

ECONOMÍA, PODER Y DERECHO MERCANTIL
(Tres puntos de vista sobre el Derecho Mercantil como categoría
histórica)¹

ROSA MONTORO RUEDA

Doctora en Derecho

Universidad de Murcia.

RESUMEN: El presente estudio parte del análisis de la correlación existente entre poder social (económico principalmente) y poder político, en la configuración y desarrollo del Derecho mercantil. En función de ello se plantea el problema de cuál sea la materia objeto del Derecho mercantil, cuestión que desde un punto de vista histórico ha experimentado una evolución que va desde el subjetivismo del *iusmercatorum* al objetivismo del *acto de comercio y la empresa* como objetos del Derecho mercantil. En conexión con el proceso evolutivo se estudia, por su interés doctrinal, la polémica que en el ámbito de la *Revista de Derecho Mercantil* mantuvieron en 1947, los Profesores F. Javier Conde y Jesús Rubio García-Mina, concluyéndose con la consideración de la más moderna tesis doctrinal representada por el Prof. M. Olivencia Ruiz.

PALABRAS CLAVE: Poder social (económico)-Poder político-Comercio y Derecho mercantil-Acto de comercio- Comerciante y consumidor

ABSTRACT: This paper analyzes the correlation existing between social power (specially , economic social power) and politic power as reflected in the structure and development of Commercial Law. As a result of this analysis clearly shows the problem of what is to be considered the object of Commercial Law. From a historical point of view this question has evolved from the subjectivism of the iusmercatorum to the objectivism of commercial acts and companies nowadays considered the object of Commercial Law. The academic discussion undertaken by Prof. F. Javier Conde and Prof. J. Rubio García-Mina in Revista de Derecho Mercantil during 1947 is also studied in this research, ending with the consideration of the modern position of the Prof. M. Olivencia Ruiz.

KEY WORDS: Social power (Economic social power)- Political power- Commerce and Commercial Law- Commercial act- Merchant and consumer.

SUMARIO: I. EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DEL COMERCIO (POSICIÓN DOCTRINAL DEL PROF. JESÚS RUBIO). 1. Doble crítica como punto de partida. 2. Hacia una concepción del Derecho Mercantil. II. EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DEL MERCADO (NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN CIENTÍFICA DEL PROF. M. OLIVENCIA RUIZ). 1. El problema de la Ciencia y el Derecho mercantil. 2. La historicidad en la doctrina del Derecho mercantil. 3.

¹ Es continuación del artículo del mismo nombre publicado en el número 27 de esta Revista donde se vieron los epígrafes I, II y III

La posición doctrinal del Prof. M. Olivencia Ruiz. III. Conclusiones. 1. Razones, posibilidades y límites del Derecho mercantil. 2. Caracterización del Derecho mercantil.

I. EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DEL COMERCIO (POSICIÓN DOCTRINAL DEL PROF. JESÚS RUBIO)

1. Doble crítica como punto de partida.

El Prof. Jesús Rubio García-Mina comienza el estudio titulado “Sobre el concepto de Derecho Mercantil”,² que analizamos aquí, con una doble crítica:

1. Poniendo de manifiesto su desacuerdo con la doctrina que concibe el *Derecho mercantil como Derecho de la Empresa*, tesis a la que acababa de adherirse Garrigues con gran satisfacción de A. Polo.³

2. Exponiendo su desacuerdo con la posición de F.J. Conde al criticar a los mercantilistas su desdén por el método histórico, lo cual, según Conde, les desvía y equivoca en sus investigaciones, impidiéndole alcanzar una conclusión correcta: La consideración del Derecho mercantil como resultado de la transformación del Derecho Civil Patrimonial en la época del capitalismo.⁴

J. Rubio critica también a F.J. Conde algunas contradicciones e inexactitudes en las que incurre en su trabajo. Así por ejemplo:

- La contraposición entre *acto patrimonial* (como acto de economía precapitalista) y *acto mercantil* como acto propio de la economía capitalista,⁵ considerando inadecuado el uso del calificativo patrimonial.⁶

² RUBIO GARCÍA-MINA, J. “Sobre el concepto de Derecho mercantil”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Vol. IV, núm. 12, Noviembre-Diciembre, Madrid, 1947, págs. 317 -380.

³ RUBIO GARCÍA-MINA, J. “Sobre...cit.”,pág. 318.

⁴ RUBIO GARCÍA-MINA, J. “Sobre...cit.”,pág. 319

⁵ RUBIO GARCÍA-MINA, J. “Sobre...cit.”, págs. 320 y 321.

⁶ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit” págs. 320 y 321.

- La existencia de un especial Derecho del comercio en épocas no plenamente capitalistas.⁷

2. Hacia una concepción del Derecho mercantil.

J. Rubio, con el fin de fijar el concepto y la naturaleza del Derecho mercantil, parte de la toma en consideración y enjuiciamiento del proceso de formación histórica del Derecho mercantil. Reconoce que la tesis de F.J. Conde -concepción desde un punto de vista histórico del Derecho mercantil como el Derecho general patrimonial de la época capitalista- es certera en líneas generales pero que en su desarrollo y explicación adolece de lagunas.⁸

2.1. Génesis histórica del Derecho mercantil.

Simplificando mucho las cosas J. Rubio distingue tres momentos fundamentales en dicho proceso histórico.

2.1.1. Inexistencia de un Derecho mercantil en Roma.

Entiende J. Rubio que el Derecho mercantil, como todo Derecho, es un producto histórico que obedece a razones y causas específicas que impulsaron e hicieron posible, en un determinado momento, su configuración y articulación como rama jurídica diferenciada del Derecho civil.⁹

Aunque Roma conoció un progresivo aumento del comercio y de sus profesionales sin embargo, recuerda Rubio, la formación del *ius gentium*, que sirvió para resolver los problemas suscitados por el tráfico internacional mercantil que contribuyó a fecundar y desenvolver el Derecho Civil, y la ausencia en la economía romana de los rasgos propios de la economía capitalista, hizo innecesaria la aparición de un Derecho especial mercantil diferenciado del Derecho Civil.¹⁰

⁷ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 321 y 322.

⁸ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 319, 321 y 322.

⁹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit.”, págs. 322 y 323.

¹⁰ RUBIO GARCÍA-MINA, J., págs. 324 a 330. Véanse al respecto las breves y luminosas palabras de VIVANTE, c., *Instituciones de Derecho Comercial*, Madrid, 1928, págs. 4 y 5.

2.1.2. Nacimiento del Derecho mercantil en la Edad Media.

En la Edad Media comienza a percibirse la aparición de una “economía racionalizada”, en el seno de la ciudad y su mercado.¹¹ Se constata la inadecuación del Derecho común (romano y germánico) para regular y resolver nuevos problemas surgidos en el curso de la transformación que desde el siglo XI experimentó la vida económica, así como el comienzo del germinar de nuevos y específicos conceptos e instituciones mercantiles mediante la adaptación consuetudinaria de los Derechos romano, germánico y canónico.¹²

Los cambios aludidos suponen el desplazamiento del centro de gravedad del mundo económico del campo a la ciudad y la aparición de nuevas relaciones jurídicas (el tráfico de bienes muebles desplaza al de bienes inmuebles) y de nuevos sujetos del tráfico jurídico (los *mercatores*). Este término genérico agrupa a comerciantes y artesanos que trabajan libremente para dar salida a sus artículos y productos en el “mercado libre” de la ciudad. En la ciudad y su mercado va formándose un nuevo Derecho privado, individualista, flexible y dinámico apto para la regulación de la vida negocial del mercado.

El nuevo Derecho que surge en la ciudad adopta un carácter *general y uniforme* para atender mejor y de forma más eficaz las necesidades del tráfico comercial, (terrestre, fluvial y marítimo). Supuestos de esa *uniformidad* son, de un lado, la utilización generalizada de formularios y documentos notariales y, de otro lado, la aparición de las corporaciones de mercaderes (*consulados*).¹³

2.1.3. Edad Moderna: Desarrollo de la economía capitalista y consolidación del nuevo Derecho. El moderno Derecho mercantil.

¹¹ RUBIO GARCÍA- MINA, J. “Sobre...cit.” pág. 330.

¹² RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit.”, págs. 330 y 331. Sobre la significación al respecto del Derecho Canónico véase H. J. BERMAN, *La formación jurídica de Occidente*, México, 1996, págs. 211 y ss, 349 y ss.

¹³ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit.” págs. 332 a 334. Véase VIVANTE, C., *Instituciones...cit.* págs. 5 a 7.

En relación con el fenómeno en España véase la importante y bella monografía de CARANDE, R., *Sevilla, fortaleza y mercado*, incluida en *Estudios de Historia*, Tomo 2, Barcelona, 1990, págs. 19-180. Véase también el estudio monográfico de E. GACTO FERNÁNDEZ, “Historia de la jurisdicción mercantil en España”, *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, 1971, 180 págs.

Desde la Baja Edad Media en adelante comienza a desarrollarse una nueva economía que desborda los límites de la ciudad y su mercado. Rasgos fundamentales de esa nueva economía son:

1. La concepción individualista y utilitaria del uso de la riqueza.
2. Su organización racionalizada, de acuerdo con modernos métodos de contabilidad (economía capitalista).¹⁴
3. La aparición de nuevas instituciones mercantiles, entre las que destaca la *moderna empresa*, que constituye la manifestación esencial de la economía capitalista. La empresa, como organización patrimonial, como “mecanismo productivo con vida propia y liberado de todo elemento personal”, desplaza y sustituye a la familia, al gremio y a la ciudad”, y asegura la continuidad del proceso económico. Dicho proceso, en virtud del incremento de la racionalización (planificación) de la actividad mercantil potencia su capacidad productiva y sus posibilidades de ganancia (W. Sombart).¹⁵

2.2. Noción de Derecho mercantil.

Entiende J. Rubio que el Derecho mercantil es el Derecho que regula, favorece e impulsa el progreso de la economía, cosa que no sólo hacen las empresas (aunque estas sean factores decisivos en dicho proceso). De ahí, según Rubio, el error de identificar el Derecho mercantil con el Derecho de las empresas.¹⁶

Según J. Rubio el Derecho mercantil regula y favorece el desarrollo y progreso de la economía en virtud de una serie de principios y notas que introduce en el tráfico económico. Dichas notas y principios son:

1. Buena fe y equidad.
2. Libertad de contratación.
3. Seguridad del tráfico jurídico.

¹⁴ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit.” págs. 335 a 337.

¹⁵ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 336 y ss. Véase VIVANTE, C., *Instituciones...* cit. págs. 7 y ss.

¹⁶ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit. págs. 336, 339 y 340.

4. Libre competencia.
5. Afán de lucro ilimitado.
6. Racionalización de la economía.¹⁷

Desde estos supuestos J. Rubio caracteriza el Derecho mercantil como aquel que regula la actividad económico-mercantil (comercio) e impulsa y favorece el progreso económico, teniendo como uno de sus instrumentos y resortes fundamentales “la organización jurídica de la empresa”, “organismo económico, independiente y durable, despersonalizado del hombre individual y transitorio (Sombart)”.¹⁸

El Derecho mercantil puede llevar a cabo las funciones indicadas en virtud de una serie de notas y características del mismo. Estas son:

1. La limitación objetiva de la responsabilidad.
2. La autonomía patrimonial.
3. La impersonalización o deshumanización del Derecho. “El Derecho moderno del tráfico articulado en empresas y ejercitado en masa -escribe Rubio- es Derecho acordado en la nota de impersonalización”¹⁹.

2.3. Vicisitudes del moderno Derecho mercantil.

Al constituir el Derecho mercantil el sector del Derecho que tiene por objeto la regulación de la actividad económico-comercial (comercio) ello hace que la situación de dicho Derecho y su destino aparezcan, vinculados al proceso de evolución y desarrollo de la economía atravesando por diversas vicisitudes que van desde su desarrollo y expansión, pasando por sus momentos de crisis (estancamiento, contracción) hasta la posibilidad de su extinción.

En este sentido cabe mencionar los siguientes momentos:

2.3.1. Auge de la economía capitalista y expansión del Derecho mercantil.

¹⁷ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 342.

¹⁸ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit” págs. 344.

¹⁹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 344.

Dicho fenómeno se manifiesta en la creciente tendencia del Derecho mercantil, coincidiendo con los momentos culminantes del desarrollo capitalista, a invadir el ámbito propio del Derecho civil patrimonial, produciéndose el desplazamiento y sustitución de instituciones civiles por otras de carácter mercantil (mercantilización del Derecho Privado Patrimonial).²⁰

2.3.2. Crisis del sistema económico liberal y contracción del Derecho mercantil.

La crisis del sistema económico capitalista conoce dos momentos en la primera mitad del siglo XX (Guerra europea de 1914 a 1918 y la “gran depresión” de 1929). Ello originó lógicamente la crisis y consiguiente contracción, retraimiento del Derecho mercantil liberal a causa de su inadecuación y carencia de respuesta a los nuevos problemas y necesidades que planteaba la sociedad.²¹

La insuficiencia y crisis del Derecho mercantil liberal se puso de manifestación, fundamentalmente, en tres fenómenos:

a) La *Intervención del Estado* en la vida económica mediante medidas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, fundamentalmente. Ello supuso limitar y desplazar el ámbito de actuación del Derecho mercantil liberal y con ello la crisis y transformación del mismo. Éstas se pusieron de manifiesto, entre otros, en los siguientes rasgos del nuevo Derecho mercantil:

1. Limitación de la libertad de contratación y de formas características del viejo Derecho mercantil.²²

2. Impersonalización del Derecho mercantil y limitación del principio de responsabilidad mediante la atribución a la empresa de un patrimonio propio, único responsable del ejercicio del comercio.²³

²⁰ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”. pág. 346 a 348, 349 y 350

²¹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit” pág. 350. La aparición de la doctrina de la empresa y su rápido auge aparece vinculada al fenómeno de la crisis del Derecho mercantil liberal. Ibid. pág. 350. Nota 51.

²² RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 351.

²³ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit” págs. 351 y 352.

3. Infiltración en el Derecho mercantil (Derecho privado) de principios y normas de Derecho público.²⁴

b) La aparición de un nuevo Derecho: *El Derecho Económico*. Mediante él el Estado tiende a intervenir y dirigir la vida económica, supliendo así la lentitud de la capacidad de adaptación de las instituciones de Derecho privado a la nueva realidad económica y social a sus exigencias.²⁵

Así como el *Derecho mercantil* se ha caracterizado como el *Derecho Patrimonial del Capitalismo*, del *Derecho económico* se ha dicho que es el *Derecho Patrimonial del Capitalismo en "crisis"*. Su función es la de instrumentalizar la dirección de la vida económica por parte del Estado, subordinando la Economía a la Política, lo privado a lo público, en aras del interés general o bien común.²⁶

El Derecho Económico, nos indica J. Rubio, no supone, en rigor, la aparición de una nueva rama del Derecho sino sólo el cambio, la transformación, de los principios inspiradores del Derecho Patrimonial en el sentido de subordinar lo individual a lo colectivo, lo privado a lo público.²⁷

c) El nacimiento y desarrollo de una rama especial del Derecho, el *Derecho del Trabajo*, íntimamente vinculado al Derecho de la Economía (aunque no constituya una parte del mismo, como se ha pretendido)²⁸ y que constituye un sector autónomo del Derecho que regula la organización y la vida de la empresa.

²⁴ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "Sobre...cit" págs. 352 y 353.

²⁵ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "Sobre...cit" págs. 353 a 356. Véase RADBRUCH, G., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1930

²⁶ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "Sobre...cit". págs. 353 a 355 y 358 y 359. En relación con el tema que nos ocupa ha dicho Garrigues: "Cuando hablamos -escribe- de traer la economía al campo del Derecho, no queremos expresar tan sólo que todo ordenamiento económico es una parte del ordenamiento jurídico. Queremos expresar más bien una especial insinuación del Estado en el campo de la economía para disciplinar coactivamente sectores que antes escapaban a toda norma de Derecho necesario. Se trata de una extensión de la legislación económica coactiva a sectores antes extraños a ella y que estaban abandonados a la autonomía privada. A mi juicio, todo el moderno Derecho de la economía no significa más que eso: organización coactiva de sectores económicos que en la concepción liberal permanecían cerrados a la injerencia del Derecho del Estado. El Estado contemporáneo asume así un vasto movimiento de organización económica hecho a impulsos de la concentración capitalista, pero cambiando el signo y el espíritu de ese movimiento para sustituir la idea del bien común a la idea del bien individual". GARRIGUES, J. *Tres conferencias sobre el "Fuero del Trabajo"*, Madrid, 1939, págs. 17 y 18.

²⁷ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "Sobre...cit" pág. 353.

²⁸ MOSSA, L. *Principios del Derecho Económico*, Madrid. 1955. Pág. 16.

El Derecho del Trabajo, en donde se combinan principios de Derecho Público y de Derecho Privado, regula las relaciones entre los elementos personales de la Empresa (empresario y trabajadores), sacándolas de los viejos e insuficientes moldes y principios del contrato civil de “arrendamiento del trabajo”, en donde éste era considerado como una mera mercancía, y ajustándolo a principios y normas de Derecho público y de un nuevo Derecho privado impregnados y remozados por un nuevo espíritu de justicia social fundado en el reconocimiento y protección de la dignidad y los derechos de todos los trabajadores.²⁹

2.3.3. Recuperación del sistema económico capitalista y nuevo Derecho mercantil.

Las crisis económicas que conoció el orden económico capitalista, durante la primera mitad del siglo XX, y las consiguientes crisis, contracción y reformas que sufrió el Derecho mercantil liberal, con las incidencias de los Derechos Constitucional y Administrativo, Social y del Trabajo, en el orden de la vida social y económica, no implicó la desaparición del Derecho mercantil. Éste pudo y supo subsistir adaptándose a la nueva situación.³⁰

La nueva situación creada, tras la Segunda Guerra Mundial, supuso el crecimiento y auge de *una nueva economía neoliberal y capitalista*, obra de las medidas de política económica inspiradas por las escuelas norteamericanas. De la adecuación y compromiso en ese nuevo orden económico neoliberal y capitalista surgió un nuevo Derecho mercantil, de naturaleza jurídica más compleja en donde coexisten, complementándose recíprocamente, principios y normas de Derecho privado con principios y normas de Derecho público.

2.4. Hacia una caracterización del nuevo Derecho mercantil.

2.4.1. El crecimiento del nuevo Derecho mercantil y sus riesgos.

El Derecho mercantil apareció dotado de una fuerza expansiva que se manifestó en su pretensión de constituirse en el *Derecho de la vida económica*, desplazando las

²⁹RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”. págs. 360 a 362.

³⁰ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 359 a 360.

instituciones del Derecho civil y sustituyéndolas por las propias del Derecho mercantil (se habló, como ya indicamos, de la mercantilización del Derecho Civil).³¹

Debe advertirse, igualmente, que el progresivo proceso de crecimiento y expansión del Derecho mercantil, así como el consiguiente desarrollo de nuevas ramas del mismo y su posible autonomía (Derecho de la navegación, Derecho cambiario, Derecho bursátil, etc.) es algo que constituye un signo de vitalidad pero que al mismo tiempo implica el riesgo de romper la unidad del Derecho mercantil y promover la disolución del mismo tal como hasta ahora se ha venido configurando. El riesgo de ruptura y disolución del Derecho mercantil se haría realidad mediante la escisión de ramas e instituciones fundamentales del mismo, con lo cual quedaría destruida la base para una construcción unitaria del Derecho mercantil, el cual, en caso de subsistir, vería reducido su contenido a un conjunto residual de materias dispares que no comprenderían todo el comercio.³²

2.4.2. Concepto de Derecho mercantil.

Desde estos supuestos puede hacerse una caracterización del Derecho mercantil partiendo de su conexión con el Derecho civil.

El *Derecho civil* se articula fundamentalmente en tres grandes capítulos: 1. El Derecho de la persona; 2. El Derecho de familia y 3. El Derecho patrimonial que tiene por objeto la regulación del poder o dominio sobre los medios que constituyen genéricamente la idea de riqueza.³³

A partir de estos supuestos puede decirse, desde una “perspectiva histórica”, que el *Derecho mercantil* es una parte del Derecho privado (del Derecho civil patrimonial en su general acepción) transformada para adecuarse al espíritu y a la organización capitalista, que regula gran parte de la vida económica, especialmente el tráfico y el poder sobre bienes muebles (la economía capitalista tiene un carácter eminentemente mobiliario),³⁴ si bien, a partir de la segunda mitad del siglo XX, con la aparición y expansión del negocio

³¹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 346 a 349.

³² RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 349.

³³ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”. pág. 366.

³⁴ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit” págs. 367 y 368.

de la construcción urbana, el ámbito del Derecho mercantil se ha extendido también al negocio inmobiliario urbano.

Desde estos supuestos puede decirse, siguiendo a Jesús Rubio, que el Derecho mercantil, en cuanto Derecho que se ocupa de la regulación y ordenación del comercio, está constituido por el conjunto de normas de Derecho Civil Patrimonial modificadas para favorecer determinadas formas de desarrollo de la vida económica, fomentando y protegiendo la expansión de la economía capitalista. Ésta presenta como rasgos característicos: 1) El espíritu de lucro, 2) La contratación en masa y 3) La organización planificada de la empresa.³⁵

Desde la perspectiva histórica adoptada se comprende, fácilmente, que, según J. Rubio, el Derecho mercantil no sea sino una parte dentro del sistema general del Derecho Privado Patrimonial y que Derecho civil y Derecho mercantil no constituyan dos sistemas jurídicos separados sino un sólo sistema.³⁶

2.4.3. Naturaleza del Derecho mercantil.

Como acabamos de indicar el Derecho mercantil forma parte del Derecho Privado pero su naturaleza es compleja (no posee un carácter exclusivamente privado) lo que hace muy difícil una nítida y precisa caracterización del Derecho mercantil, tanto desde el punto de vista formal como material.

2.4.3.1. Perspectiva formal.

Desde este punto de vista es preciso subrayar la existencia en el Derecho mercantil de principios y normas de diferente naturaleza y condición.

Así tenemos:

2.4.3.1.1. Lo público y lo privado en el Derecho mercantil.

³⁵ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "Sobre...cit" págs. 372 373.

³⁶ RUBIO GARCÍA-MINA, J., "Sobre...cit" pág. 372.

Reconocida la crisis de la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado lo cierto es que en numerosas ramas del Derecho los principios que sirven para esa distinción –más ideal que real y efectiva- coexisten en las mismas de manera que respecto de ellas no resulta posible afirmar, taxativamente, qué ramas constituyen el Derecho Público puro y cuáles el Derecho Privado puro. Ello es la consecuencia de que las categorías público y privado no existen en la realidad en estado puro. En todas las ramas del Derecho coexiste lo público y lo privado, predominando en unas lo público (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal,...) y, en otras, lo privado (Derecho Civil, Derecho Mercantil).³⁷ Así sucede lógicamente, como ya se ha adelantado, con el actual Derecho Mercantil, en donde conviven de modo manifiesto normas de estricto carácter privado y normas de naturaleza pública (las relativas a la regulación de mercados, de la competencia, de las bolsas de comercio, etc.).

En el Derecho mercantil, igual que en otras ramas del Derecho, cabe distinguir dos tipos de normas:

- *Las normas indispensables* para la conservación de la comunidad, de carácter obligatorio e inderogable (*ius cogens*), que tendrían carácter público.³⁸

- Y normas de *Derecho dispositivo* (*ius dispositivum*) reguladoras de las relaciones jurídicas que –en interés tanto de la comunidad como de los particulares- deben dejarse a la iniciativa particular, privada (*ius dispositivum*) y que constituirían normas de naturaleza privada.³⁹

2.4.3.1.2. Lo especial y lo excepcional en el Derecho mercantil.

En relación con el Derecho civil la doctrina se ha planteado el problema, y discutido, acerca de si el Derecho mercantil tiene un carácter especial o excepcional.

La respuesta a la cuestión no es unánime, y quizá no pueda serlo, porque ello depende, entre otras circunstancias, de la perspectiva o punto de vista con que se plantee y estudie el problema. En este sentido cabe advertir que caben, entre otras, dos respuestas:

³⁷ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, págs. 364 y 365.

³⁸ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 364.

³⁹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 364.

a) *El Derecho mercantil es un Derecho especial*, pero sólo en el sentido y modo en que lo son, dentro del Derecho civil, el Derecho Hipotecario, el Derecho de Aguas, el Derecho de Minas, etc. que, en virtud del art. 16 del Código Civil, se ocupan de materias que están reguladas por leyes especiales.⁴⁰

b) Desde otra perspectiva, y en la medida en que el Derecho mercantil supone una desviación del Derecho patrimonial precapitalista, integrado por un sistema de normas nuevas, cabe admitir que constituye un *Derecho excepcional*; esto es, un Derecho cuya especial significación consiste en constituir un sistema de normas derogatorias del viejo Derecho patrimonial tradicional, que tiene por finalidad regular de la forma más adecuada y eficaz un tráfico jurídico mercantil, (un determinado sistema de relaciones y materias), en gran parte nuevo.⁴¹

2.4.3.2. Perspectiva material.

La doctrina está de acuerdo, en su gran mayoría, en que los “límites” que separan el Derecho mercantil del Derecho civil son artificiales y arbitrarios, dependiendo, en el espacio y en el tiempo, de la voluntad del legislador. Ello explica que la frontera entre el Derecho mercantil y el Derecho civil sea siempre “movediza”.⁴²

En este sentido ha habido (Lyon-Caen y Renault), y quizá haya quien entienda que, dado el carácter “artificial” de la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, dicha distinción, posiblemente, esté llamada a desaparecer.⁴³

Frente a esta posición otro sector de la doctrina entiende que el Derecho mercantil tiene su propia razón de ser, su propia sustantividad, aunque no pueda determinarse de modo unitario y permanente la *materia propia del comercio*, regulada por él.

En este sentido ha escrito J. Garrigues: “Es inútil pretender un criterio que justifique la demarcación legislativa de lo que en cada país constituye Derecho Mercantil.

⁴⁰ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 369.

⁴¹ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 369 a 371.

⁴² RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 368.

⁴³ RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit”, pág. 368 y 369.

Las razones que haya tenido el legislador para llevar ciertas materias al Código de comercio y prescindir de otras, son de varia naturaleza. (A veces la simple imitación de una legislación extranjera). De aquí la imposibilidad de reflejar la esencia del Derecho mercantil en una definición descriptiva de las materias sometidas a la legislación mercantil, cuyas fronteras son siempre movedizas”.⁴⁴

II. EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DEL MERCADO (NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN CIENTÍFICA DEL PROF. M. OLIVENCIA RUIZ)

1. El problema de la Ciencia y el Derecho mercantil.

1.1. La Ciencia y su objeto.

La primera tarea de toda Ciencia, recuerda el Prof. Olivencia es definir su objeto, acotando el ámbito del mismo. En este sentido, nos dice Olivencia: “Cada científico tiende a plantearse su propio concepto del conjunto de conocimientos que constituye objeto de su estudio”.⁴⁵ Ahora bien, debe advertirse, como lo hace M. Olivencia, que el recorrido de la tarea científica, dado su carácter dialéctico, no es rectilínea, ni unidireccional. Indica Olivencia en este sentido: “que la Ciencia no es sólo avance, sino revisión; que no hay metas alcanzadas, sino propuestas; que enseñar, más que impartir conocimientos, es proponer pensamientos, someterlos a crítica y a contraste; que el docente –concluye diciendo- ha de mirar, el pasado, sin convertirse en estatua de sal, y al futuro, sin convertirlo en ficción”.⁴⁶

Todo esto que se dice respecto del saber científico en general debe ser tenido en cuenta en relación con la Ciencia del Derecho mercantil.

1.2. El Derecho mercantil como Ciencia jurídica. Su especial complejidad.

⁴⁴ GARRIGUES, J. *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, pág. 23, cit. por RUBIO GARCÍA-MINA, J., “Sobre...cit” pág. 369.

⁴⁵ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo, la Lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura*, (Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla). Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999, págs. 12 y 13.

⁴⁶ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 57.

La especial complejidad del Derecho mercantil deriva del hecho de que su materia o contenido, como el de toda ciencia jurídica es, por esencia, mudadizo, cambiante, y de que su ámbito, sus confines no son claros ni permanentes.⁴⁷

Ese carácter cambiante y mudadizo del objeto de la Ciencia jurídica se acentúa y agrava en el caso del Derecho mercantil como consecuencia de su radical *historicidad* y *especialidad*.

Así tenemos que la *historicidad*, el cambio, la no permanencia, es algo que afecta al Derecho mercantil en una pluralidad de dimensiones. En este sentido cabe destacar:

1. El hecho de su propia existencia como sistema normativo y como ciencia que tiene por objeto su estudio. El Derecho mercantil –como norma y como ciencia- es el *resultado de un proceso histórico*, contingente y no necesario; es una *categoría radicalmente histórica*.
2. Carácter histórico, no permanente y sí cambiante y mudadizo, tiene el contenido normativo del Derecho mercantil, *la materia*, el sector de la *realidad social*, que debe regular dicho Derecho.
3. La misma *noción del Derecho mercantil*, al articularse sobre una realidad histórica, cambiante, y pretender aprehender y explicar en qué consiste su substancia, lógicamente se nos presenta, no como una categoría permanente, sino como algo relativo, cambiante, mudadizo.⁴⁸

De otro lado, la *especialidad*, como dimensión constitutiva del Derecho mercantil respecto del tronco común del Derecho Privado, es una circunstancia más que agrava y dificulta la tarea científica de fijar, aprehender y explicar, mediante el adecuado sistema y las correspondientes y precisas categorías conceptuales, qué sea y en qué consista el Derecho mercantil.⁴⁹

El cambio consustancial a todo Derecho vigente, vivo, adquiere en el Derecho mercantil una mayor rapidez, celeridad, como consecuencia y exigencia de las específicas

⁴⁷ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo...*cit, págs. 12 y 13.

⁴⁸ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...*cit., págs. 13 y 17

⁴⁹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...*cit., pág. 13.

materias reguladas por él. Dos son según M. Olivencia los factores que impulsan ese cambio: *Factores de tipo técnico y factores ideológicos*.

Los factores de tipo ideológico son múltiples y complejos. Dentro de los mismos cabe situar las ideas políticas, económicas y religiosas de quienes dictan las normas.⁵⁰ Piénsese, por ejemplo, en la importancia atribuida a la ética protestante en la génesis y desarrollo del capitalismo.⁵¹

Respecto de *los factores de tipo técnico* baste citar el influjo que en la economía y el comercio han tenido, el maquinismo, el desarrollo industrial, el desarrollo de las comunicaciones, terrestres, marítimas y aéreas, la producción en masa, el desarrollo de las telecomunicaciones, la electrónica, la informática, etc.⁵²

2. La historicidad en la doctrina del Derecho mercantil.

Como ya se ha indicado, la historicidad es una circunstancia que afecta no sólo al Derecho como sistema normativo (a sus contenidos) sino también al aparato conceptual y doctrinal mediante el cual ha de comprenderse y explicarse científicamente el contenido y la significación de toda rama del Derecho, en este caso, del Derecho mercantil.

Desde esta perspectiva, Olivencia es consciente de que al enfrentarse con el estudio y análisis del Derecho mercantil vigente y su doctrina está tratando con una realidad histórica y que, por su condición de histórica, ha de ser entendida, comprendida desde una perspectiva histórica. Dicho planteamiento histórico obliga a tener presente el proceso de evolución y cambio experimentado por los mismos (por el contenido del Derecho y su doctrina) y gracias al cual el Derecho actual y su doctrina han llegado a ser lo que son.

En este sentido el Prof. Olivencia, antes de aventurar su concepción del Derecho mercantil, y con el fin de dar una mayor perspectiva de fondo a sus ideas –que, como sucede siempre, son en gran parte deudoras, por activa o por pasiva, de ideas precedentes-

⁵⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 18.

⁵¹ WEBER, M. *La Ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, 1955.; TROELTSCH, E. *El protestantismo y el mundo moderno*, México, 1958

⁵² OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 17, 18, 53 y 54.

hace un breve esbozo de las diferentes etapas de la doctrina del Derecho mercantil. Entre esas etapas hace especial hincapié por su importancia decisiva en las representadas por:

1. *La etapa subjetiva.* En ella el *Derecho mercantil* es entendido como *ius mercatorum*, como Derecho personalista, gremial, de una clase de personas, los mercaderes, (*mercatores*), que realizan su actividad económica profesional (intermediación lucrativa en la circulación de mercancías) en un específico lugar: el mercado (*mercatus*).⁵³

2. *Etapa objetiva* determinada por la estatalización y nacionalización del Derecho mercantil y la plasmación en el mismo de los principios de la Revolución Francesa: la libertad y la igualdad. Con ello el Derecho mercantil, al ser todos los hombres libres e iguales, pierde toda significación gremial, clasista, privilegiada y busca un criterio objetivo delimitador. Este criterio lo encuentra el Derecho mercantil revolucionario y liberal en la idea de *acto de comercio objetivo*.⁵⁴

Ante la dificultad con que tropieza la ciencia para definir el acto de comercio, el criterio cualificador de lo mercantil lo busca, de forma sucesiva la doctrina,

- en la *repetición masiva* de los actos de comercio;
- en la *empresa* como organización económica necesaria para llevar a cabo la realización de actos de comercio en masa. *La teoría de la empresa* (Wieland, Mossa, Polo) ven el Derecho mercantil como el Derecho “regulador de las empresas”, de las “unidades económicas organizadas” (A. Polo).⁵⁵

3. *La etapa mixta* en la cual se combinan y conectan lo objetivo y lo subjetivo. Lo subjetivo de la referencia al empresario y lo objetivo de los actos empresariales, del instrumento de su actuación, la empresa, y del lugar (mercado) en donde tiene lugar la actividad empresarial o mercantil. Esta nueva fase de la doctrina del Derecho mercantil surge como reacción a la imagen deshumanizadora e impopular con la que la doctrina de la

⁵³ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 18 y 19.

⁵⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 19.

⁵⁵ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 20.

empresa marca al Derecho mercantil, al eclipsar la individualidad, la libertad, la voluntad y los demás derechos de la persona.⁵⁶

El momento subjetivo de esta nueva etapa estará constituido por el interés que suscita la figura del *empresario*. R. Uría, en una de las últimas ediciones de su obra, concibe el Derecho mercantil como “Derecho ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa, o, para ser más precisos –dice-, Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios en el mercado”.⁵⁷

En el contexto de esta etapa mixta es donde se desenvuelve la teoría del Prof. Olivencia.

3. La posición doctrinal del Prof. M. Olivencia Ruiz.

El Prof. Olivencia es consciente, desde el principio, de la “relatividad del concepto de Derecho Mercantil como categoría histórica”, y de que “la ciencia no es sólo avance, sino revisión; que no hay metas alcanzadas, sino propuestas”.⁵⁸

Desde estos supuestos conviene fijar en la trayectoria intelectual del Prof. Olivencia su punto de partida y su punto de llegada.

3.1. Punto de partida.

Formalmente, ese punto de partida habría que situarlo –él así lo hace- en 1960, cuando, en el curso de las oposiciones celebradas para cubrir la cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Sevilla, defendió, ante el tribunal que le propuso para dicha Cátedra, su *Memoria sobre Concepto, Método y Fuentes del Derecho Mercantil*, memoria que permaneció inédita.

⁵⁶ LANGLE Y RUBIO, E. *Manual de Derecho mercantil*, T.I, Barcelona, 1950, págs. 51 y 52.

⁵⁷ URÍA, R. *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 6; OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 20.

⁵⁸ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 17 y 57.

En dicha memoria Olivencia parte de una crítica a la *teoría de la empresa*, (el Derecho mercantil como Derecho de la empresa), hasta entonces muy arraigada, al menos en un sector de nuestra doctrina, mostrando la insuficiencia de la misma.

El tema de moda hacia 1960 era el de la crisis del Derecho mercantil señalando como causa de la misma, incluida la teoría de la empresa, la tensión, la contradicción, entre las necesidades y exigencias del desarrollo del Derecho mercantil (exigencias de la *naturaleza de la cosa* diríamos) y el marco y los postulados políticos vigentes (J. Garrigues). En relación con la denominada crisis del Derecho mercantil, dice M. Olivencia: “...distanciándome aquí de las enseñanzas del maestro (J. Garrigues), negaba yo que pudiese culparse de la crisis a la empresa. No es crisis –afirmaba yo-, sino *inexactitud conceptual* la que introduce en el Derecho Mercantil la doctrina de la empresa; porque la empresa como organización económica no sirve de elemento delimitador del Derecho Mercantil, que, en conclusión, no puede definirse como Derecho de la empresa. «El error está precisamente en la doctrina que eligió la empresa como núcleo central del Derecho Mercantil»”.⁵⁹

La tesis de Olivencia es poner de relieve la inexactitud de la ecuación *Derecho mercantil = Derecho de la empresa*. La argumentación de Olivencia tiene una doble dimensión: De un lado, arguye Olivencia que en la organización, estructura interna y funcionamiento de la empresa no intervienen las normas del Derecho mercantil que a este respecto “se para a las puertas de la organización”.⁶⁰

De otro lado, subraya Olivencia que la empresa está penetrada e impulsada por normas jurídicas pertenecientes a otras ramas del Derecho (Derecho del trabajo, Derecho de la economía o Derecho Público Económico...).⁶¹

La conclusión que extrae Olivencia de todo ello es que “la empresa no puede servir nunca como elemento delimitador de ninguna rama jurídica (y por tanto no lo puede ser del Derecho mercantil), porque no es objeto exclusivo de ninguna de ellas”.⁶²

⁵⁹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 21.

⁶⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 21.

⁶¹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 21.

⁶² OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 21.

Al poner de manifiesto las insuficiencias y errores de la doctrina de la empresa lo que pretendía Olivencia era encontrar “la verdadera base sobre la que asentar el concepto de nuestro Derecho Mercantil”.⁶³ El nuevo criterio calificador de la materia regulada por el Derecho mercantil, lo encontró Olivencia en dos datos directamente conectados, sugeridos por la idea de empresa. Esos datos eran las ideas de empresario, titular de la empresa, y su actividad mercantil, entendida como *actos de empresa*. De este modo “el Derecho Mercantil –explica Olivencia- seguía siendo el Derecho de una clase de personas (*empresarios*) y de una clase de actos (*actos de empresa*), pero caracterizados precisamente –personas y actos- por su vinculación con la empresa, un dato –apostilla Olivencia- que podía dar unidad, realidad y armonía al sistema. La empresa se convertía así en «*presupuesto, concepto económico previo y criterio calificador*»”.⁶⁴

A las ideas de empresario y actos de empresa une Olivencia la de *mercado* como indicación del destino de la actividad de la empresa, “unidad económica de producción de bienes y servicios para el mercado”.⁶⁵

Sobre estos supuestos construye M. Olivencia, entre los años 50 y 60, su concepción del Derecho mercantil, cuyo núcleo esencial viene constituido por el *estatuto del empresario* y “la *actividad externa* propia de la empresa y sus instrumentos, en su actuación en el *mercado*”, colocando en él sus bienes o servicios.⁶⁶

Esta concepción marca la línea y dirección en la que se desarrolló la doctrina del Derecho mercantil por obra de otros mercantilistas de su misma generación y escuela (M. Broseta Pont,⁶⁷ F. Sánchez Calero⁶⁸ y otros), así como sus respectivos discípulos.

⁶³ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo* ...cit., pág. 21.

⁶⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo* ...cit., pág. 22.

⁶⁵ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo* ...cit., pág. 22.

⁶⁶ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo* ...cit., pág. 22 y 23.

⁶⁷ El Prof. Broseta Pont, teniendo en cuenta los tres elementos esenciales del Derecho mercantil empresario, empresa y actividad económica del empresario realizada por medio de la empresa, define el Derecho mercantil como “el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa”. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1972, pág. 55. Véanse las págs. 53 y ss.

⁶⁸ F. SÁNCHEZ CALERO definía el Derecho mercantil en 1981 (8ª ed. de su manual) como “la parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica”, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit. pág. 14. Veinte años después mantendría sustancialmente la misma definición añadiendo el leve matiz de la referencia al mercado. En el año 2004 Sánchez Calero define el Derecho mercantil como “la parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el

3.2. Punto de llegada: Hacia una nueva concepción del Derecho mercantil.

3.2.1. Supuestos de la nueva concepción del Derecho mercantil.

Cuarenta años después, en el Discurso de Apertura del Curso 1999-2000, circunstancia que coincide con la de su jubilación, el Prof. Olivencia medita sobre el sentido de ese espacio de tiempo y lo ocurrido durante el mismo y la impresión primera y más profunda que experimenta es la de que “*sólo el cambio permanece*”.⁶⁹ Ha cambiado la sociedad y la economía ha cambiado el marco jurídico y político de España, y, en conexión con todo ello, también han cambiado –han estado cambiando continuamente– sus concepciones científicas. Y ello porque la ciencia, como el mismo Prof. Olivencia ha dicho, “no es sólo avance sino revisión”,⁷⁰ y ello, se mire por donde se mire, implica un cambio continuo. La Ciencia, la reflexión científica, como manifestación de un espíritu inquieto, preocupado, y ávido de conocer no puede ser en sus manifestaciones y concreciones algo estático sino pura dinamicidad: un fluir continuo que no tiene fin. De ahí que la concepción del Derecho mercantil desarrollada en su *Memoria de Cátedra*, cuarenta años antes, se haya ido transformando y tienda a cristalizar, a la altura del año 2000, en una nueva concepción del Derecho mercantil.

Esta nueva concepción acuñada por el Prof. Olivencia no se debe a un capricho, a la exquisitez puramente conceptual de quien se complace en la “deconstrucción” y reconstrucción de conceptos, tal como sucedió en alguno de los seguidores de la *jurisprudencia conceptual*, devotos de las leyes de la construcción jurídica (positiva, lógica y estética) formuladas por el joven Ihering.⁷¹

La nueva concepción del Prof. Olivencia obedece a una necesidad intelectual, científica y social exigida por el fenómeno del cambio. Un fenómeno que en la segunda mitad del siglo XX, alcanza a los más diversos y profundos estratos de la sociedad española. A este respecto cabe reseñar:

ejercicio de su actividad profesional en el mercado”, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, en colaboración con J. Sánchez-Calero Guilarte, vol. I, Madrid, 2004, pág. 18.

⁶⁹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 23 y 24.

⁷⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 57.

⁷¹ IHERING, R. von, *El espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1997, págs. 193 y ss.

1. *Cambio económico*: Paso del subdesarrollo al desarrollo. Plan de estabilización de 1959 y Planes de desarrollo de los años sesenta y setenta.⁷²
2. *Cambio social*: Paso de la depauperación y la pobreza económicas de más de la mitad de la población (tres cuartas partes a comienzos del XX) a una nueva sociedad de amplias y estables clases medias que llega incluso a configurarse como sociedad de consumo.
3. *Cambio cultural*: Destierro del mal endémico del analfabetismo y acceso generalizado a la escuela y a la Universidad, y a altos puestos de la Administración Pública y de la empresa privada, de la que, en otros tiempos, se denominó clase baja, pobre o proletaria.
4. *Cambio político*: Transición de un régimen autocrático, de una “dictadura de desarrollo” –en la clara y rigurosa concepción del Prof. R. Fernández-Carvajal,⁷³ a una moderna Monarquía Parlamentaria, vertebrada y articulada por *la Constitución de 1978*, Monarquía que ha impulsado y desarrollado una nueva política internacional que culmina con la integración de España en la Unión Europea.⁷⁴

3.2.2. Perfiles de la nueva concepción del Derecho mercantil.

Subraya Olivencia que la *Constitución de 1978* afecta al fundamento mismo del Derecho mercantil que ha de ser entendido y reconstruido desde los supuestos del marco de la llamada “*Constitución Económica*”.⁷⁵

Dicha *Constitución Económica* comprende unos principios que lógicamente afectan a toda la vida económica, al mercado, como centro de la misma, y a la configuración del nuevo Derecho mercantil.

3.2.2.1. Principios económicos fundamentales.

Dichos principios económicos fundamentales son:

⁷² OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 24 y 25.

⁷³ FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R. *La Constitución Española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, págs. 81 y ss.

⁷⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 25 y 26.

⁷⁵ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 26.

1º. El principio de la “*economía de mercado*” (art. 38 C.E.), dentro del cual se inscribe la libertad de empresa, sus garantías y sus límites.⁷⁶ Dentro de la dinámica de la “*economía de mercado*” la “*libertad de empresa*” debe armonizarse con los principios de,

- Coiniciativa económica (art. 128.2 C.E.).
- Productividad (art. 38 C.E.).
- Defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 C.E.)⁷⁷

2º. El principio rector de *libre competencia* que es elemento constitutivo de la *economía de mercado*.⁷⁸

3º. El principio de la *unidad de mercado*. Dicho principio silenciado por la C.E. en contraste con nuestra tradición constitucional (pero presupuesto por el principio de unidad jurídica) hace referencia a todo el territorio nacional, sin que la articulación territorial del Estado en “Comunidades Autónomas” pueda suponer fragmentación alguna del mercado único.⁷⁹

Como indica Olivencia, sólo sobre la base de un mercado único es como “se justifica el principio de unidad jurídica, en cuya virtud la C.E. atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6ª C.E.).⁸⁰

3.2.2.2. El mercado como institución fundamental del mundo mercantil.

3.2.2.2.1. Noción de mercado.

De los principios económicos anteriormente enunciados se infiere que el mercado constituye una institución básica de la economía y del Derecho mercantil. Se trata del mercado (*mercatus*) entendido como lugar en donde se centra y por donde discurre el

⁷⁶ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 26 y ss.

⁷⁷ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 26 a 29. Sobre el tema de la defensa de consumidores y usuarios véase RUBIO LLORENTE, F., “El principio constitucional de defensa de consumidores y usuarios”, Conferencia pronunciada el día 27 de mayo de 1994 en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 1995, 23 págs.

⁷⁸ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 29 y ss.

⁷⁹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 30.

⁸⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 30.

tráfico comercial (oferta y demanda de bienes y servicios) para cuya regulación y garantía nació el Derecho mercantil.⁸¹

3.2.2.2.2. Caracteres del mercado.

El mercado como institución fundamental, central del comercio aparece caracterizado por las notas de:

- a) *Unidad* (diferente de la uniformidad), que es una exigencia de la igualdad y libertad de los ciudadanos. Afecta a la circulación de bienes, capitales y personas y a las condiciones del ejercicio de una actividad económica.⁸²
- b) *Uniformidad normativa*, consecuencia lógica de la atribución exclusiva al Estado de la competencia sobre legislación mercantil (art. 149.1.6ª, C.E.)⁸³
- c) *No admisión de especialidades accidentales*. Se trata de una exigencia que supone la uniformidad del Derecho privado que exige la unidad del mercado al Derecho regulador de éste. La constitución ha admitido en el Derecho civil la reserva de los Derechos forales o especiales, reserva que, a juicio del Prof. Olivencia, no debe, no puede, romper la uniformidad del Derecho privado que impone la unidad de mercado.⁸⁴

Junto a las notas indicadas debe hacerse referencia a la *elasticidad o expansividad* del mercado como exigencia lógica del tráfico comercial, exigencia que se acentúa en los tiempos actuales. Se trata, en el fondo, de un proceso natural (inscrito en la *naturaleza de la cosa*) que se hace patente en la progresiva ampliación y consolidación de mercados. Si en el pasado ese proceso se manifestó con el paso del mercado de la ciudad (mercado local) al mercado nacional, en nuestros días ese proceso continúa, con fuerza creciente, con el paso a mercados supranacionales (como acontece en el espacio europeo con el *Mercado Común*) apuntando claramente a la consolidación de un mercado mundial.⁸⁵ Dicho proceso

⁸¹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 30.

⁸² OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 44 y ss.

⁸³ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 47 y ss.

⁸⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 50 y ss.

⁸⁵ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 37, 38, 42 y ss.

expansivo del mercado exige, indica Olivencia, un *nuevo Derecho convencional* (leyes paccionadas, *-lex contractus-* y costumbres) para suplir las carencias o corregir las deficiencias de los Derechos objetivos nacionales y la falta de un ordenamiento mundial.⁸⁶

3.2.2.2.3. Función del mercado en relación con el Derecho mercantil.

El mercado, según M. Olivencia, se perfila así, en los ámbitos nacional, europeo y mundial como el nuevo concepto delimitador de la materia mercantil. Se trata, dice Olivencia, de una categoría no jurídica sino económica que opera como criterio que delimita y define el sector de la realidad regulado por el Derecho mercantil.⁸⁷ El mercado, como ámbito económico de oferta y demanda, de intercambio de bienes y servicios, permite fácilmente la observación e identificación de los elementos subjetivos que en él operan (empresarios, agentes, consumidores...), la actividad que en él se lleva a cabo y las empresas que producen y suministran los bienes y servicios que circulan en el mercado.⁸⁸

3.2.2.3. Nueva concepción del Derecho mercantil.

3.2.2.3.1. Importancia del concepto de Derecho mercantil.

Indica Olivencia que la preocupación por un concepto claro y preciso de qué sea y en qué consista el Derecho mercantil no obedece tanto a una inquietud puramente académica como a la necesidad de preservar la unidad de su contenido normativo evitando su fragmentación. No otra cosa fue lo que pretendió en su momento la codificación de dicho Derecho y lo que impulsa la actual pretensión, coherente con el principio de la unidad de mercado, de buscar la uniformidad normativa de la legislación mercantil. Esta legislación, por exigencias técnicas, ha desbordado los cauces del Código y se articula en un complejo de leyes especiales a las cuales el desenvolvimiento normal de la vida del mercado exige uniformidad.⁸⁹

3.2.2.3.2. Contenido del Derecho mercantil.

⁸⁶ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 38 y 39.

⁸⁷ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 39.

⁸⁸ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 48 a 50.

⁸⁹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 51 y 52.

La actual materia que regula el Derecho mercantil desborda con mucho el ámbito de la empresa (estatuto del empresario, actividad externa de la propia empresa). El empresario es hoy sólo uno de los sujetos que actúa en el mercado. Junto a él aparecen los sujetos que actúan como profesionales en otros sectores y no son empresarios (artesanía, agricultura, publicidad, profesionales libres...) y los consumidores.

Debe subrayarse en este sentido la importancia para el Derecho mercantil de los “actos de consumo” típicos de todo mercado, y que constituyen el fin de toda economía de mercado.⁹⁰

El ámbito de lo mercantil ha crecido enormemente, incluyendo el sector primario de la economía, en particular, el agrario, ganadero y artesanal, quedando excluido el mercado laboral cuya regulación corresponde al Derecho del Trabajo.⁹¹ Dejando a un lado la incidencia del Derecho público en el mercado, y ciñéndonos al Derecho privado del mercado, dice M. Olivencia Ruiz: “...reconozcamos que ni la empresa ni el empresario lo son todo en el Derecho mercantil; que no son criterios idóneos para calificar la materia por éste regulada, ni los protagonistas únicos de la competencia, ni de la publicidad, ni de la titularidad de los derechos de propiedad industrial, ni de los valores, ni de otros instrumentos del tráfico mercantil. De otra parte –añade– el llamado estatuto del empresario no define ya derechos y obligaciones específicos de éste, sino que se diluye entre una variedad de titulares no empresarios. El Registro Mercantil abre sus libros a la inscripción de personas que no tienen la calificación jurídica de empresarios; la llevanza de contabilidad es obligación que se extiende, por razones fiscales, a otros sujetos tributarios, y pierde su especialidad mercantil en materia de prueba; el tratamiento específico de la insolvencia de los empresarios cede ante la tendencia a la unidad de disciplina y de régimen jurídico, superadora de la distinción entre el carácter civil o mercantil del deudor”.⁹²

3.2.2.3.3. Concepto, naturaleza y fin del Derecho mercantil.

⁹⁰ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 32 a 36 y 40 a 43.

⁹¹ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 49.

⁹² OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 47 y 48.

El Derecho mercantil, en opinión de M. Olivencia, puede caracterizarse diciendo que es aquel que tiene por objeto la regulación del mercado (el *Derecho del mercado*). El Derecho mercantil como Derecho privado regulador del mercado –indica Olivencia– está integrado por un conjunto de normas “de orden público o privado, que regulan el mercado, cuyo ámbito geográfico delimita con el calificativo de *nacional*”; El Derecho mercantil es “Derecho privado regulador del mercado nacional”.⁹³

El Derecho mercantil, en cuanto Derecho de mercado tiene como misión, nos explica Olivencia, la regulación y protección de los intereses “objetivos del correcto funcionamiento del mercado en las relaciones *inter privatos*, y, en última instancia, los de los consumidores frente a posibles abusos, esto es, frente a un incorrecto funcionamiento del mercado en aquellas relaciones”.⁹⁴

III. CONCLUSIONES

1. Razones, posibilidades y límites del Derecho mercantil.

La existencia de un orden económico que precisa de una regulación jurídica y, en especial, el fenómeno del comercio en un mercado de libre competencia ha permitido, dentro del proceso de desarrollo del orden jurídico y económico, la génesis y expansión de esa rama del Derecho que se conoce con la denominación de Derecho mercantil.

En cuanto tal el Derecho mercantil se ha caracterizado históricamente como una rama o sector del Derecho privado patrimonial. El problema de su autonomía y caracterización está en función de tres factores fundamentales:

1. El modelo o tipo de tráfico económico patrimonial de cuya ordenación debe ocuparse.

2. De las funciones que el poder público debe llevar a cabo, en cada momento, en relación con el orden económico.

⁹³ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, pág. 32.

⁹⁴ OLIVENCIA RUIZ, M. *De nuevo ...cit.*, págs. 49 y ss.

3. De la existencia en unos criterios formales que permitan establecer la distinción entre el Derecho civil patrimonial y el Derecho mercantil.

Se trata de un problema que sólo puede abordarse y encontrar respuesta satisfactoria planteándolo desde una perspectiva histórica (económica, jurídica y política).

Como hemos visto en el resumen del artículo del Prof. Jesús Rubio, el Derecho mercantil es un fenómeno histórico cultural que ha conocido diversas vicisitudes. Las fundamentales son:

- a) Su génesis y nacimiento en conexión con la ciudad medieval y su mercado.
- b) Su desarrollo y auge en la Edad Moderna con el nacimiento y expansión de la economía capitalista y, en especial, con la aparición del Estado liberal.
- c) Momentos de contracción y crisis como consecuencia de fenómenos políticos (Guerra Mundial de 1914-1918) y económicos (la gran depresión de 1929). Estos fenómenos exigieron el intervencionismo estatal y la aparición del *Derecho económico* (Derecho de la economía capitalista en crisis) que supusieron la crisis y el debilitamiento del Derecho mercantil en cuanto Derecho privado.
- d) En algunos países esas crisis promovieron cambios políticos y económicos que determinaron la desaparición del Derecho mercantil. Esto es lo que sucedió en la Rusia soviética donde la implantación del comunismo (desaparición de la propiedad privada y la tipificación como delictiva de toda actividad que persiguiese el lucro privado) hacía innecesaria e imposible la existencia de un auténtico Derecho mercantil.
- e) La superación de la crisis económica tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) mediante la aplicación de nuevas doctrinas y técnicas económicas hizo posible el renacimiento y una poderosa expansión del orden económico capitalista (neocapitalismo) y con ello, el crecimiento nunca visto del Derecho mercantil, que se configura como el Derecho del neocapitalismo y de la economía de un mercado globalizado.

2. Caracterización del Derecho mercantil.

2.1. El problema del objeto material del Derecho mercantil.

La caracterización del Derecho mercantil no puede hacerse en función de su objeto *material*: Regulación de las relaciones económicas patrimoniales. Esas relaciones patrimoniales fueron en principios *mobiliarias*. Actualmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX, comprende también relaciones económicas *inmobiliarias*. Ha surgido un pujante comercio inmobiliario cuyo sujeto más característico es el constituido por las empresas inmobiliarias.

Como decíamos, en función de dicho objeto material, el Derecho mercantil no puede diferenciarse sustancialmente del Derecho civil patrimonial. Desde el punto de vista patrimonial la frontera, cambiante siempre, que separa el Derecho civil patrimonial y el Derecho mercantil está en función del modelo económico existente en cada momento y, en última instancia, de la voluntad del legislador que es quien puede determinar qué actos o negocios jurídicos patrimoniales tienen condición civil y cuáles naturaleza mercantil.

2.2. El objeto formal del Derecho mercantil. El Derecho mercantil como Ciencia jurídica específica.

Toda ciencia –y dentro de ella las ciencias jurídicas- implican, en cuanto conocimiento, dos cosas:

1.- La precisa acotación y concreción de la realidad a estudiar. Ello es lo que constituye su *objeto*.

2.- La adecuada elección del *método o métodos* para el riguroso conocimiento de esa realidad.

El objeto del conocimiento científico es un sector de la realidad que constituye su *objeto material* (el cuerpo humano, la flora o vegetación, la economía, etc.). Pero lo que eleva un saber a la condición de ciencia no es tanto su objeto material sino la específica

perspectiva desde la cual estudia ese objeto. Ello es lo que constituye, según la epistemología, su *objeto formal*. En virtud de él es posible diferenciar como *ciencias específicas* (anatomía, fisiología, patología, etc.) saberes que tienen el mismo objeto material: el cuerpo humano, en el supuesto de las ciencias que acabamos de mencionar.

En relación con el Derecho privado patrimonial sucede lo mismo. Derecho civil patrimonial y Derecho mercantil se definen y constituyen como ciencias específicas en virtud de su *objeto formal*.

Surge aquí un *problema*:

1°. Desde el punto de vista del objeto formal tanto el Derecho civil patrimonial como el Derecho mercantil constituyen disciplinas científicas de carácter dogmático.

2°. El Derecho mercantil forma parte del Derecho privado patrimonial, constituyendo, en relación con el Derecho civil patrimonial, como ya se ha visto en Jesús Rubio, un Derecho especial o un Derecho excepcional, según diversos sectores de la doctrina.

Ello significa que la especificidad formal del Derecho mercantil hay que buscarla en la *diferenciación de la actividad mercantil*, como materia y temática del Derecho mercantil. A este respecto cabe señalar *la doctrina tradicional del Derecho mercantil*.

Esta cifra el estudio del Derecho mercantil en el “*acto de comercio individual*”, en los “*actos de comercio en masa*”, y, por último, -y quizá bajo la influencia de la doctrina institucional del Derecho y de la doctrina corporativista de la sociedad y del Estado- en la “*empresa*”, viendo en el *Derecho mercantil el Derecho de la empresa* (A. Polo, J. Garrigues, con posterioridad a la publicación de su Curso, M. Motos y otros).

Tras la crisis y crítica de la *Teoría de la empresa* surgió otra que vio el objeto del Derecho mercantil en el estudio del *empresario y de los actos mercantiles* llevados a cabo a través de la empresa.

Finalmente ha surgido otra concepción del Derecho mercantil que hace el centro de su estudio el mercado: el *Derecho mercantil* como *Derecho de mercado* (M. Olivencia Ruiz). Se trata de una concepción más amplia y realista en la que se tienen en cuenta todos los sujetos que intervienen en la vida del mercado (empresarios, profesionales, consumidores,...) así como los principios y garantías que regulan en funcionamiento de éste.