

Situación del Derecho Mercantil en las postrimerías del siglo XX y sus perspectivas en el siglo XXI

Fernando Sánchez Calero*

I.- Se pretende en este ensayo presentar una visión general del Derecho mercantil en las postrimerías del siglo XX y mostrar sus perspectivas en el siglo que vamos a comenzar, que inicia también un milenio. Divisiones caprichosas del tiempo trazadas por los hombres, que no significan más que eso: una medida del tiempo, que nos sirve a los mortales para parcelar la historia de la humanidad y también para darnos cuenta de la brevedad de nuestra vida.

Pero estas medidas del tiempo no implican de por sí cambios en la ciencia en general y menos aun en la modesta perspectiva de la ciencia del Derecho mercantil. Sin embargo, sí pueden servirnos para que hagamos un alto en el camino y examinemos en un determinado momento cuál es el estado de determinados saberes y cuáles son las perspectivas que éstos nos ofrecen. Tarea que no es fácil, porque el Derecho mercantil como objeto del conocimiento es, como todo Derecho, un producto histórico pero en el que su historicidad se manifiesta, como es bien sabido, con mayor vigor que en otras ramas del Derecho. El maestro Garrigues manifestó en 1936, con palabras precisas que cuando hablamos del concepto de Derecho mercantil nos planteamos un problema relativo a una época y a una legislación determinadas. “En ningún otro campo que no sea éste del Derecho mercantil — decía — se observa cómo varía de la Historia (fenómeno propio también del Derecho civil), sino en una misma época legislativa, y no sólo en las leyes enlazadas temporalmente por el hecho de sustituirse una a otra, sino en leyes a un mismo tiempo vigentes”. Cuarenta años después el propio Garrigues, en uno de sus últimos trabajos, titulado precisamente “El Derecho mercantil en el siglo XX” (publicado en *Temas de Derecho Vivo*, Madrid, 1978, pp. 321 y ss.), nos decía que el Derecho mercantil, a impulsos de las transformaciones económicas y sociales a las que es especialmente sensible, quizá sea la rama jurídica que más evoluciones había sufrido en los tres primeros tercios del siglo XX y que sus repetidas crisis han sido crisis de crecimiento, de fractura de los moldes en los que los legisladores decimonónicos pretendieron encerrar al Derecho mercantil.

En efecto, al regular este Derecho una parte de la realidad social en constante evolución sufre cambios importantes, que no siempre son suficientes, en especial cuando se parte de un ordenamiento jurídico, que como sucede en los países de tradición romanista como los de la Europa continental y de buena parte de América, fue codificado en el siglo pasado. De ahí que a la hora de examinar las tendencias actuales del Derecho mercantil sea conveniente partir del significado de la codificación (así Girón Tena, J. *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil. Estudios.*

* Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Madrid.

Madrid 1986 y Eizaguirre, J.M., *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao 1987).

En todo caso interesa hacer unas precisiones en estas palabras preliminares sobre la síntesis del problema de la situación actual del Derecho mercantil y de sus futuras perspectivas. En primer lugar, debe advertirse que se trata de una exposición general que pretende centrar la atención sobre algunas ideas fundamentales, dejando a un lado matices y precisiones, para lo que sería preciso efectuar en un estudio más detenido de la cuestión. En segundo término, que aun limitada nuestra intervención a las líneas esenciales, éstas no han de poder ser formuladas con nitidez o al menos con exactitud, porque he de intentar hacer — a requerimientos del maestro Barrera Graf— no una exposición centrada en el Derecho español — lo que ya de por sí entrañaría dificultades — sino sobre el Derecho mercantil “en general”, que aún limitado al de los países de tradición romanista entraña unos impedimentos aun mucho mayores. Porque ni en todos estos países el Derecho mercantil se encuentra en el mismo estadio de evolución, ni su estructura económica, ni sus necesidades sociales son las mismas. Por todo lo cual, las consideraciones que se exponen tienen un valor relativo, que cada uno — desde su propia perspectiva — puede ajustar.

Además, cualquier cultivador de la ciencia del Derecho sabe la gran subjetividad que aporta a su propio trabajo, porque nos encontramos ante una ciencia que no tiene por objeto determinados fenómenos de la naturaleza, sino que su objeto son productos del espíritu del hombre, y que lo que pretende es ofrecer una explicación a hechos singulares en su individualidad, como son en definitiva las normas del comportamiento del hombre, que alcanzan la consideración de jurídicas.

II.- Para afrontar la situación actual del Derecho mercantil en los países de tradición romanista hemos de partir de su codificación en el siglo pasado, recordando algunas cosas que, aun cuando conocidas por todos, parece oportuno en este momento traérlas a nuestro recuerdo.

Las tendencias iluministas del siglo XVIII, según se sabe, prepararon la codificación manifiesta primero de manera tosca en Prusia, pero que alcanza su realización más completa con la codificación francesa que habría de tener una influencia decisiva en nuestros países. Entre esas tendencias que informaron la codificación estaba la preocupación por la certeza y racionalidad del Derecho, de manera que, a través de normas claras y precisas, los individuos de una comunidad — los ciudadanos — conocieran su contenido y, en definitiva, su alcance. Frente a la dispersión de fuentes y a la inseguridad sobre la norma aplicable al caso concreto, que originaba a la postre una confusión adicional sobre el Derecho vigente, se deseaba una formulación clara y sencilla del mismo, que sistematizara y coordinara ese Derecho. La creencia en el Derecho natural, que se entendía recogido en algunos principios del Derecho romano, animaba a su formulación en un cuerpo de normas que ofreciera al Derecho positivo claridad, certeza y estabilidad.

Pero la codificación no tuvo sólo un alcance que podríamos denominar técnico, sino un fundamento político que conviene no olvidar. Porque la codificación tuvo como presupuesto el principio del carácter estatal del Derecho, de forma que su producción se reservaba a la soberanía absoluta del Estado, eliminando la facultad de producción de normas jurídicas a cuerpos intermedios entre él y los ciudadanos.

DOCTRINA

Por ello las normas surgidas de los usos sociales — la costumbre — sólo podría tener la consideración de fuente del Derecho, en tanto el propio Estado así lo reconociera respecto a sectores y supuestos determinados previstos por la propia ley. Además, la codificación partió de la división de poderes y de la idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, que carece de “lagunas”, ya que se pensaba que del propio ordenamiento podría extraerse la norma precisa, recurriendo a los principios que lo informan, hasta el punto de que el juez no podía negarse a impartir justicia bajo pretexto o insuficiencia de las leyes (artículo 4, Código Civil francés). Por otro lado — y esto nos sirve para apreciar el carácter de la codificación — se partió de un liberalismo radical, en el que relevante era la protección de los derechos del individuo. La tutela de la libertad había de manifestarse no sólo en la protección de su persona, sino en la de sus bienes, del Derecho de propiedad y de la facultad absoluta de disponer de ellos, de tal forma que las libertades civiles más importantes eran, además de la libertad del propio individuo, el Derecho de propiedad y el respeto a la autonomía de la voluntad como instrumento esencial para regular las relaciones entre los particulares.

Principios éstos que dieron lugar a la codificación. Obra que podrá ser discutida en ciertos aspectos, pero que es digna de admiración en su conjunto y de modo especial en ese monumento jurídico que fue el Código Civil francés — llamado originariamente Code Napoléon — cuya influencia en todos los países de cultura jurídica romanista ha sido enorme y que representa un producto de esa cultura jurídica realmente magnífico. Todo ello sin olvidar que — con supresiones, retoques y remiendos, hasta el punto de que se haya dicho que parece el “traje de Arlequín” — sigue vigente en Francia, como el Código de Comercio, a pesar de estar relativamente cercana la fecha del segundo centenario de su promulgación.

III.- Centrando nuestra atención en el Código de Comercio francés cabe recordar que no alcanzó la perfección, ni la depuración técnica del Código Civil, siendo, al contrario, desde su promulgación objeto de críticas comparativas, que se han mantenido hasta la época reciente en la que se ha dicho que “imperfecto desde su publicación, no es más que una colección de leyes de épocas diferentes” (Ripert, en el prólogo de la 1ª ed. de su *Traité de Droit Commercial*, París 1987, reproducido en el vol. I de la 13ª ed. al cuidado de Roblot, París 1990) y que “comparado al Código Civil, el Código de comercio es ciertamente una obra mediocre” (Hamel-Lagarde-Jaufret, *Droit commercial*, I, 2ª ed. París 1980, p. 41). También se ha afirmado que “este Código no ofrece al lector ni la traducción ponderada de las innovaciones de la Revolución, ni el acabado estilístico que dieron el brillo al Código Civil” (COHEN, D., *Codificación y descodificación en el Derecho comercial francés contemporáneo*, en el vol. II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Caracas 1989, p. 34).

Aun con estos defectos, es lo cierto que la promulgación de un Código de Comercio diverso del Civil implicó no ya simplemente la reafirmación del Derecho mercantil, sino una delimitación ciertamente no del todo satisfactoria frente al Derecho civil y, al propio tiempo, al sentar las bases que harán posible posteriormente una generalización — una difusión progresiva — de las instituciones jurídico-mercantiles.

La Ley Le Chapelier de 17 de junio de 1791, que derogó las corporaciones y abrió

el acceso al mercado como productor o comerciante a todas las personas, quiso concretarse en 1807, al promulgarse el Código de Comercio mediante la adopción por éste de un sistema objetivo, para lo cual fijó un elenco o lista los actos de comercio en su artículo 632, que puso en relación con el contenido del artículo 631 sobre la competencia de los tribunales de comercio. Sin embargo, el código no consiguió tal propósito, ya que no resolvió el dilema entre una concepción profesional del Derecho mercantil y una concepción objetiva, lo que habría de dar lugar a los ríos de tinta que sobre este punto han fluido de las plumas de los mercantilistas, si bien es cierto que tímidamente primero en Francia y con mayor vigor posteriormente en otros países, se abrió paso —no sin dificultades e indecisiones— la concepción profesional de este Derecho, que de esta forma volvería en cierto sentido a sus orígenes.

En todo caso es de interés resaltar que el Código de Comercio de 1807 quiso —y en buena parte logró— producir una fractura importante en la evolución del Derecho mercantil. Ciertamente el propio código, al mantener la jurisdicción de los tribunales de comercio y al conservar normas procedentes de las Ordenanzas de Colbert de 1673 sobre el comercio terrestre y de 1681 sobre la marina, mantuvo elementos del Derecho precedente, que no se compaginaban satisfactoriamente con los ideales que inspiraron al código. Sin embargo, sus amplias lagunas pudieron ser cubiertas en gran medida por la iniciativa de los propios interesados, es decir, por la propia disciplina convencional derivada del poder que el propio código reconoció a la autonomía de la voluntad.

IV. El Código de Comercio francés tuvo —es obvio decirlo— una significación trascendente, cual es su valor ejemplar para otros ordenamientos. Ciertamente con mayor precisión ha de decirse que fue el triunfo de las ideas matrices de la codificación y la seducción que produjo esa forma de legislar, lo que llevó consigo la difusión en diversas naciones de la idea de la conveniencia de redactar un Código de Comercio que sustituyera a la legislación mercantil vigente entonces, ciertamente farragosa e insatisfactoria, de forma que, como dijera con certera frase Joaquín Rodríguez, el Código de Comercio francés “Fue decisivo como modelo seguido en casi todos los países civilizados” (*Derecho mercantil, I, 10ª ed. México, 1972, p. 22*).

Surgen así una serie de códigos, que ni siquiera pueden enunciarse ahora. Pero sí puede decirse que con independencia de la aplicación directa que el Código de Comercio francés tuvo fuera de sus fronteras (como sucedió en Bélgica, Holanda hasta 1838) surgieron unos códigos de comercio, que se han llamado de la primera generación, en los que la influencia del código francés es quizá más patente, como sucedió con el español de 1829, el portugués de 1833, el holandés de 1838, el Código General alemán de 1861, el italiano de 1865, si bien tal influencia fue diversa en esos códigos, ya que evidentemente la separación o alejamiento del modelo francés fue en algunos casos más profunda que en otros. Así, por ejemplo, el código español de 1829 debido a D. Pedro Sainz de Andino mejoró su modelo, tal como fue declarado por varios autores franceses (Pardessus, Foucher y Saint-Joseph), ya que se ocupó de aspectos no tratados por el código francés, si bien, como se ha hecho notar repetidamente, el código de comercio español hubo de enfrentarse con la dificultad de preceder a la promulgación del Código Civil, lo que se puso de manifiesto de modo especial en la

regulación de los contratos mercantiles, a los que dedicó todo el libro segundo (artículo 234 a 582) en contraste con el código francés (nos remitimos a nuestro trabajo, *El Código de Comercio y los contratos mercantiles*, en el vol. I, del *Centenario del Código de Comercio*, 4 Madrid, 1986, pp. 214 y ss.). El Código español de 1829 además amplió y perfiló la competencia de los tribunales de comercio al decir — en su artículo 1199 — que “la jurisdicción de los tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos precedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles”.

Código de 1829 que tuvo cierta penetración en la América de lengua española, como en Colombia en los términos de la ley de 1 de junio de 1853 (Pinzón, J.G. *La preservación del Código de Comercio en la legislación colombiana*, en II Jornadas, pág. 109), Argentina, en diversas provincias en los años 1845 a 1862 (Anaya, J.L. *Orientación de la doctrina argentina en tomo a la codición del Derecho mercantil. Proyectos de reforma*, en II Jornadas, pp. 153 y 154), en Brasil con el Código de Comercio de 1850 (influido también por el portugués de 1853, Martins de Carvalho, D., *Orientacao da Doctrina Brasileira na codificacao do Direito*, en II Jornadas, p. 215), en Venezuela a través del Código de 1862 (Morles Hernández, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, 3ª ed. Caracas 1989, pp. 59 y 60, etc.), (más información se encuentra en la obra de Olabarria Avila, J., *Los Códigos de Comercio Latinoamericanos*, Santiago, 1961).

Llama la atención el caso del Código de Comercio mexicano de 1854, que sustituyó a las Ordenanzas de Bilbao, pero con una vigencia efímera, ya que fue derogado por la ley de 22 de noviembre de 1855 que de nuevo restableció la vigencia de la Ordenanza bilbaína, hasta que se publicó el también efímero código de 1884, que fue sustituido por el vigente de 1889, influido por el español de 1885 (v. Barrera Graf, *Orientación de la doctrina mexicana en tomo a la codificación del Derecho mercantil. Proyectos de reforma*, en II Jornadas, pp. 192 y 193 y en sus *Instituciones de Derecho Mercantil*, México 1989, pp. 22 a 23).

Precisamente el Código de Comercio español de 1885, como el mexicano de 1889, pertenecen a los códigos de la segunda generación, entre los que hay que destacar al Código de Comercio italiano de 1882, el portugués de 1889 y el alemán de 1897, que se distancia notablemente del código francés, no sólo porque es fruto de una reelaboración cuidada del código alemán de 1861 — anterior a la unificación del siglo pasado de Alemania — y porque se coordina con el Código Civil alemán, tan pacientemente elaborado, sino también porque asume claramente una concepción subjetiva del Derecho mercantil, de carácter profesional, que abriría el cauce a las modernas concepciones del Derecho mercantil. (Baumbach-Dudenhopt, *Handelsqesetzbuch*, 27, ed., Munich 1983, pp. 3 y 4).

Volviendo a aludir al — aun parcialmente vigente — Código de Comercio español de 1885, que influyó en diversos Códigos de Comercio latinoamericanos (v. la obra de Olavarría Avila, J., *Los códigos de comercio latinoamericanos*, Santiago de Chile 1961), he de indicar que en un documentado trabajo publicado con motivo de su centenario, se hace una valoración positiva de él al confrontar los aspectos fundamentales que lo caracterizan, si se compara con otros Códigos de comercio de su tiempo, ya que sirvió par resolver al jurista los problemas que planteaba la actividad económica de la época y eventualmente para permitir el ser cauce de actividades nuevas, si bien el paso de los años ha mostrado sus carencias ante nuevos hechos (Duque, *El Código*

de Comercio y la codificación de 1885 en el marco de la codificación de su época, en Centenario, cit., pp. 86 y ss.).

V.- La codificación mercantil del siglo XIX como es bien sabido, pretendió dar satisfacción a una ideología económica liberal clásica. La libertad de comercio e industria, el reconocimiento de la propiedad individual — sea de bienes de producción o de consumo — constituyen presupuestos para el desarrollo de la economía de mercado — o si se quiere — del capitalismo, utilizando un término polivante tanto en el estudio de los sistemas económicos, como el de la historia de la economía.

Se ha dicho en un cuidado estudio, que la codificación mercantil se vio favorecida porque se presentaba como un instrumento necesario para la conquista de nuevos mercados y, sobre todo, para la mejor conformación del mercado nacional, de manera que por medio de los códigos de comercio se incardina el viejo *ius mercatorum* dentro de una constitución económica de signo liberal, y el sistema recogido en esos códigos tenía por finalidad la creación de las bases jurídicas que habrían de permitir el funcionamiento de las leyes naturales de la economía (Menéndez Menéndez, A., *Autonomía económica liberal y codificación mercantil española*, en vol. I, *Centenario del Código de Comercio*, pp. 45 y ss. y en especial pp. 65 y ss.). En efecto, si el desarrollo del llamado “capitalismo industrial” tuvo lugar de modo especial en los países occidentales desde fines del siglo XVIII hasta bien entrado en siglo XIX, ese desarrollo fue favorecido por las libertades de comerciar y de contratar reconocidas por los códigos, de tal manera que éstos permitieron al régimen capitalista — como dijo Ripert — un “maravilloso crecimiento de la riqueza general” (Ripert, G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, París 1946).

Pero las crisis del sistema capitalista, e incluso su propio éxito, pusieron de manifiesto la insuficiencia del régimen jurídico creado por los códigos, en especial cuando el protagonismo de los operadores económicos — que esos códigos parecían presuponer que eran casi exclusivamente las personas físicas — fue sustituido por personas jurídicas, constituidas generalmente por sociedades, o por agrupaciones de estas personas (asociaciones empresariales, grupos de sociedades etc.). Además el incremento de la dimensión de los operadores económicos — exigido en muchas ocasiones para la propia satisfacción de las necesidades del mercado y no simplemente como resultado de la concentración del capital — hizo que los códigos del siglo pasado mostraran aun más nítidamente sus carencias en diversos aspectos fundamentales que aquí simplemente cabe apuntar, pero que pueden auxiliarnos a comprender mejor el estado actual del Derecho mercantil.

A) Así, en primer lugar, cabe aludir a la insuficiencia de la regulación por los códigos de las sociedades mercantiles, de manera tal que los legisladores de los distintos países han debido prestar especial atención al régimen de los mecanismos por los que se encauza la recogida de capitales y su organización, en una forma más depurada y completa que lo había sido por los códigos. Las sociedades mercantiles — en especial la anónima — ese “maravilloso instrumento del capitalismo moderno” que diría Ripert, y que con expresiones parecidas repetirían tantos autores, necesitaban una nueva regulación, que se ha concretado en las sucesivas leyes que sobre esta materia se han promulgado en los países occidentales. Igualmente los instrumentos

de captación del ahorro del público en diversas formas y de modo particular en el mercado de valores justifican una atención del legislador que desborda el contenido de los códigos; como igual sucede con otros fenómenos económicos que asumen una complejidad superior a la que tenían en el siglo anterior (actividad industrial, transportes, seguros, banca, etc.), o bien que surgen de forma nueva, por lo que no pudieron ser tenidos en cuenta a la hora de redacción de los códigos.

Además, la expansión de la actividad económica, con el acceso a los bienes y servicios que los empresarios ofrecen por parte de todos los miembros de la comunidad, da origen a una generalización insospechada de la aplicación de las normas mercantiles, lo que ha tenido influjo en la penetración de estas normas en las tradicionales, contenidas en los códigos civiles, originándose el conocido fenómeno de la “comercialización” del Derecho civil, sobre el que tendremos ocasión de volver.

B) Se advierte igualmente una tendencia a limitar el poder de la autonomía de la voluntad, precisamente para tutelar los intereses de los que a la hora de contratar se encuentran, de hecho, en una situación de inferioridad. La codificación partió del principio, sin duda positivo, de la igualdad entre todos los individuos y el respeto a su libertad, de lo que derivó —según sabemos de la libertad de contratación y el otorgamiento a los contratantes de un amplio poder para regular sus propias relaciones contractuales. Se concedió por los códigos una amplia autonomía a la voluntad, sólo limitada, de forma que podría calificarse como excepcional por las leyes, la moral y las buenas costumbres. La normativa concreta, contenida en esos códigos para los contratos era esencialmente dispositiva, es decir, suplía a lo dispuesto por la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el artículo 385 del Código de Comercio español de 1885 establecía que “el contrato de seguro se regirá por los pactos lícitos consignados en cada póliza o documento, y, en su defecto, por las reglas contenidas en este título” (inspirado en el artículo 420 del Código de Comercio de 1829). Pero la tutela del asegurado —en especial cuando era una persona individual y sin conocimientos suficientes sobre las consecuencias de las cláusulas contractuales, esto es, en la mayoría de los casos— hizo precisa la existencia de normas imperativas que se sobrepusieran a la voluntad de las partes (o al menos, a la voluntad del redactor de las condiciones generales), lo que dio lugar a la publicación de leyes especiales que reunieran esas características. La Ley, alemana o suiza, del Contrato de Seguro publicadas en los primeros años del siglo, con la preocupación esencial de proteger al asegurado como “contratante débil” fueron seguidas por otras disposiciones similares que se han dictados en casi todos los países.

Porque los códigos, al reconocer la igualdad entre todos los individuos, habían conseguido evidentemente una importante conquista frente al antiguo régimen, pero no habían conseguido una igualdad de hecho entre esos individuos cuando entraran en relación, por lo que se hizo preciso completar la regulación otorgando una tutela adicional al contratante, que se encontrara en una situación de hecho de inferioridad y de debilidad. Esta preocupación por la tutela del “contratante débil” —que se englobaría con posterioridad genéricamente en la normativa de la “protección del consumidor” — tendría su reflejo en diversos campos del ordenamiento mercantil y de modo especial en el campo contractual, principalmente en una doble vertiente: por un lado, a través de la regulación de las “condiciones generales” de los contratos; por otro, en la regulación de los contratos en particular. De tal forma que el Derecho

dispositivo se vería sustituido en buena parte por un Derecho imperativo respecto a diversos aspectos de las relaciones jurídicas creadas por los contratos. Imperatividad que en ocasiones no sería absoluta, sino parcial, ya que consentiría cláusulas más favorables para el contratante débil.

C) La tutela de las personas que contratan con los empresarios se ha manifestado también —superando las concepciones recogidas en los Códigos de comercio— en el control público de su iniciativa económica en determinados sectores, tanto en el momento de su acceso al mercado, como oferente de determinados productos o servicios, y posteriormente en el ejercicio de su actividad. En efecto, frente al principio de absoluta libertad de iniciativa económica, el Estado ha establecido la necesidad de la obtención de la oportuna autorización administrativa para ciertas actividades en el sector financiero, de seguros, transportes, de la industria etc.

Este control público presupone, en determinados casos, que el operador económico —esto es, el empresario que quiere acceder al mercado— se constituya de una determinada forma jurídica (v. gr. en sociedad anónima) y que posea determinados medios personales y materiales que se consideran como mínimos para que pueda iniciar esa actividad económica. No se trata tanto de establecer ciertas exigencias que van a agarantizar necesariamente la solvencia del empresario, y, en general, el cumplimiento de los contratos asumidos con las personas que se han relacionado con él, de modo particular, el impedir que puedan operar en el mercado personas que carezcan de las condiciones que se estimen como mínimas para ofrecer ciertos servicios. Esta precaución tiene su vigencia una vez iniciada la actividad económica del empresario.

La existencia de estos controles administrativos se ha legitimado, cuando se mueven dentro de cauces reglados y no puramente discrecionales, sobre la base de la función social que cumple la libertad de iniciativa económica. Porque mientras que la concepción radical o absoluta de esa libertad de iniciativa parecía presuponer que toda ella era socialmente justificable, se pensaba que la búsqueda por el individuo de la satisfacción de su propio interés al llevar a cabo esa iniciativa para satisfacer las necesidades de los consumidores implicaba, según esa concepción, la satisfacción de forma mediata del interés de la comunidad, la experiencia ha demostrado que eso no es siempre cierto, en cuanto que la satisfacción por el individuo de su propio interés mediante el ejercicio de una actividad económica puede entrañar en determinados supuestos un daño a la comunidad. En tales casos parece evidente que la legitimación de la iniciativa económica ha de estar limitada, al menos en aquellos supuestos en los que se sepa que tal iniciativa no puede cumplir una utilidad para la comunidad; una utilidad social.

D) La intervención del Estado en la economía, superando las concepciones que informaron nuestras codificaciones, se ha manifestado también en la promoción mediante subvenciones, préstamos en condiciones favorables etc, para ciertas actividades (en especial si se desarrollaban en ciertos territorios y cuya promoción económica quería efectuarse) que han constituido parte de la llamada planificación iniciativa y que se ha desarrollado en diversos países occidentales. Promoción de la actividad económica que se ha efectuado de modo particular por medio de un Derecho tributario o fiscal, el cual, dejando al margen su neutralidad o la simple búsqueda de los recursos precisos del Estado para subvenir a sus crecientes necesi-

dades, ha sido beligerante respecto a la actividad económica otorgando un tratamiento fiscal beneficioso para determinadas actividades o formas de realizar esa actividad.

E) Junto a la alusión de la manifestación del dirigismo económico por medio de la planificación indicativa, ha de hacerse referencia a la intervención directa del Estado asumiendo él la iniciativa económica propia, lo que en algunos casos se llega a constitucionalizar (Así el artículo 128.2 de la Constitución española de 1978 comienza diciendo “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”).

El fenómeno que, por conocido, no merece ni siquiera ser descrito. Baste decir que la empresa pública creada *ex novo* frecuentemente ha asumido las formas de Derecho mercantil y se ha sometido a él despojándose el Estado de su propio poder. En estos casos — como se dijo hace años con frase expresiva — el “Estado abandona su uniforme y se viste de paisano”. Para ello en ocasiones busca la asociación con los particulares creando sociedades o empresas mixtas. Otras veces la empresa pública no es una creación *ex novo* del Estado o de otros organismos públicos, sino que es fruto de una adquisición derivada — si bien generalmente coactiva — por su parte. Surgió así el fenómeno de las nacionalizaciones, debidas una vez a circunstancias que podríamos denominar genéricamente como políticas, otras al fracaso de la empresa privada, en especial cuando aflora el propósito social del mantenimiento de determinados puestos de trabajo de la empresa en crisis.

VI.- De esta forma buena parte de las economías occidentales a partir de los años treinta y de modo especial después de la Segunda Guerra Mundial, trataron de iniciar una vía intermedia entre el sistema de economía de mercado puro y el de la economía planificada, impuesto en la Unión Soviética primero y luego en los países de su entorno, lo que exigió una proliferación de lo que sin mucha precisión se llamó legislación económica, que incidió en el Derecho mercantil.

Pero como es notorio, en estos momentos nos hallamos ante una nueva rectificación de las ideas que dominan la política económica, bajo el impulso de corrientes neoliberales, que ya han tenido y quizá sigan teniendo incidencia en la línea evolutiva del Derecho mercantil.

En efecto, aún antes de que se produjeran en coincidencia casual con el segundo centenario de la Revolución francesa los cambios profundos que están afectando a los países de economía planificada, en los países europeos occidentales tanto por la experiencia no siempre positiva que el dirigismo de la economía había tenido sobre ella, como por la puesta en marcha de la Comunidad Económica Europea, surgió la orientación de restringir esa participación del Estado en la actividad económica y de potenciar el libre acceso al mercado y la libre competencia. La llamada reducción del sector público por medio de la “privatización” o “reprivatización” de empresas o su “desnacionalización”; la aparición de lo que los economistas han denominado impropriamente “desregulación”, esto es, la liberalización de ciertas actividades económicas mediante la supresión de determinados controles administrativos, lo que ha implicado desde una perspectiva jurídica la derogación de ciertas normas y la promulgación de otras; el establecimiento de normas sobre defensa de la competencia; la apertura de los mercados nacionales a productos y servicios extranjeros, como medio para constituir un mercado único más amplio, en el que desaparezcan las fronteras aduaneras y se permita la libertad de movimiento de capitales, mercancías

y servicios; y la existencia de otros fenómenos similares han implicado un nuevo cambio profundo en el Derecho mercantil, una vez que parece haberse desvanecido la creencia de que la transformación de la estructura económica de una sociedad habría de producirse necesariamente bajo el dirigismo del Estado. Frente a ello parece afianzarse la idea de que es preciso que el propio Estado facilite que las propias fuerzas sociales asuman un protagonismo mayor, y que corresponde al ordenamiento jurídico el evitar los excesos de esas fuerzas, ya que el liberalismo absoluto ha demostrado que puede llevar a situaciones injustas y a abusos de la posición dominante en el mercado (v. un planeamiento similar en Broseta Pont, M., *Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del Derecho mercantil*, en Centenario del Código de comercio, pp. 425 y ss.).

En el momento actual pesan sobre el Derecho mercantil determinados hechos que inciden sobre él, que simplemente vamos a apuntar.

A) El Derecho mercantil ha de tener como una de sus funciones fundamentales el servir al funcionamiento de la economía de mercado, sin olvidar la función social que de ella se espera. Con ello el Derecho mercantil se mantiene fiel a su tradición, en cuanto que ha estado vinculado a la idea de mercado. Sin embargo, esto no quiere decir que, a nuestro juicio, se pueda configurar el Derecho mercantil como Derecho del mercado, pues su regulación es mucho más amplia, ya que otras clases de ordenamientos (como el propio Derecho civil patrimonial, el administrativo económico, el laboral etc.) se ven afectados por esa forma de organización de la economía. El núcleo del Derecho mercantil afecta ciertamente a los operadores económicos que ofrecen bienes y servicios en ese mercado, esto es, a los empresarios que acceden a él. Las normas jurídicas que regulan su constitución y actividad, así como el régimen de los actos jurídicos a los que da lugar esa actividad constituyen la esencia de nuestro Derecho, que ha de limitarse fundamentalmente a las normas que regulan su actuación como particulares — como privados — frente a otros particulares, por lo que nos parece, aun cuando sobre esto hemos de volver, que el Derecho mercantil ha de mantenerse dentro del campo del Derecho privado.

B) La ordenación del Derecho mercantil ha de estar dominada por la preocupación de la tutela de los demandantes de los bienes y servicios ofrecidos por los empresarios, cuando estos demandantes son los consumidores finales o, si se quiere, los consumidores débiles. La protección de los consumidores y usuarios — sobre la que existe, en casi todos los países occidentales, una especial sensibilidad en los últimos treinta años — ha de ser otra de las notas que informe el Derecho mercantil.

Ya se indicó que por este motivo, a través de normas imperativas, se había alterado el Derecho codificado en especial en el campo de la contratación, si bien de una forma que todavía ha de estimarse como insuficiente. Sin embargo, dado que los consumidores asumen un papel primordial en la economía de mercado, pues como afirman los autores neoliberales en esa economía la autoridad suprema corresponde al consumidor (v. Beltrán, L., *La nueva economía liberal*, Madrid 1982, pp. 82 y ss.), es preciso que el ordenamiento jurídico, para el recto desarrollo de su función, tutele el ejercicio de ese poder, garantice el ejercicio de la libre competencia prohibiendo todo tipo de prácticas que la falseen o la restrinjan; que se impida la publicidad engañosa que pueda confundir a los consumidores sobre el origen, calidad, condiciones etcétera, de los productos; que en la misma línea se protejan eficazmente los signos

DOCTRINA

distintivos de los empresarios y de sus productos, en especial sus marcas etcétera.

C) Otro aspecto a tener en cuenta en la ordenación del Derecho mercantil es el incremento —por el desarrollo técnico, en particular de la informática— de la despersonalización, objetivación y masificación de las relaciones mercantiles y la profunda crisis de los títulos valores, que tradicionalmente venían empleándose.

En efecto, la realización de operaciones desde lugares geográficos diferentes, y en forma prácticamente simultánea, se va generalizando cada vez más y es de prever que en el futuro implicará la forma de contratación normal en relación con numerosos bienes y servicios. Los cajeros automáticos de los bancos que consienten hacer operaciones variadas; las transferencias electrónicas de fondos; los sistemas de compensación; los ordenadores situados en el domicilio de la empresa o de los particulares para la realización de operaciones financieras o comerciales; las tarjetas de crédito etc., representan instrumentos de contratación que se han difundido ampliamente en los países occidentales, pero que todavía no han encontrado un tratamiento jurídico lo suficientemente satisfactorio, al menos en todos los casos. Tras la pretendida “responsabilidad del ordenador” — que es el que aparece generalmente como primer “culpable” — ha de encontrarse a la persona que efectivamente lo sea.

Igualmente, los títulos valores o de crédito —sobre los que tan afanosamente los mercantilistas habían formulado agudísimas construcciones jurídicas, que, con frecuencia, habían dado origen a algunas discusiones bizantinas— han entrado en crisis, que es preludio de un creciente desuso, al ser sustituidos con eficacia por medio de anotaciones en cuenta. La desmaterialización de los títulos valores hace que se queden en simples “valores”, cuyo régimen se ha basado en gran medida en el de los títulos, en ocasiones en forma innecesaria.

D) Otro aspecto, al que el Derecho mercantil presta —y ha de prestar— una atención creciente, es el que podríamos denominar de la seguridad en las relaciones generadas en el mercado por los empresarios. Ciertamente a la libertad de iniciativa económica va unida necesariamente la idea de riesgo, tanto por parte del que asume tal iniciativa, como por parte de los que con él contratan.

Sin embargo, se advierte no simplemente la tendencia a la reducción de los riesgos mediante el desarrollo del seguro en sus distintas modalidades, sino también en que, por un lado, a través de ciertas exigencias a los empresarios, se trata de impedir el acceso al mercado de aquellos que no ofrezcan garantías suficientes (v. gr. en el caso de bancos o de sociedades de seguros) y, por otro, se tiende a eludir, en el caso de crisis del empresario, su desaparición pura y simple buscando procedimientos que permitan la conservación de la empresa.

E) La tendencia hacia el acercamiento más intenso del Derecho mercantil de los distintos países, es igualmente otra de las directrices de este ordenamiento. La ampliación de los mercados nacionales en mercados internacionales, más o menos extensos —como sucede por ejemplo en la Comunidad Económica Europea— obligada a la armonización o aproximación del Derecho de los diversos Estados. Así, la armonización exigida por el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, es de prever que conseguido el mercado único se acentúe hasta extremos cercanos a la unificación del Derecho, ya que la unidad del mercado requiere unidad de régimen jurídico, y la falta de esa unificación, por iniciativa de los propios Estados, es de suponer que será cubierta directamente por el propio ordenamiento comunita-

rio a través de “reglamentos, que como tales tienen eficacia directa dentro de los Estados” (cfr. artículo 182-2º del Tratado de Roma).

Por otro lado es de prever, igualmente, que el Derecho mercantil internacional surgido de los Tratados Internacionales, que tradicionalmente han tenido un especial significado dentro del Derecho mercantil, incrementa su importancia precisamente por el aumento de los intercambios entre operadores económicos pertenecientes a diversos países.

VII.- Expuestas a modo de síntesis las tendencias que pesan en el momento actual sobre el Derecho mercantil y que es de prever puedan configurarlo en el futuro, hemos de plantearnos la cuestión fundamental de la pervivencia o no del Derecho mercantil como una rama jurídica.

Para la contestación de esta cuestión quizá convenga recordar que la doctrina ya desde hace muchos años viene discutiendo tanto sobre el ámbito delimitador del Derecho mercantil, como sobre la oportunidad de su propia pervivencia. En efecto, porque aun los autores que reconocen la sustantividad propia del Derecho mercantil y por consiguiente su existencia como tal rama del Derecho, muestran pareceres divergentes sobre la delimitación de su ámbito y, en definitiva, la justificación de la existencia del Derecho mercantil como una disciplina separada de otras, en particular, del Derecho Civil.

Los criterios delimitadores, como es sabido, han sido varios y en los que no podemos entrar aquí (Derecho de los comerciantes, del comercio, de los actos en masa, de las empresas, de los empresarios, etc.). Ciertamente dentro de estas orientaciones parece prevalecer la opinión mayoritaria de la vuelta a la concepción del Derecho mercantil como un Derecho profesional y, por consiguiente, sobre una base subjetiva. Pero aun admitido este punto de encuentro, surgen importantes diferencias a la hora de concretar el campo específico del Derecho mercantil llegando a soluciones que entrañan un gran relativismo, que si se justifica en parte por la evolución que sufre nuestro Derecho dada su acusada historicidad, da lugar a resultados muy poco esclarecedores, como cuando se dice, por ejemplo, que “el campo del Derecho mercantil se delimita de una forma arbitraria. Lo cual no podría ser de otra forma. El Derecho mercantil no es más que la reunión de las excepciones aportadas a las reglas del Derecho Civil en interés del comercio. Se compone de piezas distintas” (Ripert, Roblot, *Traité*, I, 13ª ed., París 1990, p. 10) o cuando se dice, desde una perspectiva similar, “el llamado Derecho mercantil no es hoy una disciplina de contenido uniforme y homogéneo, sino más bien el receptáculo de un conjunto de instituciones y materias diversas y aun, dado el caso, heterogéneas” (Santos, V. *El Derecho mercantil ante el replanteamiento de los estudios jurídicos*, en el volumen *La enseñanza del Derecho*, Zaragoza 1985, pp. 373 y 374). Planteamientos éstos que, por su indeterminación, abren el paso a lo que ya decía en 1915 Nussbaum cuando afirmaba la “disolución del concepto de Derecho mercantil”... pues “aunque suene a paradoja, el Derecho mercantil ya no es el Derecho de comercio, sino un montón de las más heterogéneas materias”. Al reproducir estas palabras Garrigues reaccionaba contra ellas diciendo que esos argumentos pesimistas no eran convincentes, ya que si bien el Derecho mercantil al intentar construirse sobre la base de los actos de comercio y perder su sentido profesional había entrado en una fisonomía borrosa de un Derecho a profe-

sional e inorgánico cuya justificación legislativa es punto que imposible, por lo que era necesario volver al carácter profesional de ese Derecho, para salir de la encrucijada en que se encuentra (GARRIGUES *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, Temas, p. 51 y ss.).

Desde otras perspectivas, en apariencia más optimistas por el triunfo que representa para el Derecho mercantil, éste perdería su propia identidad al penetrar y reformar el Derecho Civil, que se “mercantilizaría”. El triunfo y la difusión del espíritu capitalista habría hecho posible esta unificación, no puramente formal, sino sustancial, de tal manera que el Derecho mercantil habría perdido su razón de ser (véase, a modo de ejemplo, justificación y referencias en RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona 1989, p. 195 y ss.). También, conforme a otros autores, el Derecho mercantil desaparecería pero no absorbido por el Derecho civil, sino más bien por el Derecho de la economía (véase referencias, con agudas consideraciones críticas, en ROJO, A. *El Derecho económico como categoría sistemática*, R.G.L.J., 1980, p. 249 y ss.).

Aun reconociendo la relatividad de toda división de las ramas del Derecho, dada la unidad sustancial del ordenamiento jurídico, y de lo que de convencional tiene esa división, parece conveniente reafirmar el mantenimiento de la existencia del Derecho mercantil como un Derecho especial frente al Derecho civil, como Derecho privado común. La tradición romanista multiseccular hace aconsejable, a nuestro juicio, el mantener como división esencial del Derecho la que distingue entre el público y el privado. Ciertamente éste, como consecuencia de una ideología política superadora del liberalismo individualista radical que dominó la codificación, ha sufrido importantes transformaciones, hasta el punto que se ha podido hablar paradójicamente — y en forma equívoca — de una “desprivatización del Derecho privado — y como parte de él del propio Derecho mercantil por la presencia, con mayor vigor, de la necesidad de tutelar los intereses generales (Girón Tena, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil*, pp. 104 y ss.). Pero aun admitiendo como indiscutible tal presupuesto de la transformación del Derecho privado contemporáneo, parece útil — insistimos — el mantenimiento en el futuro de esta categoría, a pesar de la dificultad e incluso de la oscuridad en los criterios de su distinción con la del Derecho público, división tradicional del ordenamiento que se ha de efectuar teniendo en cuenta, según el parecer dominante en la doctrina, no la naturaleza de los intereses públicos o privados protegidos por la norma (ya que unos y otros se entrecruzan en ellas con mayor o menor intensidad, pero sin que puedan separarse), sino la naturaleza de los sujetos que intervienen en las relaciones que el ordenamiento jurídico regula, de forma que se considera privado el Derecho que regula las relaciones entre los particulares — y también la de los entes públicos cuando actúen sin el poder y el imperio en ellos característicos, es decir, cuando actúen como particulares — mientras que será público el ordenamiento que regule las relaciones entre los entes públicos entre sí o con los particulares cuando frente a éstos se presenten con el imperio característico de tales entes. Distinción que aun cuando discutida, sirve como pauta para hacer algo de luz en esa oscura división y que además tiene, por regla general, efectos también en el orden procesal para determinar la naturaleza de la acción que ha de ejercerse en defensa de los derechos correspondientes y determinar la jurisdicción competente.

El Derecho mercantil, por consiguiente, puede seguir considerándose a nuestro

juicio, a pesar de las transformaciones sufridas y las que se vislumbran, como una parte del Derecho privado, cuya especialidad nace precisamente porque comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica. De esta forma, como se ha repetido por buena parte de la doctrina mercantilista, nuestro Derecho mantiene fidelidad al sentido tradicional que le vio nacer, pero al mismo tiempo se adapta a las modificaciones que ha sufrido la realidad social, ya que la expansión y variedad de los bienes y servicios que en el mercado hoy se negocian, hace necesario una expansión y potenciación del sujeto que actúa en ese mercado (v. Jiménez de Parga, R. *Desarrollo y expansión del Derecho mercantil en Estudios homenaje a POLO*, Madrid 1978, pp. 375 y ss.). El comerciante se ve sustituido por el empresario, que no hemos de reducir con el calificativo de mercantil, sino que ha de ampliarse su alcance a cualquier supuesto de operador económico organizado que actúe en el mercado. Pero además de esa expansión o generalización del sujeto que ha de actuar en el mercado como oferente de bienes y servicios — y que ha de servir como punto central del Derecho mercantil — se hace necesaria su potenciación en el sentido que antes apuntábamos de que en defensa de los demandantes de tales bienes o servicios tenga la solvencia y los medios precisos para la satisfacción de la función que ha de desempeñar en el mercado, por lo que se han de producir, en determinados casos, interferencias con normas de Derecho público, que necesariamente habrán de tenerse en cuenta.

VIII.- Al mantener el Derecho mercantil dentro del Derecho privado — con las matizaciones indicadas — y al centrar su especialidad en la figura del empresario y de su actividad, se produce no simplemente una adaptación de ese Derecho a las exigencias de una economía social de mercado, sino que se sientan las bases de su perdurabilidad al menos dentro de la corta perspectiva que tiene el jurista para otear el futuro.

Ahora bien, la expansión del Derecho mercantil que resulta de tal planteamiento hace aconsejable evitar que tal expansión exceda de los límites necesarios, aun cuando se trate de normas íntimamente relacionadas con la materia de la que se ocupa nuestro Derecho. Me refiero especialmente a aspectos de Derecho público económico, que circunda la actuación del empresario. En ocasiones serán normas de Derecho administrativo económico (verbigracia régimen de la autorización administrativa para el ejercicio de las actividades económicas por el empresario), otras serán normas de Derecho fiscal o tributario que preverán regímenes especiales para determinadas clases de empresarios, en fin aparecen normas sancionadoras (bien de carácter administrativo o de carácter penal) que afecten directamente el ejercicio de la actividad empresarial. Parece claro que en estos supuestos, aun cuando el conocimiento de tales normas será indispensable para el jurista de empresa, su exposición — no su alusión o referencia — debe estar al margen del Derecho mercantil. (V. entre otros Galán Corona, E, en el prólogo de la obra de N. Reich, *Mercado y Derecho*, trad. A. Front, Barcelona 1985, pp. 15 y 16).

Pero con independencia de estos límites que deben imponerse a la onda expansiva del Derecho mercantil cabe aludir — si bien la ocasión exige una simple mención — a la reducción de ciertos aspectos incluidos tradicionalmente dentro de nuestra disciplina.

Así existe una tendencia generalizada en muchos países, que sin embargo no se ha materializado al menos en España, de desprenderse el Derecho mercantil del Derecho marítimo privado. Producida esa vinculación en las Ordenanzas de Bilbao 1737 y reafirmada en los códigos de comercio del siglo XIX, por razones varias que van desde su particularismo a la creencia de que — como se ha dicho expresivamente — “el Derecho marítimo dentro del Derecho mercantil se ahoga”, se tiende a esa separación (véase referencias en nuestro trabajo *Noción y caracteres generales del Derecho Marítimo*, Bol. As. española Der. Mar., 3, 1984, pp. 13 y ss.). Igualmente, si bien en este caso la cuestión es más debatida, se pretende una unificación legislativa del Derecho de las obligaciones y de los contratos, ya que parece lógico evitar el tratamiento doble de un mismo contrato en el código Civil y en el de comercio, al tiempo que se advierte la utilidad del empleo de conceptos generales comunes en este campo (cuestión de la que me he ocupado con mayor detenimiento en el trabajo antes citado de *El Código de comercio y los contratos mercantiles*, pp. 252 a 260). Ahora bien, aun cuando se preconice un tratamiento legislativo uniforme de las obligaciones y de los contratos, no por ello algunos de estos contratos deberían quedar al margen del estudio del Derecho mercantil, por estar vinculados estrechamente al ejercicio de la actividad empresarial (así entre otros si bien referido a la codificación, Garrigues *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, p. 94, en Broseta Pont, M. *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid 1965).

IX.- Ciertamente en pocas cosas podrán ponerse los mercantilistas tan de acuerdo como en el hecho de que la parcela del ordenamiento que estudian está en una posición crítica. La abundancia extraordinaria del material normativo que ha superado la codificación, para entrar en un proceso negativo que se enuncia pura y simplemente con el término de descodificación, ha hecho perder al Derecho mercantil buena parte de su coherencia y no es de extrañar la tentación de que el proceso descodificador quiera seguirse con un proceso de descomposición de Derecho mercantil.

Por otro lado, también es cierta la utilidad de fraccionar el conocimiento de lo que hoy constituye el Derecho mercantil en una serie de Derechos, que haciendo referencia a la materia regulada comprendan las normas del Derecho público y privado que afecten a esa materia (Derecho de la competencia, Derecho bancario, Derecho bursátil, Derecho de seguros, Derecho de quiebras, etc.) (v. sobre este punto SANTOS, *El Derecho mercantil ante el replanteamiento de los estudios jurídicos* pp. 373 y ss.). Pero tal fraccionamiento, propiciado por un desco de especialización en el conocimiento de esas materias, no debe ser una alternativa excluyente del mantenimiento del Derecho mercantil. Ciertamente la cuestión no es fácil, pero pienso que la desaparición del Derecho mercantil entrañaría a la larga la pérdida de rigor en el conocimiento de las normas que lo constituyen. Porque quiérase o no la formación de los juristas de tradición romanista está dominada por la especialización en el campo del Derecho público y del privado, que han creado un aparato conceptual y una técnicas no siempre coincidentes y en cuyo dominio resulta difícil alcanzar el mismo grado de pericia. Por ello entendemos que el mantenimiento del Derecho mercantil dentro de su unidad en el campo del Derecho privado es, a la larga, más fecundo que la dispersión en otros Derechos nuevos que refunden las normas públicas y privadas,

Fernando Sánchez Calero

lo que no impide la utilidad que para los juristas y para otros profesionales puedan tener tales Derechos.

Podrá decirse que en el planteamiento realizado se trata de confundir los deseos con la realidad. Quizá sea cierto; sin embargo, me parece importante decir que si en general el futuro no nos viene dado a los hombres, sino que depende en gran medida de sus ideas y de su voluntad, el Derecho mercantil sólo podrá subsistir en tanto los mercantilistas lo quieran y demuestren, que, de momento, su existencia tiene una razón de ser dentro de las ramas jurídicas.