

*Guillermo Jesús Jiménez Sánchez*

Catedrático de Derecho Mercantil  
de la Universidad de Sevilla

## Aproximación al tema del concepto del Derecho Mercantil

Sumario: 1. EL DERECHO MERCANTIL Y LA ESTRUCTURA DEL DERECHO PATRIMONIAL PRIVADO.—2. LA DETERMINACIÓN DEL SECTOR DE LA REALIDAD SOCIAL REGULADO POR LA NORMATIVA MERCANTIL.—3. LA DOCTRINA DE LA EMPRESA EN LA CONSTRUCCIÓN Y EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL.—4. LA CONEXIÓN ENTRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL Y EL DESARROLLO DEL CAPITALISMO.—5. CONCLUSIONES: ENSAYO DE FORMULACIÓN DE UN CONCEPTO CIENTÍFICO DEL DERECHO MERCANTIL Y EXAMEN DE SU ADECUACIÓN A LA REALIDAD NORMATIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

## 1. El Derecho mercantil y la estructura del Derecho patrimonial privado

Un examen del panorama general que ofrecen los Ordenamientos jurídicos positivos vigentes en la actualidad manifiesta que la solución «dualista» del problema estructural del Derecho patrimonial privado, casi universalmente impuesta —al menos dentro del ámbito de la «Europa continental» y su área cultural de influencia— en el período de la Gran Codificación decimonónica, se encuentra hoy día en crisis.

En efecto, la tradicional diversificación de la disciplina privatista en dos grandes sectores o «conjuntos» normativos, gráficamente representados por la existencia de dos separados «cuerpos» legales básicos, los Códigos civil y de comercio (dedicados, respectivamente, a la ordenación de la problemática general del tráfico jurídico y a la regulación de las cuestiones que se plantean en un concreto y determinado sector del mismo, el que hace referencia al tráfico mercantil), ha sido, de una parte, objeto de una serie de agudas críticas (que han puesto en cuestión desde su conveniencia hasta su propia razón de ser) e, incluso, ha resultado superada, con mayor o menor intensidad y consecuencia, por una construcción unitaria de aquella disciplina, a través de la cual se ha pretendido ofrecer un sistema de Derecho privado más correcto en su concepción y desarrollo y más adecuado a las exigencias de la realidad que ha de regular.

De otra parte, la configuración relativamente simplista del sistema del Derecho privado en torno a una capital bipartición referida a las dos grandes ramas del Derecho civil y el Derecho mercantil, ha ido dejando lugar a una visión considerablemente más compleja de la vertebración del Ordenamiento, al afirmarse decididamente la autonomía de nuevas y muy importantes disciplinas jurídicas, como el Derecho del trabajo, y plantearse polémicamente el tema del reconocimiento o la negación de la correspondiente a otras pretendidas «nuevas ramas», tales como el Derecho agrario, el Derecho registral, el Derecho de la navegación, etcétera.

Ambos denunciados fenómenos constituyen síntomas evidentes de una profunda alteración de las bases sobre las que descansa el conjunto de la ordenación jurídica, y reclaman, por ello, una valoración (forzosamente sintética, dado el carácter esquemático que han de revestir estas líneas) de su alcance y significado como paso previo al examen del sentido y misión atribuibles al Derecho mercantil en el complejo sistema del Derecho patrimonial de nuestro tiempo.

A estos efectos parece oportuno recordar que, en el momento de la definitiva consagración legislativa de la existencia separada de una

regulación comercial frente a la regulación civil (momento que, con mayor o menor precisión, puede fijarse en los primeros años del siglo XIX), el Derecho mercantil se presentaba como un complejo normativo referido a la problemática planteada por la actividad específica de unos determinados sujetos del tráfico económico, caracterizados en su actuación profesional por una serie de diversas notas que diferenciaban profundamente esta última de la desarrollada por otros miembros de la sociedad.

La progresiva generalización del espíritu motor de la actividad de aquellos sujetos y la paralela extensión de sus técnicas propias de actuación (fenómeno que se describe con el expresivo término de «comercialización» de la vida civil) suscitaron, en una etapa inmediatamente sucesiva, la cuestión de si seguía en las nuevas circunstancias siendo oportuna la anterior separación entre el Derecho civil y el mercantil o si, por el contrario, la mercantilización general de la vida económica hacía más aconsejable la unificación normativa, superando el dualismo anterior con el establecimiento de una sola regulación, fundamentalmente inspirada en las reales exigencias del tráfico y, por lo tanto, sustancialmente «mercantilizada».

Las respuestas dadas a esta cuestión han sido muy diversas y de muy desigual valor, y van desde la imposición legislativa de una unificación jurídica formal o el mantenimiento inalterado de la tradicional solución «dualista» hasta las mucho más ponderadas (por lo general) soluciones doctrinales, en las que se ha pretendido últimamente armonizar los contrapuestos ideales de la unificación legislativa y la atención especial a la problemática peculiar de determinados sectores de la vida económica mediante una compleja fórmula en la cual, junto a un Código estrictamente civil, cabría conservar un Código único de las obligaciones y un Código de comercio.

En todo caso, el estudio del tema planteado conduce a la conclusión de que quizá haya sido en muchas ocasiones desorbitado el verdadero sentido atribuible a los conceptos de unificación y de autonomía, y permite reducir a límites más apropiados y precisos el valor de las declaraciones clásicas respecto de la especialidad de las diversas ramas jurídicas, que nunca puede ser entendida en un sentido tan absoluto que rompa la unidad última y esencial del Ordenamiento, y que, en definitiva, responde a concretas circunstancias de tipo histórico que pueden acentuarla, atenuarla, e, incluso, hacerla prácticamente desaparecer.

De acuerdo con estas ideas básicas, y conforme a la concepción histórica y relativista en ellas afirmada, debe afrontarse y resolverse el problema planteado en torno a la incipiente «autonomía» o «especialización» de determinadas áreas jurídicas, tales como las constituidas por el Derecho agrario, el Derecho registral o el Derecho de la navegación, individualizadas por las peculiares características o circunstancias concurrentes en el concreto sector de la realidad social que regulan. Y, desde luego, el mismo criterio lleva a reconocer la singular entidad que el desarrollo y transcendencia alcanzados por la concreta problemática de

las relaciones laborales han atribuido al Derecho del trabajo, cuya afirmación como rama especial del Ordenamiento jurídico supone la superación de la tendencia, triunfante en algunos momentos en el siglo XIX, de someter al Derecho mercantil (y, concretamente, a los cuerpos legales básicos en los que se pretendía recoger su normativa, los Códigos de comercio) la totalidad de las cuestiones que se pudieran suscitar en el desarrollo del comercio, y, por consiguiente, y entre ellas, las relativas a las relaciones entre los comerciantes y sus auxiliares, cualquiera que fuese la categoría de éstos y el carácter de la colaboración o del auxilio que prestasen a sus «principales».

Queda así trazado, a grandes rasgos, el cuadro general en el que debe insertarse el Derecho mercantil de nuestro tiempo.

En él, el Derecho patrimonial privado general, que sigue ordinariamente encuadrándose en el clásico molde formal del Derecho civil, continúa teniendo por objeto la regulación de la problemática jurídica común o no específica, es decir, aquella que no está directa y particularmente referida a las exigencias concretas derivadas de la peculiar situación social de los intereses en juego presentes en una determinada relación jurídica. Pero esta continuidad de función o de objeto no implica, paralelamente, una continuidad absoluta de contenido en la regulación civilista. Esta, abandonando una pretendida orientación tradicionalista o inmovilista (que, por lo demás, ha de considerarse muy discutible incluso referida a anteriores etapas históricas), resulta fuertemente influenciada en la actualidad por los principios generales inspiradores de la regulación del tráfico mercantil; en gran medida ha abandonado esquemas y soluciones de pasadas épocas para dar entrada a una nueva normativa, divorciada hasta cierto punto de los viejos esquemas liberales imperantes en el período decimonónico del apogeo del Gran Capitalismo; y, sobre todo, aparece claramente «comercializada» por la incorporación de principios, instituciones y soluciones técnicas que habían tenido sus primeras manifestaciones en el campo específico del Derecho mercantil.

Este último, no obstante, al no haberse consumado plenamente la «comercialización» de la sociedad ni de la economía, al permanecer todavía ajenos o extraños, en buena parte, al espíritu y a las técnicas «mercantiles» amplios sectores de la vida económica, no puede considerarse que haya perdido totalmente su razón de ser y que deba, consecuentemente, quedar absorbido por el Derecho civil («muriendo en el momento de su mayor triunfo»). Frente al Derecho privado común el Derecho mercantil subsiste como rama jurídica especial (en la que quizá puedan, a su vez, subdistinguirse determinadas áreas normativas —como la constituida por el Derecho de la navegación— dotadas de una cierta identidad o, si se quiere, de una muy relativa autonomía, seguramente deseable y defendible, al menos en el plano didáctico), caracterizada por la peculiaridad del sector de la realidad social que disciplina, lo mismo que sucede en el caso de otras grandes ramas especiales del Derecho privado, como el Derecho internacional privado o el Derecho del trabajo.

## 2. La determinación del sector de la realidad social regulado por la normativa mercantil

La afirmación final sentada en el anterior párrafo deja abiertos los problemas de la individualización del concreto sector de la realidad social que disciplina el Derecho mercantil y de la determinación de las exigencias específicas que en él se plantean en orden a la especialidad de su tratamiento jurídico; exigencias singulares o características que son las que justifican la autonomía que generalmente se reconoce a esta rama del Ordenamiento.

La respuesta a los problemas apuntados se ha ido realizando en el plano positivo, en el curso del largo proceso histórico abierto desde el momento de sus primeras manifestaciones medievales, mediante la configuración del Derecho mercantil, sucesivamente, como Derecho profesional de los mercaderes y, en general, de todas las personas profesionalmente dedicadas al ejercicio del comercio; como Derecho de los actos «objetivos» de comercio y del estatuto profesional de las personas que se dedican habitualmente a la realización de dichos actos; como Derecho profesional de los comerciantes (en sentido jurídico) y de los negocios realizados por éstos en el desarrollo de su actividad mercantil; y como Derecho de los actos en masa realizados por empresas, de las empresas y del estatuto profesional de sus titulares.

Todas estas soluciones apuntan un doble dato universalmente válido en la delimitación del sector de la realidad social sometido al Derecho mercantil: la referencia de la disciplina de esta rama jurídica al estatuto profesional de unos determinados sujetos y a la regulación de una actividad específica desarrollada en el mundo de la contratación. Pero, al mismo tiempo, entre todas ellas existen profundas diferencias respecto de los criterios adoptados para determinar quiénes son aquellos sujetos y cuál esta actividad.

En un primer momento se centró la atención del Ordenamiento jurídico en las personas que, a través de un signo externo fácilmente reconocible (la pertenencia a unos concretos Gremios o Corporaciones), se presentaban ante la comunidad como integrantes de una específica clase social, la de los comerciantes o mercaderes, que en la Baja Edad Media se convirtió en la decisiva protagonista de un movimiento de profunda transformación de la actividad económica caracterizado por la introducción de una nueva, al menos en la intensidad de su manifestación, mentalidad (manifestada en el llamado «espíritu mercantil») y por la imposición de unas originales y, para su tiempo, revolucionarias técnicas de actuación (de las que quizá constituya la manifestación más relevante el proceso de racionalización y planificación hecho posible por el desarrollo de la contabilidad). La regulación del estatuto profesional de aquellas personas y de su específica actividad económica constituyeron, en este momento histórico, el objeto propio del Derecho mercantil.

La generalización del espíritu y de las técnicas en principio «privativas» (con la relatividad que ha siempre de reconocerse a toda afirmación de este tipo) de la clase social de los mercaderes a otros grupos

sociales hubo de producir, necesariamente, una paralela extensión del ámbito de la rama del Ordenamiento nacida para satisfacer las exigencias jurídicas planteadas por la «revolución comercial» de la Baja Edad Media. Con ello el Derecho mercantil, sin perder su carácter esencial de Derecho regulador del estatuto profesional de unos determinados protagonistas del tráfico económico y de la actividad específica realizada por éstos, pasó a aplicarse no solamente a los miembros de unos concretos Gremios, en consideración exclusiva a la existencia de este dato o conexión formal, sino también a todos aquellos otros sujetos que, aun resultando ajenos o extraños a las Corporaciones mercantiles, realizaban de hecho profesionalmente negociaciones semejantes a las de los mercaderes (animados por un mismo espíritu y empleando técnicas análogas).

La apuntada extensión del ámbito del Derecho mercantil alcanza su más acusada expresión cuando, en un «revolucionario» pronunciamiento contra el pretendido clasismo de la regulación anterior, se intentan alterar las bases tradicionales de su sistema, centrandó éste sobre unos pretendidos actos «objetivos» de comercio, es decir, sobre unos actos calificables de mercantiles en atención a su propia naturaleza, y no por el carácter de las personas que los realizan.

Sin embargo, tal construcción, que incluso ya en su misma formulación, como obligada consecuencia de las exigencias de la vida social, ha de referirse al comerciante (o, si se quiere, a las personas que se dedican habitualmente al ejercicio del comercio) para señalar que también la regulación de su estatuto profesional constituye objeto del Derecho mercantil, introduce un peligroso elemento de inseguridad en la concepción básica del área de aplicación de la normativa propia de esta rama jurídica, puesto que esencialmente, es decir, «por su propia naturaleza», los llamados actos de comercio en nada se diferencian de los comunes o civiles (como lo demuestra el mismo recurso que se ven obligados a emplear los textos legales a ciertos elementos subjetivos—fundamentalmente a la cualificación personal de sus autores— para atribuir a determinados actos el carácter de mercantiles).

De ahí que, tras el definitivo fracaso de los esfuerzos doctrinales realizados para precisar el significado y alcance de la noción de acto objetivo de comercio, se haya reaccionado contra los sistemas apoyados en este concepto, orientándose las construcciones legislativas de nuevo hacia planteamientos subjetivos del Derecho mercantil (que volverá así a ser considerado Derecho profesional de los comerciantes y de los negocios realizados por ellos) o definiéndose esta rama jurídica, conforme a una orientación que supone una verdadera innovación en el planteamiento básico del tema, como Derecho de los actos en masa realizados por las empresas, de las empresas y del estatuto profesional de sus titulares.

Esta última construcción, la más reciente y la menos extendida en el panorama legislativo, se apoya en una concepción doctrinal apasionadamente defendida e impugnada, que, sobre la base de una atenta observación de la realidad económica, ha justificado la existencia de un Dere-

cho mercantil separado del civil por la necesidad de dispensar un tratamiento jurídico especial al tráfico masivo realizado por las instituciones económicas protagonistas del tráfico actual (herederas directas del espíritu y de buena parte de las técnicas que caracterizaron la actuación profesional de los antiguos mercaderes): las empresas. La actividad desarrollada para la colocación en el mercado de los bienes y servicios producidos por éstas, la propia problemática interna de su organización, y el estatuto profesional de sus titulares, constituyen, para la llamada «doctrina de la empresa», el núcleo esencial que reclama la aplicación de la normativa mercantil.

### 3. La doctrina de la empresa en la construcción y en la interpretación del concepto del Derecho mercantil

La doctrina de la empresa ha supuesto una aportación fundamental, seguramente la más importante y significativa realizada en los últimos tiempos, tanto en el plano de los movimientos de reforma de los sistemas tradicionales de Derecho mercantil como en el del estudio e interpretación del sentido y contenido de los Ordenamientos jurídicos vigentes.

Desde la primera de estas perspectivas la aplicación de la doctrina de la empresa ha dado lugar, en el modelo de Código de comercio más avanzado construido conforme a sus orientaciones, el Código de comercio de la República de Honduras de 1950, a la concepción apuntada en los últimos párrafos del párrafo precedente.

Desde la segunda se ha convertido la idea central latente en aquella «doctrina» en criterio básico para toda aproximación a los sistemas actuales del Derecho mercantil. Así, POLO DíEZ, seguramente el más decidido sostenedor de esta corriente doctrinal en la literatura jurídica española, ha afirmado en su estudio sobre «el concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas» que «el Derecho mercantil es, ha sido y seguirá siéndolo un *derecho de la organización económica proyectada con vistas a atender las necesidades del mercado en general*; como tal es un *derecho de la economía mercantil e industrial profesionalmente organizada*, y siendo la *Empresa* la forma más actual y típica de la vida económica moderna y el núcleo central de su organización, el Derecho mercantil, sin dejar de ser un *derecho de la organización económica*, se manifiesta hoy como un *Derecho regulador de las Empresas, del Estatuto profesional de éstas y de su actuación en el tráfico*».

Tales conclusiones no han dejado de suscitar reparos en amplios y autorizados sectores doctrinales, que, de una parte, han puesto en duda la validez de la doctrina de la empresa como instrumento de interpretación de los sistemas de Derecho positivo basados formalmente sobre el concepto de acto objetivo de comercio y, de otra, han discutido, incluso desde una perspectiva *de lege ferenda*, la corrección y oportunidad de la configuración del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, sobre la base del argumento fundamental que ofrece la simple consideración

de que ni todo el Derecho mercantil es Derecho de la empresa ni todo el Derecho de la empresa es Derecho mercantil.

Sin desconocer el valor de los argumentos utilizados para defender la apuntada postura crítica, y sin pretender, en modo alguno, resolver con carácter terminante una cuestión abierta al debate científico y sobre la cual no puede considerarse que se hayan alcanzado conclusiones definitivas (conclusiones que, por lo demás, es posible sean en última instancia inalcanzables, pues, como autorizadamente se ha puesto de relieve, el problema del concepto de una Ciencia es siempre problema primero para quien acomete su estudio y último para quien ha dedicado a él el esfuerzo de una vida), parece oportuno apuntar en este momento unas conclusiones, si se quiere provisionales (y, como tales, sometidas a la revisión que aconsejen, en su caso, nuevos estudios), respecto del tema general del significado atribuible a la empresa en relación con el concepto nuclear del Derecho mercantil dentro de un sistema jurídico «dualista».

Ante todo resulta necesario rechazar la equiparación entre los términos Derecho mercantil y Derecho de la empresa, que en alguna ocasión ha sido desafortunadamente formulada y que, con el más indiscutible acierto, ha sufrido las más severas críticas. Ni, en un sentido propio y preciso, el Derecho mercantil es un Derecho «de la empresa», ni, desde luego, toda la normativa aplicable a la empresa tiene naturaleza mercantil.

No es el Derecho mercantil un Derecho de la empresa porque la regulación comercial no tiene como objeto propio y definitorio la ordenación de esta institución económica, en sí misma considerada, sino que atiende en esencia a la disciplina del estatuto profesional de su titular, el empresario, y a la de la actividad que, en cuanto tal, éste realiza por medio de dicha organización económica, es decir, a la de la llamada «actividad externa de la empresa».

Y no es mercantil toda la normativa aplicable a la empresa porque sobre la problemática específica que plantea esta institución económica inciden buen número de disposiciones del más diverso carácter: civil, penal, administrativo, fiscal, laboral, etc.

Pero es que, además, constituye en el momento presente una simplificación manifiestamente incorrecta la que pretende conectar el área objeto de la atención de los preceptos mercantiles con el sector de la realidad social acotado en torno a las instituciones económicas empresariales sin antes establecer una distinción entre éstas que diferencie las empresas mercantiles, únicas a las que puede referirse la normativa comercial, y las no mercantiles, a las cuales la ordenación establecida por aquélla es desde luego ajena.

Con esta observación queda planteado un tema que ha dado lugar a que los adversarios de la «doctrina de la empresa» formulen serias objeciones respecto del valor atribuible a ésta en la resolución de las dificultades conceptuales ante las que se reveló la insuficiencia de los sistemas decimonónicos basados en el «acto de comercio». En efecto, si el recurso



a la empresa como concepto delimitador de la «materia mercantil» se ha producido para salvar una dificultad insoluble en la traducción práctica del concepto de acto objetivo de comercio, derivada de la imposibilidad de aprehender la esencia de la mercantilidad jurídica una vez declarada la desconexión entre ésta y la correspondiente categoría económica, ningún sentido puede tener, se afirma, una nueva utilización del calificativo «mercantil» como dato decisorio para precisar cuáles son las instituciones económicas que reclaman la aplicación del Derecho comercial. Si se concluye que éste ha de referirse tan sólo a las empresas mercantiles, se insiste, hay que reconocer que vuelve a reproducirse el problema de la aprehensión de la mercantilidad, y, por tanto, se propone la misma dificultad que se pretendía eludir.

La argumentación expuesta, cuya lógica formal es indiscutible, no resulta sin embargo decisiva si se supera un equívoco terminológico que se halla en su base.

En efecto, una vez abandonado el concepto económico del comercio como elemento definidor de la actividad sujeta a la regulación mercantil, no es posible construir sobre el concepto jurídico de «acto de comercio» un sistema coherente y armónico que individualice el sector de la realidad social sometido al Derecho comercial. Los más tenaces e inteligentes esfuerzos realizados en este sentido no han conseguido un resultado satisfactorio y, en última instancia, los más autorizados representantes de las direcciones «objetivas» se han visto obligados a proclamar que la misión del jurista tiene que reducirse, renunciando a todo superior intento de comprensión conceptual, a la simple labor exegética de interpretar y precisar los preceptos que fijan el límite de aplicación de la normativa mercantil, intentando ofrecer un cuadro (el más completo y aprehensible que quepa formular) de la materia sometida a las normas mercantiles, pero renunciando de antemano a encontrar el inexistente sentido profundo de un conjunto de disposiciones que, lejos de responder a las coordenadas precisas de un sistema armónico, resulta lleno de elementos dispares, heterogéneos e incluso contradictorios, como consecuencia de una serie de decisiones legislativas adoptadas, no en virtud de la aplicación de unos principios lógicos preestablecidos, sino como consecuencia del juego de los más diversos factores: presión de grupos sociales, inercia histórica, simple arbitrio (a veces caprichoso) de los legisladores, etc.

Muy diversa es la situación que se presenta cuando se reconduce el campo propio de aplicación de la regulación mercantil al estatuto profesional de los empresarios mercantiles y a la actividad que, en cuanto tales, éstos realizan por medio de las organizaciones económicas de las que son titulares. Ciertamente, al referirse el Derecho comercial a un área de realidad socioeconómica delimitada por la figura de la empresa mercantil podría, en principio, parecer que de nuevo se proponía el insoluble problema de la delimitación de unos contrapuestos sectores mercantiles y no mercantiles sin el recurso de la referencia a los criterios básicos de distinción económica, pues, indudablemente, a efectos jurídicos han de considerarse mercantiles, en el sentido de definitorias de la aplicación de la normativa mercantil, una serie de empresas, como

las industriales, que no cabe comprender en la categoría económica (estricta) de las comerciales. Pero la dificultad planteada en estos términos es, sin embargo, más aparente que real. El verdadero obstáculo que presentaba la construcción de un concepto jurídico del comercio separado del concepto económico derivaba del hecho social básico de que dicho concepto se requería para la delimitación de una actividad económica especial que, en cuanto tal, tenía que definirse y caracterizarse frente a la común y general del ordinario tráfico jurídico. De ahí que el proceso de comercialización experimentado por la economía en el curso de los siglos XIX y XX (por limitar la referencia al período histórico en que aquél se ha producido con mayor intensidad), al haber determinado la constante ampliación del círculo de actividades a comprender en la definición pedida, haya hecho ésta imposible.

Por el contrario, al referir la normativa jurídica mercantil a un sector acotado en torno a la empresa comercial no se plantea esta dificultad, por la sencilla razón de que la empresa mercantil no es un tipo especial de empresa, que, como tal, deba ser individualizado frente al concepto general de esta institución económica. Antes bien, inversamente, la empresa mercantil constituye el tipo básico o común de empresa, en relación con el cual han de definirse o delimitarse las organizaciones económicas empresariales no mercantiles: artesanas, agrarias, «liberales», etc.

Ello, en definitiva, no supone sino reconocer la base esencial de acierto presente en las formulaciones extremas de la «doctrina de la empresa», que consideran objeto del Derecho mercantil la regulación del estatuto del titular de esta institución y de la actividad externa de la misma, sin distinción alguna entre los diversos tipos de empresas actuantes en la vida económica. Tal construcción, inaplicable en el momento presente, en el cual no puede considerarse aún plenamente culminado el proceso de «comercialización» de la economía (puesto que todavía cabe apreciar la existencia de áreas resistentes a la plena efectividad de los principios «mercantiles» e, incluso, resistentes a la total adopción de las técnicas especiales mediante las que aquéllos se han perseguido tradicionalmente), apunta a una posible situación de futuro, en la que, llevado hasta sus últimas consecuencias aquél proceso, al generalizarse definitivamente la comercialización de la vida económica se generalice igualmente el Derecho mercantil, y éste llegue a ser el Derecho de todas las instituciones (del estatuto profesional de sus titulares y de la actividad externa que éstos desarrollan) protagonistas del tráfico.

Pero tal momento, sin duda, no ha llegado aún. En primer lugar, porque no toda la economía (aun cuando sí, desde luego, la mayor y más significativa parte de ella) ha pasado a depender de las organizaciones empresariales. Quedan al margen de éstas ciertos núcleos de actividades económicas productivas desarrolladas por no empresarios, por sujetos que no apoyan su actuación en esa típica organización de factores de la producción que constituye la empresa.

Y, sobre todo, porque no siempre la introducción del organismo empresarial en una concreta área económica ha llevado consigo la inclu-

sión de ella, o, a lo menos, de la específica actividad desarrollada por aquél, en el campo sometido al Derecho mercantil. Aun cuando tal habría debido ser, en principio, la consecuencia lógica del hecho indicado (y de ahí «la base esencial de acierto» que se ha considerado apreciable en las formulaciones extremas de la «doctrina de la empresa» y, asimismo, el carácter marginal o especial de la empresa no mercantil frente a la empresa común o mercantil ya observado), una serie de diversos factores, en los que se manifiesta, en definitiva, ese típico fenómeno de irracionalidad o inercia de los procesos sociales históricos, ha impedido que dicha consecuencia se haya producido siempre y en todos los casos, dando lugar a la existencia de ciertos tipos de empresarios no sometidos al estatuto profesional de los comerciantes y de ciertas actividades empresariales extrañas al Derecho mercantil.

#### **4. La conexión entre la evolución histórica del Derecho mercantil y el desarrollo del Capitalismo**

Las observaciones anteriormente apuntadas permiten realizar una aproximación válida al tema del concepto del Derecho mercantil, en cuanto delimitan el objeto de esta rama jurídica y definen la función que cumple dentro del complejo sistema de un Ordenamiento jurídico que estructura conforme a los principios «dualistas» el Derecho patrimonial privado.

Sin embargo, no sería justo considerar que con ellas quedan agotadas todas las perspectivas válidas de estudio de la problemática que plantea dicho tema conceptual. Esta ha sido, en efecto, afrontada desde otras posiciones diversas a las tomadas como punto de partida por la «doctrina de la empresa» y, en este camino, se han conseguido alcanzar una serie de conclusiones que han enriquecido considerablemente la comprensión del significado último, de la profunda razón de ser, del Derecho mercantil.

De las diversas aportaciones y corrientes doctrinales a las que cabría hacer referencia en este punto merece, sin duda, una especial consideración, dada la amplia audiencia de que ha gozado en la literatura jurídica, tanto por la autoridad y prestigio de sus mantenedores como por la evidente transcendencia de la tesis defendida, aquella que pretende explicar la esencia del Derecho mercantil mediante la referencia a la conexión básica que existe entre esta rama jurídica y el Capitalismo.

Cualesquiera que sean las precisiones, matices y salvedades con que se presente esta observación fundamental, no puede negarse que el proceso de comercialización de la vida económica ha ido constantemente acompañado de un paralelo y acorde progreso del Capitalismo; del espíritu, instituciones y técnicas características de esta categoría del sistema económico.

En realidad, la razón de este hecho histórico es bien simple: habiéndose producido los primeros brotes o manifestaciones del Capitalismo (por tímidos, incipientes e, incluso, equívocos que se quiera que

éstos sean) en el mundo mercantil de la Baja Edad Media, sus rasgos más definitorios se confunden, desde un principio, con los propios de dicho mundo mercantil. Y, por eso, cuando el Capitalismo desborda su círculo restringido de nacimiento para abarcar áreas más extendidas de la actividad económica, y determina la invasión de estas áreas por aquellos rasgos, se pretende que el espíritu y las técnicas «mercantiles» se han introducido en sectores extraños al comercio y que, consecuentemente, se han «comercializado» estos últimos.

En el campo del Derecho tal proceso tiene un reflejo muy acusado: la especial normativa jurídica surgida como consecuencia de las específicas necesidades planteadas por la aparición del incipiente tráfico mercantil capitalista ha ido, a lo largo de la Historia, sometiendo a su regulación a nuevas áreas a medida que el capitalismo ha experimentado su proceso de crecimiento y afirmación o, si se prefiere, conforme se ha «comercializado» la vida económica.

De ahí que, lógicamente, se haya considerado oportuno destacar la significación que el Capitalismo tiene en el tema conceptual del Derecho mercantil y que, para expresar esta idea, se haya acuñado la fórmula de que el Derecho mercantil no es otra cosa que el Derecho del Capitalismo.

Evidentemente, presentada en estos términos absolutos, tal equiparación, aun cuando sugestiva, no es admisible. El capitalismo constituye uno de los fenómenos sociales más importantes y trascendentales de los últimos siglos y, como tal, ha influido decisivamente sobre todo el Ordenamiento jurídico y no, aisladamente, sobre uno sólo de sus sectores o componentes.

En la actualidad, y al menos por lo que se refiere al llamado «Mundo Occidental», si bien es cierto que en una muy considerable medida (pues siempre cabe excluir de la regla general determinadas normas concretas, en razón del fenómeno de irracionalidad o inercia histórica a que ya se ha hecho referencia) el Derecho mercantil es Derecho del Capitalismo, no lo es en modo alguno que sea *el* Derecho del Capitalismo, puesto que también deben ser consideradas capitalistas (en igual, menor o incluso *mayor* grado, según los casos y circunstancias) las restantes ramas que integran el Ordenamiento jurídico de los Estados «Capitalistas». Tal es el caso del Derecho civil, del Derecho administrativo, del Derecho fiscal, del Derecho del trabajo, del Derecho penal, del Derecho procesal...

Pero, reducida en su formulación a términos menos «sensacionalistas» y más precisos, la idea básica latente en la concepción examinada tiene un valor indudable que, en cierto sentido, se enlaza con las conclusiones esenciales de la «doctrina de la empresa». El Derecho mercantil no puede ser definido como el «Derecho del Capitalismo» y, ni siquiera, como el «Derecho patrimonial del Capitalismo», puesto que también tienen este carácter el Derecho civil, el Derecho del trabajo, etc. Mas, seguramente, sí puede afirmarse de él que es el Derecho de las instituciones de producción económica características del capitalismo,

o, con mayor precisión, que es el Derecho del estatuto profesional de los titulares de dichas instituciones y del tráfico que éstos realizan para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos mediante ellas.

Volvemos así a un concepto básico análogo al mantenido por la «doctrina de la empresa», si bien este concepto queda enriquecido por la manifestación de la profunda razón de ser histórica de la disciplina especial (y de su desarrollo y transformación en el tiempo) al que se refiere.

##### **5. Conclusiones: Ensayo de formulación de un concepto científico del Derecho mercantil y examen de su adecuación a la realidad normativa del Ordenamiento jurídico español**

La aplicación de las tesis centrales hasta aquí expuestas a la formulación de un concepto científico del Derecho mercantil y al examen de su adecuación a la concreta realidad normativa representada por el Ordenamiento jurídico positivo español permite obtener unos resultados que, dentro de las limitaciones connaturales a todo el conocimiento científico, y, por consiguiente, permaneciendo abierta la posibilidad de su superación y revisión, ofrecen una perspectiva singularmente fructífera para el examen e investigación de la problemática básica propuesta como objeto del presente estudio.

Conforme a las ideas y principios básicos apuntados, el Derecho mercantil podría definirse como la rama del Derecho patrimonial privado que regula el estatuto profesional de los titulares de las instituciones de producción económica características del sistema capitalista, los empresarios mercantiles, así como el tráfico que éstos realizan para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos.

En una primera consideración elemental de su sistema, atendiendo principalmente a las declaraciones contenidas en las normas pretendidamente definitorias del mismo, no pueden encontrarse, desde luego, elementos suficientes en el Derecho mercantil positivo vigente en España para defender la aplicabilidad *iure condito* de la idea conceptual a que responde la anterior definición. La normativa española no es, ciertamente, el producto de una decisión consciente inspirada en los principios e ideas a los que responde el sistema a que aquélla hace referencia. Por el contrario, las diversas y dispersas reglas que constituyen el Derecho mercantil patrio obedecen en su configuración a las más variadas causas y circunstancias, y, en el cuerpo legal que pretende constituirse en base esencial de su sistema, el Código de Comercio de 1885, se presentan ordenadas conforme a una concepción radicalmente enfrentada con la propuesta por la «doctrina de la empresa» precisamente como fórmula para solucionar el «punto muerto» a que habían dado lugar las construcciones «objetivas» dominantes en la Codificación decimonónica. Así, según el vigente Código de Comercio español, el Derecho mercantil es, esencialmente, un Derecho «de los actos objetivos de comercio», es decir, un Derecho regulador de unos pretendidos actos que deben ser calificados de mercantiles por sí mismos, por su propia esencia, sin que

en la atribución o no de carácter mercantil a estos actos influya para nada la calificación profesional de sus autores.

Sin embargo, un examen más detenido del contenido de las disposiciones que componen el Derecho mercantil español permite superar, hasta cierto punto, esta primera y elemental visión que, aun cuando se apoya en la observación de un conjunto de datos reales, quizá se limita a contemplarlos en su presentación formal, sin descender a un análisis en profundidad de su verdadero sentido y significado.

Así, en efecto, debe precisarse, frente a las objeciones capitales que se hacen valer en contra de la aplicación de las conclusiones de la «doctrina de la empresa» en relación con el Derecho mercantil positivo español, por una parte, que el pretendido «sistema objetivo» del Código de Comercio, una vez sometido al más exhaustivo de los estudios doctrinales, ha demostrado que no responde a ningún principio conceptual válido, y que, en definitiva, si se toma como base del Derecho mercantil, no conduce sino a la destrucción de esta rama del Ordenamiento como entidad jurídica científicamente comprensible; por lo que resulta perfectamente legítimo que el intérprete, limitado en su actividad por los mandatos del legislador, pero no por las concepciones ni por las opiniones de éste, intente encontrar una solución armónica a un problema conceptual que, en realidad, no ha sido legalmente resuelto, al menos en el sentido en que ordinariamente se entiende.

Por otra parte, cabe señalar que, si bien es cierto que las diversas normas que integran el Derecho mercantil español no son el producto de una decisión consciente inspirada en los principios afirmados por la «doctrina de la empresa» (ni, desde luego, en ningunos otros), ello no representa un obstáculo decisivo para la aplicación a aquél de las conclusiones conceptuales basadas en los indicados principios, siempre que tales conclusiones no entren en un conflicto real con el contenido de dichas normas. El proceso de creación de las normas jurídicas, como la mayor parte de los procesos históricos, rara vez puede considerarse presidido por un propósito y una voluntad conscientes. Antes bien, en la mayoría de las ocasiones responde a una serie de incitaciones sociales que determinan, tanto si son exactamente valoradas en su alcance y significación, como si se imponen inconscientemente a las fuerzas creadoras del Derecho, el sentido de la normativa afirmada bajo su influjo y la misión que corresponde a ésta en el esquema de la ordenación social.

Desde tal perspectiva las conclusiones esenciales de la «doctrina de la empresa» y de las corrientes historicistas que resaltan la influencia del desarrollo del Capitalismo en la evolución del Derecho mercantil se muestran especialmente valiosas, por cuanto ofrecen una explicación del sentido y misión de la normativa mercantil superadora de las construcciones «legalistas» o «acomodaticias» que, por su excesivo apego al tenor literal de las normas positivas y su renuncia a todo planteamiento superior o trascendente, no resultan idóneas para poner de relieve el significado social básico del sistema jurídico e, incluso, en última instancia, ni siquiera pueden considerarse satisfactorias en la tarea de la in-

interpretación y aplicación práctica del mismo Derecho positivo, puesto que la capital limitación de su perspectiva conceptual las inhabilita para conseguir llegar a la formulación de una noción instrumental utilizable para resolver los problemas concretos que se plantean en torno a la calificación de la mercantilidad de una serie de figuras jurídicas.

Tal noción, siguiendo los criterios apuntados en la definición esbozada en las consideraciones iniciales del presente parágrafo, puede construirse en torno a la conexión del Derecho mercantil actualmente vigente en el Ordenamiento jurídico «dualista» español con una doble problemática de carácter esencialmente «privatista»: De una parte, la propia del estatuto profesional de los empresarios mercantiles, en cuya categoría hay que comprender tanto a los titulares de empresas mercantiles (quienes, desde luego, constituyen el grupo social básico que reclama el establecimiento de una regulación específica de sus derechos y obligaciones profesionales) como a todas aquellas otras personas legalmente asimiladas a ellos (piénsese, *v. gr.*, en los «empresarios mercantiles por la forma», en las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no tengan por objeto el ejercicio de una actividad mercantil), y de la que hay que excluir a los sujetos que la Ley somete a otro estatuto incompatible con el que corresponde al comerciante (piénsese en los entes públicos titulares de empresas mercantiles, *p. ej.*). De otra parte, la relativa a la actividad desarrollada por dichos empresarios para colocar en el mercado los bienes o servicios producidos por las empresas mercantiles, así como la suscitada en torno a determinados instrumentos del tráfico (de los que los títulos valores representan el ejemplo más importante) tradicionalmente vinculados con el mundo mercantil, y, en casos límites (de los cuales el más discutido es, sin duda, el que surge en torno al contrato de compraventa), incluso la referente a operaciones marginales al tráfico empresarial, aun cuando, desde luego, estrechamente relacionadas con éste.

Queda con ello configurada, a muy grandes rasgos, una noción instrumental del Derecho mercantil que, para su adecuación, siquiera sea imperfecta, al Ordenamiento positivo español, ha tenido que incluir una serie de matizaciones y precisiones que, indiscutiblemente, desnaturalizan en cierto grado el esquema conceptual puro o «científico» inicialmente formulado. Esta realidad, que debe suscitar necesariamente un íntimo sentimiento de insatisfacción en el mismo instante de su reconocimiento, y que manifiesta de forma palmaria que el problema del concepto del Derecho mercantil español no puede considerarse agotado pese a las valiosas aportaciones realizadas por las más recientes corrientes del pensamiento jurídico, obedece, en última instancia, a una serie de imposiciones, derivadas de la presión de intereses particulares y de la misma simple inercia histórica, que no representan, en definitiva, sino la ganga de contradicciones o irracionalidad que acompaña siempre, en mayor o menor medida, a todo sistema social.