia de su clasificación según las categorías tradicionales. Por tanto, el contenido del Derecho económico comprende las normas de Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo, Derecho fiscal, Derecho penal y Derecho concursal dirigidas a la ordenación de la economía.

El sentido de esta macrocategoría reside en ser un instrumento de conocimiento y valoración de la función económica desenvuelta por las normas integradas en su contenido. En cualquier caso, ya sea por la impracticabilidad de la macrocategoría, o porque no constituye en sí misma una alternativa al Derecho mercantil como categoría tradicional, o por los distintos puntos de vista del Derecho económico y del Derecho mercantil (p. ej., la actividad del Estado el primero, la de los empresarios el segundo), no parece que el Derecho económico pueda llegar a sustituir el Derecho mercantil. Sin embargo, esto último es precisamente lo que hace más necesaria la revisión del paradigma de la empresa, para que en el sistema del Derecho mercantil tengan cabida los fenómenos estudiados.

2.5. El Derecho del mercado

La creciente publicación del Derecho privado que el desarrollo de los preceptos de la Constitución económica conlleva ha llevado a algunos autores a proponer la sustitución de la ecuación Derecho mercantil-Derecho de las empresas por la de Derecho mercantil-Derecho del mercado. La propuesta, en la medida en que pretende englobar más nítidamente los aspectos públicos y privados de la disciplina económica, no se diferencia de la sugerida por la categoría del Derecho económico, de modo que pueden darse por reproducidas las consideraciones que la doctrina ha vertido sobre aquél.

En cambio, también se puede desear que el Derecho mercantil, en tanto que Derecho de las empresas, deje de ser solamente el Derecho de la producción y de la distribución y abarque también la fase del consumo, es decir, la totalidad del ciclo económico, para que de esta forma se contemplen en él los distintos intereses (por ejemplo, consumidores) que confluyen en el mercado. A nuestro juicio, este mismo resultado se alcanza contemplando estas ideas desde la perspectiva que proporciona la doctrina de la empresa revisada por la constitucionalización del discurso juridicomercantil, con el cual se da entrada en el sistema a estos nuevos intereses e instituciones.

2.6. El Derecho del tráfico económico

Una última posición doctrinal, partiendo de la protección constitucional de los consumidores, propone la sustitución del Derecho mercantil y la empresa como eje de su sistema por el Derecho del tráfico económico. Sin embargo, está claro que la contemplación de los intereses de los consumidores no agota el contenido de la Constitución económica. Por lo tanto, también es evidente, al igual que señalábamos con respecto a la posición anterior, que basta con integrar estos intereses mediante la constitucionalización de la doctrina de la empresa, sin necesidad de abandonar el paradigma establecido de modo convencional.

3. Estado social de Derecho y Derecho mercantil: la constitucionalización de la doctrina de la empresa

La constitucionalización de la doctrina de la empresa ha permitido a la doctrina mercantilista española mantener el sistema formulado en torno a aquélla y, simultáneamente, dar entrada en el mismo a los fenómenos que comprende la intervención del Estado en la economía. La idea que legitima este recurso consiste en afirmar que la Constitución expresa la parte general de todo el Derecho y, por tanto, también del Derecho mercantil.

El punto de partida de esta dirección doctrinal consiste en destacar los elementos de la Constitución económica, los cuales, partiendo del reconocimiento constitucional del eje del sistema, permiten y obligan a precisar el significado de la doctrina de la empresa.

La Constitución contempla la empresa en el artículo 38 con el significado de garantizar la libertad de llevar a cabo actividades económicas organizadas. El reconocimiento de la iniciativa económica privada de carácter capitalista, en ese precepto, se contempla con la legitimación de la iniciativa económica pública, mutualista y fundacional en los artículos 128.2, 129.2 y 34. La libertad de empresa debe desarrollarse en el marco de una economía de mercado, lo cual supone la institucionalización de la competencia como estructura de organización y ordenación del sistema económico.

El segundo paso de la constitucionalización de la doctrina de la empresa consiste en destacar aquellos elementos que, al estar presentes en la Constitución, permite precisar el significado de esa doctrina y dar entrada a los fenómenos de intervención económica, y obligan a ello. Este paso se inicia con la referencia a la **cláusula del Estado social**, formalizada en el artículo primero de la Constitución. La doctrina de la empresa y el sistema de ella derivado se revisa mediante la explicitación del significado de esta cláusula y la descripción de los elementos que configuran la Constitución económica.

El significado relevante de la cláusula del Estado social se encuentra en que, frente a la neutralidad politicoeconómica del Estado liberal, ésta contiene un proyecto de transformación de la sociedad. En otras palabras, la cláusula del Estado social supone que la intervención del Estado en la economía no encuentra justificación sólo en criterios de eficiencia económica, sino que éste, consciente o no de los costes aparejados, puede perseguir otras finalidades de carácter social.

El reconocimiento en el artículo 38 de la CE de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, junto con la constitucionalización del Estado social, comporta que el sistema económico configurado en la CE sea el denominado de **economía social de mercado**. Este sistema se opone tanto a un sistema de planificación central como a un sistema de funcionamiento autónomo del mercado: se opone al primero por contradicción con el reconocimiento de la economía de mercado, y al segundo por contradicción con la cláusula del Estado social. En el espacio entre estos dos extremos, la CE deja al poder político libertad para configurar el modelo económico de la nación.

Podemos destacar algunos de los elementos que contribuyen a precisar el contenido de la Constitución económica.

- Los límites a la libertad de empresa, que están explicitados tanto en el propio artículo 38 (p. ej., las exigencias de la economía general y la planificación) como en otros artículos del propio texto constitucional.
- Así ocurre en los artículos 51 y 129.2, en los cuales, respectivamente, se contempla la problemática relativa a la protección de los consumidores y usuarios, y a las distintas formas de participación de los trabajadores en la empresa.
- Y la lista continúa con el contenido de los artículos 40.1, 44.2, 45.2, 48, 128.1 y 131.

4. El sistema del Derecho mercantil

La necesidad de exponer ordenadamente el conjunto normativo que forma la materia mercantil, como la de cualquier otro de las ramas en que tradicionalmente se divide el orden jurídico, descansa tanto en razones de conocimiento como en razones didácticas y prácticas. Esto se debe a que sin establecer ningún orden sería imposible tanto la comprensión como la exposición de cualquier materia por poco amplia o complicada que fuese. Además, en el ámbito jurídico, ordenar la normativa también sirve de instrumento para guiar en el proceso de aplicación del Derecho. Esta exposición ordenada es lo que denominamos *sistema externo*, y se cifra en una construcción teórica instrumental.

La posibilidad de llevar a cabo esta construcción, y su fundamento, se determinan externamente. El criterio utilizado para la sistematización de la materia jurídicomercantil se encuentra, como sabemos, en el paradigma de la doctrina jurídicomercantil de la empresa y en sus distintas formulaciones y matices. La empresa es, según esta doctrina, el principio ordenador que permite aglutinar coherentemente el conjunto de normas que conforman el contenido del Derecho mercantil. La principal aportación derivada de la revisión de la doctrina de la empresa, llevada a cabo mediante la constitucionalización del discurso jurídicomercantil, no sólo consiste, por lo tanto, en que ha permitido dar entrada en el sistema del Derecho mercantil a los fenómenos que lo han transformado durante el último siglo. Consiste, sobre todo, en haber proporcionado un paradigma útil para desarrollar el sistema externo del Derecho mercantil en tanto que disciplina jurídica.

A pesar de esto, haber señalado antes los límites de la doctrina jurídicomercantil de la empresa y su naturaleza eminentemente convencional nos permite ahora reafirmar el carácter instrumental del sistema del Derecho mercantil. Este carácter deriva, por tanto, no sólo de las razones que explican la necesidad de desarrollarlo, sino también de la naturaleza convencional del paradigma material en torno al cual se articula. Está claro, pues, que no puede dudarse del margen de libertad presente en la formulación del sistema.

Margen de libertad

Una prueba de esta libertad a la cual nos referimos son las distintas formulaciones del sistema desmenuadas por la doctrina mercantil, así como la ordenación y el contenido de cada uno de los módulos que integran los programas de *Derecho mercantil I* y *Derecho Mercantil II* de la UOC.

5. La cuestión del paradigma metodológico

Una vez mostrado el carácter convencional del paradigma de la empresa, la cuestión que a nuestro juicio en la actualidad se revela como ineludible es la que se refiere no al paradigma material, sino al paradigma metodológico de la doctrina mercantil. La doctrina mercantil no puede ignorar ni despreciar las ventajas que la utilización sistemática, rigurosa y prudente del análisis económico del Derecho puede suministrar a sus esfuerzos por resolver los problemas, tanto de interpretación como de construcción, que presentan las instituciones y normativas integradas en el Derecho mercantil según el paradigma material.

La utilización metodológica de los modelos de empresa desarrollados a partir de la teoría microeconómica y, sobre todo, la utilización de esta teoría aplicada al análisis del Derecho mercantil nos brinda la oportunidad de contar con un nuevo paradigma metodológico. Es decir, un paradigma capaz de estructurar de un modo distinto nuevas preguntas y respuestas. La utilización que proponemos del análisis económico del derecho no debe comportar una relación de conflicto con el paradigma metodológico vigente, representado por la jurisprudencia de valores.

La utilidad del análisis económico del Derecho para el jurista depende de su carácter metodológico.

Es necesario destacar esto especialmente, tanto frente a los usos meramente referenciales como a los fundamentalistas o sustantivadores. Las razones del rechazo de estas dos modalidades del uso del análisis económico del Derecho estriban respecto a los usos referenciales en que no constituyen usos metodológicos, y respecto a los usos fundamentalistas en que al sustantivar las hipótesis metodológicas traicionan el carácter siempre instrumental de cualquier metodología. Sobre todo, éstos últimos se rechazan porque no constituyen un uso prudente: al prescindir de que las finalidades y los valores implícitos en estas hipótesis se encuentran en el Derecho positivo, provocan una relación de conflicto con el paradigma metodológico vigente entre la generalidad de la doctrina jurídica.

El conflicto entre el análisis económico del Derecho y la jurisprudencia de valores no es inevitable, pues sólo se produce ante un determinado uso de aquel método. El uso instrumental y prudente, por el contrario, puede mantener una relación de colaboración y de enriquecimiento mutuo entre ambas metodologías.

La colaboración posible entre los dos métodos consiste en aprovechar del análisis económico del Derecho la capacidad analítica, tanto en el ámbito explicativo de determinadas doctrinas jurídicas como también en el normativo. De este modo se podrá determinar la consistencia del Derecho en la consecución de determinadas finalidades económicas y los valores en éstas implícitos, y de la jurisprudencia de valores su empeño en el establecimiento de los valores presentes en el ordenamiento.

Esta relación de colaboración es, además, mutuamente enriquecedora. Por un lado, al ser conscientes de la existencia de otros valores podemos establecer los límites que éstos imponen a los valores implícitos en las finalidades meramente económicas. Por el otro, al contar con la poderosa herramienta del análisis económico del Derecho podemos avanzar en el conocimiento racional del mismo sin necesidad de confiar únicamente en la tradición jurídica o en las apelaciones a valores no analizados. Así contribuiremos a dotar de mayor rigor analítico a las tareas a que la doctrina mercantil debe hacer frente en el futuro.

6. La formación del cuerpo normativo mercantil

El Derecho mercantil como rama del ordenamiento está integrado por un conjunto de normas, aglutinadas de acuerdo con el criterio que constituye el paradigma material usado por la doctrina para desarrollar el sistema de este Derecho como disciplina científica. Este conjunto de normas así agrupadas configuran lo que podemos denominar como *cuerpo normativo mercantil*.

La formación de este cuerpo normativo mercantil es un producto histórico, pues está integrado por normas de distinta edad y procedencia, cuyo origen se encuentra en las distintas fuentes del Derecho positivo constitutivas del ordenamiento jurídico. La doctrina general de las fuentes del Derecho no sufre, en principio, alteración alguna en el ámbito del Derecho mercantil.

La pluralidad y diversidad de las fuentes que integran el contenido del cuerpo normativo mercantil es consecuencia de su formación histórica y del paradigma material que las aglutina. Esto explica y justifica que en este apartado abordemos algunos problemas relacionados con la formación del cuerpo normativo mercantil.

El planteamiento y análisis de los problemas aludidos puede realizarse destacando de forma aislada las peculiaridades propias del Derecho mercantil, o bien en el marco del sistema de las fuentes del ordenamiento jurídico vigente en la actualidad. El segundo de los planteamientos referidos será el que veremos a continuación.

6.1. La legislación mercantil en el ordenamiento general y completo del Estado

La norma suprema del ordenamiento jurídico español, compuesto por el ordenamiento completo y general del Estado y por los distintos ordenamientos parciales y territoriales de las comunidades autónomas, y por tanto también del Derecho mercantil como rama del mismo, es la Constitución, la cual no sólo es fuente del Derecho positivo, sino que además contiene la disciplina de la producción jurídica.

La **Constitución** contiene la disciplina de la producción jurídica del ordenamiento general y completo del Estado, pues regula los procedimientos de su elaboración y la posición que ocupan en el ordenamiento español las leyes y las normas con rango de ley (por ejemplo, decretos-leyes, decretos-legislativos y tratados internacionales). Además, reconoce la potestad reglamentaria del Gobierno del Estado y el valor de las sentencias del Tribunal Constitucional.

También atribuye al Estado la competencia exclusiva relativa a la determinación de las fuentes del Derecho (art. 149.1 8.^a) y sobre la legislación mercantil (art. 149.1 6.^a).

La regulación de las fuentes ha estado tradicionalmente contenida en nuestro ordenamiento en el **Código civil**, cuyo artículo 1.1 establece que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. La dualidad de regulación de las fuentes en la Constitución y en el Código civil no plantea problemas, siempre que la disciplina de éste último no contradiga lo dispuesto en la Constitución.

El establecimiento de la costumbre y los principios generales del Derecho como fuentes del Derecho no previstas expresamente en la Constitución es plenamente lícito. Supone el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre la determinación de las mismas, siempre que no se opongan a lo establecido en la propia Constitución.

El artículo 2 del **Código de comercio** vigente constituiría también, según la doctrina mercantil mayoritaria, un supuesto especial de establecimiento de fuentes del Derecho no previstas de forma expresa en la Constitución. El artículo 2 del Código de comercio sería el equivalente mercantil del artículo 1 del Código civil y, por tanto, establecería el sistema de fuentes especial del Derecho mercantil. Las **fuentes del Derecho mercantil** serían la ley mercantil, los usos mercantiles y el Derecho común. La especialidad del sistema de fuentes mercantil con respecto al sistema de fuentes general radica en la anteposición de los usos mercantiles al Derecho común.

Esta comprensión tradicional plantea, sin embargo, algunos problemas de interpretación sistemática de los artículos 2, 50, 57 y 59 del propio Código de comercio. Por el contrario, estos problemas no aparecen cuando se considera que la función de las fuentes que enumera ese artículo consiste en el establecimiento de las fuentes de integración de los contratos mercantiles. Esta interpretación equipara el artículo 2 del Código de comercio al artículo 1258 del Código civil. El criterio que subyace en la enumeración de fuentes es el de la aplicación judicial del Derecho. El artículo 2 establece el Derecho que deberá aplicar el juez para resolver los conflictos que se produzcan no sobre cualquier institución mercantil, sino únicamente sobre los actos de comercio, que son los contratos mercantiles. En consecuencia, el lugar adecuado para analizar el significado y alcance de este artículo es el módulo dedicado a la exposición de la contratación mercantil.

Las fuentes del Derecho mercantil no son, por tanto, distintas de las fuentes del Derecho positivo en general, y por ello no resulta necesario exponer los elementos de la teoría general de las fuentes del Derecho.

Lectura complementaria

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

La naturaleza especial de Derecho propia del Derecho mercantil impone, frente al Derecho privado general o Derecho civil, la aplicación preferente de las normas especiales frente a las generales (art. 4.3, CC). Es decir, la aplicación preferente de la legislación mercantil frente a la legislación civil.

En principio, el criterio o paradigma que permite calificar una norma de Derecho positivo como mercantil es un criterio doctrinal y, por tanto, convencional. En cualquier caso, las normas que forman el cuerpo normativo mercantil, aglutinadas en torno a ese paradigma, se encuentran en la Constitución, en leyes y en normas con rango de ley, en normas reglamentarias y en la costumbre.

Entre las leyes mercantiles, destaca por su origen y contenido el **Código de comercio**. El vigente Código de comercio de 22 de agosto de 1885 es el resultado del proceso de reforma que se inicia pocos años después de la promulgación del primer Código de comercio, de 30 de mayo de 1829. Ambos, por tanto, son el producto del movimiento codificador del siglo XIX, y asimismo se trata de códigos mixtos, es decir, códigos que para la delimitación de los actos de comercio regulados utilizan criterios objetivos y subjetivos. Son códigos promulgados con anterioridad a la codificación civil. El nuevo Código, al margen de incorporar medio siglo de producción legislativa y nuevas instituciones, se caracteriza, fundamentalmente, por la implantación del espíritu liberal de la Revolución de 1868 y por un desfase entre la realidad económica de finales del siglo XIX y la que es su objeto de tratamiento jurídico, que reproduce prácticamente la del Código anterior.

El Código de comercio consta de cuatro libros que llevan los siguientes epígrafes:

- "De los comerciantes y del comercio en general",
- "De los contratos especiales del comercio",
- "Del comercio marítimo", y
- "De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones".

Estos cuatro libros están a su vez estructurados en títulos, secciones y un total de 955 artículos. Sin embargo, el contenido del Código de comercio ha sido objeto de numerosas reformas iniciadas ya dos años después de su promulgación, y que se suceden sin pausa, en especial durante la segunda mitad del siglo XX. En la actualidad, el contenido del Código presenta un carácter fragmentario. Sus aspectos más relevantes son los relativos a la publicidad legal y la contabilidad de los empresarios, algunos tipos contractuales y la disciplina de la quiebra.

6.2. El vaciado del Código de comercio y la legislación especial

El fenómeno del vaciado del Código de comercio, al que antes nos hemos referido, no sólo se evidencia en que de los 955 artículos únicamente siguen con contenido 757. Es manifiesto sobre todo en la continua aprobación de leyes mercantiles especiales las cuales regulan, al margen del Código de comercio, tanto instituciones anteriormente contempladas en él como nuevas instituciones no que no preveía.

Estas nuevas leyes mercantiles especiales suponen no sólo un vaciamiento material del contenido del Código de comercio, sino un vaciamiento de significado del mismo. En unos casos, la disciplina que establecen es producto de la transformación incesante de la realidad económica que el Código ni contempla ni podía contemplar. En otros, es el resultado del abandono de la neutralidad politicoeconómica del Código. También puede ser el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el propio Estado español en el ámbito comunitario o internacional.

Mención aparte merecen las **leyes mercantiles especiales** que son el resultado del abandono de la neutralidad politicoeconómica del Código, pues precisamente éstas hacen quebrar la tradicional división del Derecho en Derecho privado y Derecho público. La posibilidad de perseguir finalidades que trascienden a las meramente individuales puede hallar plena justificación en la Constitución española, ya que contiene elementos suficientes para legitimar la persecución de finalidades colectivas. En las leyes en que se ha plasmado esa voluntad de consecución de una pluralidad de finalidades resulta inadecuado separar los aspectos públicos de los aspectos privados, pues ambos están relacionados en la satisfacción de esas finalidades.

En este apartado resulta innecesario llevar a cabo una mera enumeración de la pluralidad de leyes mercantiles especiales. Lo adecuado es, a nuestro juicio, tratarlas en los módulos correspondientes, no sólo porque ahí se estudia con detenimiento su contenido, sino porque es también el lugar donde deben destacarse sus funciones; ya sean meramente de satisfacción de intereses individuales o, por el contrario, trasciendan estos intereses para cumplir otras finalidades.

6.3. La Constitución y los ordenamientos parciales y territoriales: la distribución de competencias en materias mercantiles

La Constitución establece el principio autonómico (art. 2) y los procedimientos para su desarrollo, plasmado ya en el denominado *Estado de las autonomías*. Aquí nos interesa referir el significado de las normas de distribución del poder normativo entre el Estado y las comunidades autónomas en materias mercantiles.

La especialidad del sistema constitucional de distribución de competencias reside en que el régimen concreto de la distribución competencial queda remitido a los correspondientes estatutos de autonomía, en los cuales se delimita el concreto ámbito material del poder normativo de cada Comunidad Autónoma. Las normas promulgadas en el ejercicio de las competencias asumidas en los estatutos forman los ordenamientos parciales y territoriales de las comunidades autónomas. La aplicación de estas normas es preferente respecto a las equivalentes del ordenamiento general y completo del Estado.

Ahora explicaremos el modo en que se articula el sistema de distribución de competencias. La Constitución no contiene ni un listado de las competencias de las comunidades autónomas ni un listado de las competencias del Estado. El artículo 149.1 establece el límite máximo de las competencias atribuibles a las comunidades autónomas, pues el listado de competencias que contiene las declara como exclusivas del Estado; es decir, competencias que en ningún caso podrán asumir las comunidades autónomas. Sin embargo, éstas no son las únicas competencias del Estado, pues el artículo 149.3 deja claro que a él también le corresponden todas las competencias que no hayan sido asumidas por las comunidades autónomas. Lo anterior supone que el ordenamiento del Estado no tiene límites en cuanto a las materias regulables, y de ahí su carácter de ordenamiento completo, y también general, en tanto que aplicable a todo su territorio.

Las comunidades autónomas, por su parte, pueden asumir cualquiera de las competencias enumeradas en el artículo 148, mediante su concreta atribución por los respectivos estatutos. La Constitución no fija, sin embargo, un mínimo. Corresponde a los estatutos concretar cuáles de las competencias establecidas en este artículo 148 se atribuyen a cada concreta Comunidad Autónoma. Ahora bien, las comunidades autónomas, además de las competencias listadas en el artículo 148, también pueden asumir en los respectivos estatutos otras competencias cualesquiera no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución (art. 149.3). El carácter limitado de las materias regulables por los ordenamientos de las comunidades autónomas explica su configuración como ordenamientos parciales, y también territoriales, pues sólo son aplicables en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

El punto de partida para determinar las competencias que en materias mercantiles pueden asumir las comunidades autónomas debe ser, por tanto, el artículo 149.1, pues en él se enumeran las que en ningún caso pueden ser atribuidas a las mismas por sus respectivos estatutos.

La Constitución (art. 149.1.6.^a) ha reservado al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil.

El contenido de esta competencia, según la doctrina del Tribunal Constitucional, incluye, en todo caso, la regulación de las relaciones juridicoprivadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (STC 37/1981, f. 3.º). Respecto de su alcance, ha declarado que en las sociedades como la nuestra, que siguen el modelo de la economía de mercado, la actividad mercantil aparece disciplinada por un conjunto de normas donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el privado, dentro del cual hay que situar, sin duda, el Derecho mercantil. Los criterios para trazar los límites entre la legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho son oscilantes (STC 14/1986).

En congruencia con ello, el Tribunal Constitucional parece obligado a admitir que, en principio, y en lo que respecta a este título competencial, sólo las reglas de Derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil: la uniformidad en la regulación juridicoprivada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado. En cambio, en lo que respecta a las reglas de Derecho público, sujetas a regímenes diferenciados, será necesario en cada supuesto situar la institución de que se trate (STC 133/1997, de 16 de julio) en los correspondientes títulos competenciales.

La delimitación del contenido de la competencia hace necesario, asimismo, clarificar el significado que deba atribuirse a la expresión "legislación". La doctrina del Tribunal Constitucional a este respecto¹ dice básicamente que la competencia de "legislación" se tiene que entender en sentido material, refiriéndose, por tanto, no sólo a la ley en desde el punto de vista formal, sino también a los reglamentos ejecutivos e, incluso, a las circulares, si tienen naturaleza normativa (STC 249/1988, f. 2.º).

(1) SSTC 33/1981, de 5 de noviembre, f. 4.º; 18/1982, de 4 de mayo, f. 3.º; 35/1982, de 14 de junio, f. 2.º; 7/1985, f. 4.º; 24/1988, f. 2.º; 100/1991, de 13 de mayo, f. 2.º; y 360/1993, f. 4.º.

En materia de propiedad industrial, la Constitución también ha reservado al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación (art. 149.1.9.ª). Por tanto, entran en juego básicamente dos títulos competenciales: el del Estado, *ex art. 149.1.9.ª CE*, que le atribuye la legislación, y los artículos de los estatutos de las comunidades autónomas, que atribuyen a éstas la ejecución.

El deslinde competencial que comportan estos dos títulos competenciales ha sido objeto de análisis en la STC 103/1999, de 3 de junio, siguiendo la doctrina del propio Tribunal Constitucional con respecto al significado de la expresión *ejecución*. Según la misma, debe ser entendida como la que comprende los actos aplicativos, es decir, la potestad de administrar que comporta, junto a las facultades de mera gestión, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa.

Las competencias relativas a la legislación mercantil y a la legislación sobre propiedad industrial son los únicos títulos competenciales expresamente previstos en la Constitución respecto a materias mercantiles. Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3, algunas comunidades autónomas han asumido competencias en materias claramente encuadrables dentro de la materia mercantil, por lo que en no pocas ocasiones es preciso acudir también a otros títulos competenciales establecidos en el art. 149.1 para delimitar el contenido y alcance de las mismas (STC 14/1986, f. 7.º). El criterio interpretativo seguido por el Tribunal Constitucional (SSTC 123/1984, f. 2.º, y 180/1992, f. 4.º) para llevar a cabo dicha tarea consiste en averiguar cuándo, por encima y con independencia de las rúbricas o denominaciones empleadas por la Constitución o por los estatutos de autonomía, se ha incluido en una u otros una materia entendida como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la realidad social, en este caso de la realidad económica mercantilmente relevante.

Esta labor de delimitación del contenido y alcance de las competencias en materias claramente encuadrables dentro de la materia mercantil, asumidas por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos por la vía del artículo 149.3, ha sido desarrollada en relación con títulos como los siguientes: la defensa de los consumidores y usuarios (SSTC 15/89, de 26 de enero; 62/91, de 22 de marzo, f. 2.º; 16/96, de 1 de febrero, f. 2.º), comercio interior (SSTC 88/86 de 1 de julio; 225/1993, de 8 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; 227/1993, de 9 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio), defensa de la competencia (STC 208/1999 de 11 de noviembre) denominaciones de origen (STC 11/1986, de 28 de enero; 211/90, de 20 de diciembre, f. 2.º; 112/1995, de 6 de julio), mercado de valores (STC 133/1997 de 16 de julio), Cajas de ahorro (SSTC 1/1982, de 28 de enero; 48/1988; 49/1988; 135/1992, y 96/1996, de 30 de mayo) y cooperativas y cooperativas de crédito (SSTC 72/1983, de 29 de julio; 44/1984; 165/1985; 134/1992 y 155/1993, de 6 de mayo).

El ejercicio de las competencias en las materias mercantiles referidas por parte de las comunidades autónomas que las tengan atribuidas, y siempre que comporten poder normativo, comporta la integración, en sus correspondientes ordenamientos parciales y territoriales, de un conjunto de normas que deben considerarse parte del cuerpo normativo mercantil. Se tienen que apreciar así en la medida en que estos ordenamientos parciales y territoriales son también parte del ordenamiento jurídico español junto con las normas del ordenamiento general y completo del Estado. El estudio del Derecho mercantil no puede limitarse en la actualidad, por tanto, a las normas que de esta naturaleza encontramos en el ordenamiento general y completo del Estado. Por el contrario, debe abarcar también las contenidas en los ordenamientos parciales y territoriales de cada una de las comunidades autónomas.

6.4. El Derecho mercantil de la Unión Europea y la internacionalización del Derecho mercantil

La complejidad de la estructura del ordenamiento jurídico español no acaba con las normas que forman, respectivamente, el ordenamiento jurídico completo y general del Estado y los ordenamientos parciales y territoriales de las comunidades autónomas. También lo integran las que forman el ordenamiento jurídico comunitario y las contenidas en los tratados internacionales sus-

critos por el Estado español. La referencia a estas dos posteriores fuentes del Derecho positivo resulta especialmente necesaria en el ámbito del Derecho mercantil, pues ambas contienen un creciente número de disposiciones que regulan materias claramente encuadrables dentro de la materia mercantil.

El ordenamiento jurídico comunitario también forma parte del ordenamiento jurídico español, ya que su validez se fundamenta directamente en la propia Constitución. Ésta, al contemplar la posibilidad de alterar sus propias normas de atribución de competencias (art. 93 y Ley orgánica 10/1985, de 2 de agosto), posibilitó la adhesión de España a las Comunidades Europeas y la consiguiente alteración de la atribución constitucional de competencias a favor de las instituciones comunitarias. La distribución de materias entre el Estado y las instituciones comunitarias explica que, en el ámbito de las respectivas competencias, el Derecho comunitario desplace a las normas internas que se le opongan.

El ordenamiento comunitario está integrado por los **tratados constitutivos** y por el **Derecho derivado**, cuya producción normativa se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante las directivas y los reglamentos. Las **directivas** son normas de carácter general que únicamente obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero que sin embargo dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Los **reglamentos** son también normas de carácter general, pero a diferencia de las Directivas son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (art. 249 TCCE, antiguo artículo 189).

El establecimiento de un mercado común en el ámbito de la Comunidad Europea explica que tanto en el tratado constitutivo como en el Derecho derivado abundan las normas que regulan materias claramente mercantiles.

El instrumento normativo más empleado para disciplinar materias mercantiles han sido, sin duda, las directivas, pues se utilizan para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros que inciden directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. Los reglamentos, en cambio, si exceptuamos los referidos al Derecho sobre la defensa de la competencia, han sido producidos en un número muy inferior, aunque sus consecuencias son superiores: el establecimiento de un régimen uniforme en la materia regulada para el conjunto de la Comunidad.

Por último, debemos asimismo referirnos a las normas contenidas en los tratados internacionales suscritos por el Estado español. Los **tratados internacionales**, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución, forman parte del ordenamiento jurídico español sin más requisito que su publicación. Por lo tanto, está claro que los tratados también constituyen fuentes del ordenamiento jurídico español. En este ámbito, los factores de la realidad que más han impulsado su desarrollo han sido la creciente internacionalización y glo-

Normas sobre materias mercantiles

Las normas sobre materias mercantiles del tratado constitutivo y del Derecho derivado no se enumeran aquí de forma detallada, pues serán objeto de estudio en los correspondientes módulos. Sin embargo, como ejemplo de la trascendencia del Derecho comunitario, merecen destacarse las normas sobre defensa de la competencia contenidas en el propio tratado constitutivo y en un nutrido número de disposiciones de Derecho derivado.

balización de las actividades económicas. La naturaleza de estos factores es la que, de nuevo, explica que la producción de tratados en materias mercantiles sea especialmente numerosa y de una trascendencia incuestionable.

Resumen

Este módulo inicia el estudio del Derecho mercantil, y por tanto el estudio del Derecho mercantil como rama del Derecho positivo y como disciplina académica. El contenido normativo del Derecho mercantil como rama del Derecho positivo no ha sido siempre el mismo, sino que está determinado por el periodo de su historia en que nos situemos, y por esto se define como categoría histórica. Los distintos periodos de formación sucesiva del Derecho mercantil comienzan con el *ius mercatorum* medieval, continúan con el Derecho público del mercantilismo, el movimiento codificador y la codificación, y culminan con el periodo de transformaciones que a partir del siglo XX y en la actualidad está experimentando.

El carácter de categoría histórica inherente al Derecho mercantil como rama del ordenamiento jurídico positivo explica que, en cada uno de los distintos periodos de su historia, la doctrina haya manipulado diferentes criterios para construirlo como disciplina académica. Estos criterios, ordenados en clave de paradigma, buscan identificar el elemento que dota de coherencia y unidad el conjunto de las normas que en cada etapa forman el Derecho mercantil. El recorrido por la sucesión de paradigmas explicativos del Derecho mercantil nos lleva a estudiar su significado como Derecho corporativo, como Derecho de los actos de comercio y como Derecho de la empresa, así como las categorías doctrinales alternativas del Derecho económico, del Derecho del mercado y del Derecho del tráfico económico.

La exposición de la sucesión de paradigmas finaliza con la explicación del significado del paradigma mayoritario construido en torno a la constitucionalización de la doctrina de la empresa. Una vez establecido el paradigma dominante en la ordenación del Derecho mercantil, exponemos el significado y las funciones del sistema doctrinal de este Derecho. Asimismo, nos referimos a la polémica que existe respecto a los dos paradigmas metodológicos vigentes para el estudio y análisis de sus contenidos normativos, plasmados en la jurisprudencia de valores y en el análisis económico del Derecho.

La última cuestión que estudiamos en este módulo es la relativa a las fuentes de producción y formación del cuerpo normativo mercantil. Tras la exposición del significado de la polémica existente en torno a la diversidad de fuentes de esta rama del Derecho, las ordenamos de acuerdo con los elementos que configuran la compleja estructura del ordenamiento jurídico español. Esta compleja estructura está formada por las normas mercantiles integradas en el ordenamiento general y completo del Estado y por las que forman los orde-

namientos parciales y territoriales de las distintas comunidades autónomas, así como por el Derecho mercantil de la Unión Europea y por las normas mercantiles de carácter internacional.

Ejercicios de autoevaluación

1. Explicad las características del Derecho mercantil como rama del ordenamiento en sus orígenes históricos.
2. Enumerad las principales aportaciones de la doctrina de la empresa para la construcción del Derecho mercantil como disciplina académica.
3. Explicad el significado del fenómeno consistente en el vaciamiento del Código de comercio.

Solucionario

1. El Derecho mercantil, en sus orígenes, es un Derecho corporativo porque tanto sus fuentes de producción como su aplicación son obra de los comerciantes. Las fuentes de producción son los estatutos de las corporaciones de comerciantes, la costumbre mercantil y las resoluciones de los tribunales mercantiles. La aplicación del *ius mercatorum* está confiada a los tribunales mercantiles de las corporaciones formados por comerciantes que éstas designan. La expresión *ius mercatorum* o Derecho mercantil nace con un significado riguroso al aludir al Derecho creado y aplicado por los propios mercaderes.
2. La doctrina de la empresa surge como consecuencia de un giro metodológico en la búsqueda del concepto del Derecho mercantil. Frente a la obtención de un concepto formal del Derecho mercantil basado en el análisis del Derecho positivo, la doctrina de la empresa propone un concepto sustancial fijándose en la materia de la realidad económica que constituye su objeto. La empresa como forma de organización de la actividad económica es, según esta doctrina, la materia de la realidad generadora del nexo que relaciona entre sí las instituciones y normativas que integran el Derecho mercantil. Por lo tanto, éste debe ser calificado como el Derecho de las empresas y su tráfico.
3. El fenómeno del vaciamiento del Código de comercio tiene un doble significado. Por un lado supone un vaciamiento material del contenido normativo del Código, y por otro comporta un vaciamiento de su significado politicoeconómico. Este fenómeno se manifiesta en la continua aprobación de leyes mercantiles especiales, las cuales regulan tanto instituciones anteriormente contempladas en el Código como nuevas instituciones que no preveía. Estas leyes mercantiles especiales comportan un vaciamiento no sólo del contenido, sino también del significado del Código. Esto se debe a que son el resultado del abandono de la neutralidad politicoeconómica del mismo o de la transformación incesante de la realidad económica que no podía contemplar.

Bibliografía

Alfaro Águila-Real, J. (1992). "La función de los usos en el Código de comercio". *RDM* (págs. 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. de J. Bisbal). Barcelona: Laia.

Menéndez Menéndez, A. (1986). "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española". En: *Centenario del Código de comercio* (págs. 45-82). Madrid: Ministerio de Justicia.

Menéndez Menéndez, A. (1990). "El Derecho mercantil en el siglo XXI". *La Ley* (págs. 1.197-1.203).

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

