

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

DE NUEVO, LA LECCIÓN 1.^a SOBRE EL CONCEPTO DE LA ASIGNATURA

*Discurso leído en la Solemne Apertura
del Curso Académico 1999-2000
en la Universidad de Sevilla*

EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA



COLECCIÓN

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de Sevilla*

DE NUEVO, LA LECCIÓN 1.^a

Sobre el concepto de la asignatura

*Discurso leído en la Solemne Apertura
del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla*

PORTADA

COLECCIÓN



Sevilla 2015

Colección de Textos Institucionales (Serie: Derecho)
Núm.: 83

COMITÉ EDITORIAL:

Antonio Caballos Rufino (Director de la
Editorial Universidad de Sevilla)
Eduardo Ferrer Albelda (Subdirector)

Manuel Espejo y Lerdo de Tejada
Juan José Iglesias Rodríguez
Juan Jiménez-Castellanos Ballesteros
Isabel López Calderón
Juan Montero Delgado
Lourdes Munduate Jaca
Jaime Navarro Casas
M^a del Pópulo Pablo-Romero Gil-Delgado
Adoración Rueda Rueda
Rosario Villegas Sánchez

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de la Editorial Universidad de Sevilla.

Edición digital de la primera edición impresa de 1999

© EDITORIAL UNIVERSIDAD DE SEVILLA 2015

C/ Porvenir, 27 - 41013 Sevilla

Tfnos.: 954 487 447; 954 487 451; Fax: 954 487 443

Correo electrónico: eus4@us.es

Web: <http://www.editorial.us.es>

© MANUEL OLIVENCIA RUIZ 2015

ISBNe: 978-84-472-1692-5

Edición digital: Dosgraphic, s. l. <www.dosgraphic.es>

PORTADA

COLECCIÓN

*Excmo. Sr. Rector Magnífico
Claustro de la Universidad
Miembros de la Comunidad universitaria
Excmas. e Ilmas. Autoridades
Señoras y Señores*

PORTADA

COLECCIÓN

ES NORMA emanada de venerables usos universitarios la que dispone que cada curso académico se abra con un acto solemne en el que se imparta una lección inaugural y, para encomendar ese rito, establece un doble turno: el primero, entre los centros docentes; el segundo, entre los profesores de aquel al que corresponda; ambos, por orden de antigüedad.

En esa escala, estaba en suerte la Facultad de Derecho en el primero de los turnos y, en el segundo, su Decano me ha designado como catedrático de mayor antigüedad en la docencia

para pronunciar esta lección. La suerte puede ser favorable o adversa; quiero mirar la cara positiva de la moneda, porque aquí no es el azar el que marca la prioridad, sino el tiempo, una categoría que tiene la exactitud de la matemática, que la mide, y la inexorabilidad de su cumplimiento.

Sí es suerte, y buena, que en virtud de esa dualidad de turnos me haya correspondido oficiar esta solemnidad académica en un año doblemente jubilar. Son circunstancias, quizás accesorias, a las que no puedo sustraerme: ambas son cronológicas, aunque una afecta a la historia de la Universidad y otra a la muy modesta de mi persona.

Se abre hoy, en año jubilar jacobeo, el curso académico que inaugura en su expresión aritmética la segunda unidad de millar. No se enuncia en el segundo de sus términos con la decena anual (como el que terminamos, 1998-99), sino con el cambio de unidad de millar: 1999-2000.

Me refiero a la evidente formulación numérica, para no entrar en la *vexata quaestio* del cómputo de los siglos y de los milenios; y porque si entrase, habría de justificar por qué comparto la opinión de quienes mantienen que el año 2000 es todavía el último del siglo xx y, por tanto, del segundo milenio de nuestra era.

Pero es curioso que el simbolismo de los números es muy superior al de las unidades convencionales que miden; en este caso, las de tiempo. La aparición del guarismo 2 en el número de la fecha domina sobre la exactitud del cómputo. He citado muchas veces la frase ORTEGA Y GASSET sobre los centenarios, a los que despectivamente llamaba «la grosería métrico-decimal de la unidad seguida de dos estúpidos ceros», que son, precisamente, los que hacen cien. Último año del segundo milenio o comienzo del tercero, la fuerza se la otorga el salto del dígito en el casillero de las unidades de millar, seguido de tres ceros; el «efecto 2000», como dicen los informáticos.

Todo es convencional, las medidas y su medición; sólo importa que el tiempo es mensurable y que en el cómputo de la era cristiana ya no basta la unidad de millar, un simple ejercicio aritmético que, sin embargo, impresiona a la mente, invita al recuerdo, a la contemplación del pasado, a la formulación de balance –que es el reflejo contable del recuerdo–, a la reflexión del presente y a la prospectiva –que es la contemplación del futuro–.

Mi lección no podrá sustraerse a esas impresiones. El pasado puede reflejarse en una imagen fiel; el futuro, más que imagen es imaginación.

Parece que el tiempo tiene hitos en su incesante camino y son los terminados en cero –más aún, en tres ceros– los que invitan a los caminantes –éstos sí, transeúntes, de paso– a detenerse para otear desde la altura de los años el tramo recorrido y el incierto, por recorrer. Ese es el sentido del año jubilar que la Iglesia católica convoca para el 2000 de la era cristiana; pero el significado no es exclusivamente religioso, sino que alcanza a las instituciones y a las personas. Nuestra Universidad hará ese balance y esa prospectiva al pasar al milenio en cuyos albores cumplirá su V Centenario; y cada uno de nosotros se sentirá atrapado por esa magia de los números que miden el tiempo.

En mi caso, permítanme que inserte en esta disertación una circunstancia personal, también cronológica y jubilar. Cumplida la edad oficial de jubilación, el 25 de julio pasado, las normas universitarias permiten prorrogar la situación de servicio activo hasta el fin del curso académico. Se da, pues, la circunstancia de que imparte la primera lección del nuevo curso quien pronuncia la última como Catedrático en activo, condición que expira con el curso que concluye. Esta circunstancia insólita me obliga también a la reflexión personal y me temo que a convertir la lección magistral en expresión de unos sentimien-

PORTADA

COLECCIÓN

tos, más que de unos conocimientos; y, hasta en lo que de éstos contenga, en apreciaciones subjetivas, más que en expresión de verdades objetivas.

Con vuestra venia, voy a utilizar esta Cátedra –el lugar elevado desde el que se enseña– para contemplar, desde la altura de los años, un largo tramo de historia, e incluso para imaginar el porvenir; para reflexionar sobre el tiempo.

* * * * *

He elegido para este discurso, como título, otra expresión numérica: la lección 1.^a, tradicionalmente dedicada en nuestros programas docentes al reiterativo tema del concepto de la asignatura: «De nuevo, la lección 1.^a...».

La norma universitaria respeta la libertad en la elección del tema inaugural del curso, y al hacer uso de ese derecho ha pesado en mí el recuerdo de una frase sabia que oí a un sabio humanista, el prof. LAÍNEZ ALCALÁ, y que he repetido muchas veces: –«No me sé la lección 1.^a, porque estoy intentando aprenderme la última».

Cuando se llega al final de la última clase y suena la hora, cuando el tiempo se acaba, pero no el programa, es inevitable preguntarse: ¿pero existe la lección última? No es que no consigamos el intento de aprenderla, que se proponía LAÍNEZ ALCALÁ; es que la última lección está por hacer, por descubrir y por describir. En eso consiste la ciencia, toda rama de la ciencia: el saber científico es avance, progreso, marcha hacia adelante, y ese camino no tiene fin, por fortuna. No hay jamás una lección que pueda calificarse de última; pero, en el fondo, el intento frustrado de aprender la primera tiene idéntico fundamento: no puede alcanzarse, porque no se alcanza la última.

El tema de la primera lección versa sobre el concepto de la asignatura, como unidad docente –área de conocimiento, en

PORTADA

COLECCIÓN

la terminología actual–, o como definición de la rama del saber que constituye su objeto. Y es éste un ejercicio especulativo al que los profesores –muy especialmente, los españoles– somos proclives. Sin duda, ha influido en esa inclinación doctrinal la exigencia reglamentaria, que reservaba un ejercicio de las viejas oposiciones a Cátedras (el 2.º de los seis de que constaban) a la exposición oral de un estudio que el opositor había de entregar por escrito sobre «concepto, método, fuentes y programas de la asignatura», la denominada «Memoria». Cuando hablo de «viejas oposiciones» me refiero, naturalmente, a las que yo hice, en 1960, reguladas por un Decreto de la II República (de 25 de junio de 1931). Las disposiciones que sustituyeron aquellas oposiciones por las de Profesores Agregados de Universidad, respetaron el ejercicio y la Memoria, y aunque el sistema vigente los ha reemplazado por el denominado «Proyecto docente», los opositores suelen comenzar éste por el estudio del concepto de la disciplina.

El cumplimiento de esas normas reglamentarias impone a los aspirantes a plazas docentes un esfuerzo investigador del que no se desprenden fácilmente una vez superadas las oposiciones. El gran número de publicaciones sobre el tema del concepto en nuestra bibliografía es consecuencia del sistema, porque muchos dan a la imprenta las páginas de la Memoria y otros continúan el estudio, iniciado en virtud de un precepto imperativo, pero profundizado en el ejercicio de la libertad de investigación en una línea ya abierta y que ejerce un indiscutible poder de atracción.

Añádase que, aparte de las obligaciones reglamentarias, los españoles sentimos una especial inclinación por los temas de concepto. Basta comparar en la manualística un libro español de Derecho mercantil con otros extranjeros de igual nivel didáctico. Pongo este ejemplo porque es el que me atañe; pero estoy seguro de que es extensible a otras ramas del Derecho y, en

PORTADA

COLECCIÓN

general, de las disciplinas científicas. Hay en el planteamiento de cualquier exposición general en nuestra bibliografía un punto de partida conceptual, que suele contrastar con otros más empíricos, los más usuales, sobre todo, en la doctrina anglosajona o de *common law*. Y es que los españoles somos propensos a esas elucubraciones conceptualistas, a preguntarnos sobre el *qué* de las cosas, empezando por el de nuestra propia naturaleza, por el *qué es España*, cuestión, por cierto, cada vez más difícil de resolver, minada por intereses políticos que pretenden, no ya ignorar la historia, sino sustituirla por inventos acomodaticios.

Volviendo al concepto de la disciplina, hay que admitir que es una exigencia científica de todo docente interrogarse por el objeto del estudio y de la enseñanza. Y lo es, también, querer dar a ese objeto una solución unitaria: objeto de estudio y de enseñanza no debe ser un cúmulo desordenado y disperso de conocimientos, sino que éstos deben ser reconducidos a unidad. La ciencia es siempre unidad y generalización, y el concepto unitario, cuando cobija a un complejo universo de conocimientos, exige que sobre la diversidad de éstos se imponga una unidad, que le dé trabazón interna y delimitación externa, en relación con otros conceptos distintos; un criterio, en fin, identificador y delimitador. Alcanzado ese objetivo, se planteará seguidamente el de ordenación racional del conjunto, el sistema, la estructuración lógica del complejo de conocimientos contenido en aquella unidad conceptual.

Sin duda, esa tarea es más ardua en las ciencias sociales que en las de la naturaleza, en el mundo de las ideas que en el de las realidades físicas. Hay en las primeras más construcción subjetiva que aprehensión del *dato*, de lo dado; más reflexión sobre el propio saber que captación de un fenómeno externo. En todo caso, cada ciencia tiende a definir su objeto, a circunscribir su ámbito propio, a delimitar su alcance, sus con-

finés; o, más exactamente, cada científico tiende a plantearse su propio concepto del conjunto de conocimientos que constituye objeto de su estudio.

Pero esos confines no son claros ni permanentes, como no lo son los conocimientos que comprenden. Por eso, la lección 1.^a, que tiende a ofrecer al que aprende, al que se inicia, un punto de partida conceptual y sistemático del contenido de la disciplina, sigue siendo siempre un punto de llegada no alcanzado por quien enseña e investiga. El contenido de la ciencia jurídica es, por esencia, mudadizo, y lo es, especialmente, el de aquellas ramas en cuyo objeto entra el estudio del Derecho positivo. Nada tiene que ver ese carácter con la naturaleza científica del Derecho, como pretendió, para negarla, VON KIRCHMANN; el problema es de relatividad del concepto, incompatible con una formulación absoluta, permanente y omnivaledera.

Ninguna ciencia puede alcanzar, en rigor, esa formulación conceptual; sería la negación misma de su carácter, que no es sólo de avance y desarrollo, sino de constante revisión de sus conocimientos, de perfeccionamiento, de rectificación de viejos caminos y apertura de otros. No se sabe dónde termina una ciencia, porque cambian de continuo sus contenidos.

En la ciencia jurídica esa relatividad se aprecia de manera patente. En las ramas que tienen por objeto el estudio del Derecho positivo, cuando a esa relatividad se une, además, la *especialidad*, respecto de un tronco común, como sucede con el Derecho mercantil, se pretende explicar el fenómeno con el argumento de que se trata de una categoría *histórica*, esto es, no permanente, ni en su existencia ni en su contenido. Cualquier expresión jurídico-positiva participa de esa *historicidad*, inherente a su naturaleza de Derecho *vivo –viviente*, prefiero decir–, cuya evolución en el tiempo viene determinada por una serie de variables, ideológicas, políticas, sociales, económicas,

y, en definitiva, de factores de cultura y de civilización de la comunidad regida por ese Derecho, de convicciones, de valores, de conquistas científicas y técnicas en los niveles de satisfacción de las necesidades de los miembros de esa comunidad.

* * * * *

Ese cambio y las variables en cuya función se opera se han producido con sorprendente intensidad en el Derecho español y, en concreto, en el Derecho mercantil, que constituye mi disciplina, durante los casi cuarenta años que como Catedrático he debido impartirla en esta Universidad. He desempolvado mi vieja Memoria, escrita para las oposiciones que realicé a la Cátedra de Sevilla, en 1960, y que por pudor de juventud mantuve inédita. Digo por pudor, cuando lo frecuente es la osadía como pecado de juventud; pero, en mi caso, la convicción de que la obra era perfectible –evidencia que paralizaría toda publicación– relegó a la estantería el ejemplar mecanografiado de la Memoria, aunque, ciertamente, fue objeto de amplia y frecuente consulta por lectores interesados, como los opositores que me sucedieron en la suerte de aspirar a una Cátedra.

Ya el aspecto físico del ejemplar encuadernado de la Memoria acusa el paso del tiempo. No es necesario adentrarse en la lectura del texto para captar ese efecto, que amarillea el papel y revela su rudimentaria técnica de confección material, en máquina de escribir y copias a calco. La técnica, uno de los factores de cambio, ha evolucionado espectacularmente y eso es ya un motivo de reflexión, aunque sólo sea desde un punto de vista instrumental, de la elaboración material y reproducción de los textos escritos y del acceso del autor a bases de datos, como herramienta al servicio de la investigación.

Hojeo aquella Memoria de artesanía, releo sus páginas de borrosa mecanografía y medito sobre lo que de efímero y de

PORTADA

COLECCIÓN

vigente encierra su texto. El «concepto de la asignatura» sobre el que el precepto reglamentario obligaba al opositor a pronunciarse supone ya la afirmación de una autonomía docente o didáctica, en el marco de las disciplinas jurídicas; una afirmación incuestionable en aquel viejo sistema de plan de estudios único y monolítico, pero que corre el riesgo de resquebrajarse en el nuevo, en función de una autonomía que, más que a las disciplinas, se reconoce a las Universidades para elaborar sus propios planes, si bien dentro de unas directrices generales y de una homologación, como garantías reglamentarias de un mínimo unitario.

Cierto que las directrices vigentes reconocen al Derecho mercantil el carácter de «materia troncal»; pero la posibilidad de acortamiento del segundo ciclo y de aumento de disciplinas reduce el tiempo de su docencia, en detrimento inevitable de la materia. He dedicado muchas horas de trabajo durante mi vida docente a la reforma de los planes de estudios, con el firme propósito de su perfeccionamiento; pero he de reconocer que en esa materia decidí jubilarme voluntaria y anticipadamente, escéptico de los resultados que para la formación universitaria podría suponer el nuevo sistema. Me temo que, en aplicación de la ley del péndulo, tan vigente en España, estemos a punto de pasar del rigor uniforme e inflexible de los planes de estudio al extremo opuesto, de la variedad caprichosa e incontrolada.

Pero, más que la autonomía docente, me sigue preocupando si ésta se corresponde con una verdadera autonomía científica. Lo que es objeto de una ciencia es el Derecho y, dentro de él, el ordenamiento jurídico de cada Estado, manifestado en el Derecho positivo, que a su vez se clasifica en ramas, en función de la naturaleza de sus normas y del sector de la realidad a que se aplican. El concepto sigue estando en función de esa doble variable: el carácter público o privado –la *summa divisio* del Derecho– y la realidad social regulada, sobre cuya natura-

PORTADA

COLECCIÓN

leza y sobre cuyos contornos ha de formularse el concepto del Derecho mercantil.

Más aún; el *qué es* no constituye la cuestión última en la ciencia ni se satisface con una respuesta que acote formal o materialmente su objeto; la preocupación intelectual última es el *porqué*, y en nuestro caso sólo se resuelve si se explica por qué existe un Derecho especial separado del común para esa concreta realidad social; por qué exige ésta una regulación distinta, que justifique la especialidad del Derecho. La pregunta de HECK, formulada en 1902, sigue en pie: ¿por qué, qué necesidad vital exige la existencia de un Derecho privado mercantil separado del civil?

Los mercantilistas nos hemos esforzado en responder adecuadamente a esa pregunta y seguimos intentándolo, lo que quiere decir que no lo hemos conseguido. Cada Memoria, cada Proyecto docente, cada lección 1.^a de cada manual, de cada tratado, de cada obra general es un nuevo ensayo de contestar a la vieja cuestión. Y cuando me enfrento, otra vez, con la lección 1.^a en esta solemnidad académica no encuentro más respuesta convincente a la inquietante pregunta que replicar con otra: ¿Pero es que hay alguna razón que justifique la existencia de un Derecho mercantil privado especial separado del civil? ¿Segue habiendo un porqué o ya no hay motivo para formular esa pregunta?

Hace cuarenta años me planteé la pregunta de HECK e intenté responder en mi Memoria. En las obras generales en que he tenido que desarrollar el tema del concepto, he procurado ofrecer conclusiones que sirviesen de respuesta, acorde con la evolución del Derecho mercantil y las exigencias de nuestro tiempo. Cada curso académico en que me ha correspondido iniciar la enseñanza de la asignatura, he asumido el difícil reto de exponer a mis alumnos un concepto de la disciplina que sirviese de presentación, de punto de partida y de

PORTADA

COLECCIÓN

ordenación de los conocimientos objeto de estudio. Hoy, vuelvo, voluntariamente, a enfrentarme con ese reto, y no con ánimo de resolver la cuestión, sino de exponer, al final del camino, mis dudas y vacilaciones, mis revisiones de anteriores posturas, mis intuiciones, más que mis predicciones de futuro. De otra parte ¿hay actitud más científica que la duda y la intuición, puntos de partida de toda labor investigadora?

Mi Memoria de Cátedra hacía el recorrido clásico en la aplicación del método histórico y de la premisa de la relatividad del concepto de Derecho mercantil como categoría histórica. El origen medieval de este Derecho se enmarcaba en un conjunto de circunstancias, políticas (fraccionamiento de la soberanía, debilidad de los poderes públicos), sociales (aparición de una cultura ciudadana o burguesa, organización profesional corporativa), económicos (una nueva economía mercantil, basada en el tráfico de mercaderías) y jurídicas (anquilosamiento del Derecho común, aparición de nuevos ideales de justicia), que explicaban el nacimiento de un Derecho nuevo, consuetudinario, clasista y adecuado a las exigencias del tráfico. Ciertamente que esas circunstancias responden a la historia italiana y su generalización a la española es cuestionable, porque las condiciones, el ciclo de evolución y los factores incidentes son bien diversos; pero hay que reconocer que es en la península itálica donde se produce el alumbramiento.

Nacido así el Derecho mercantil, su historia es la de un perpetuo cambio.

La relatividad histórica del Derecho mercantil es, a la vez, una relatividad formal y material, porque cambian en el tiempo el criterio delimitador de su contenido y el ámbito de la realidad social regulada, en relación con otros sectores vecinos del ordenamiento jurídico y en función también de circunstancias históricas. Afirmaba yo en la Memoria de 1960:

PORTADA

COLECCIÓN

«Una inducción, después de examinar las causas y consecuencias de la mutabilidad de la materia mercantil, nos lleva a concluir que los factores determinantes de cambio son de dos clases: o se trata de factores de tipo técnico, que afectan a la materia regulada, o se trata de factores de tipo ideológico, que afectan a la mentalidad del pueblo o del legislador creador de las normas.

Dentro del primero comprendemos, por ejemplo, la producción en masa, el desarrollo industrial. Dentro del segundo, las ideas políticas, económicas o religiosas que profesa el creador de la norma.»

En función de transformaciones técnicas e ideológicas se contemplaban en aquel texto las grandes etapas históricas del Derecho mercantil y se hacía la crítica de las doctrinas que han pretendido vincular el concepto de esta rama con una variable ideológica: la economía, el espíritu, la organización o la mentalidad capitalista. Más que captar la esencia del Derecho mercantil en esa vinculación –tesis que plantea la polémica prioridad del huevo o la gallina– puede apreciarse cómo el capitalismo –factor ideológico– incide en la evolución de nuestro Derecho; pero es un factor de evolución, no un criterio ideológico definidor del Derecho mercantil.

Las sucesivas etapas de evolución se caracterizan –y se diferencian, por ello, unas de otras– en función de los criterios de delimitación de la materia regulada. La primera de esas fases es la del *ius mercatorum*, delimitado en función de un criterio subjetivo, personalista, gremial, clasista: Derecho de una clase de personas, los mercaderes, unos profesionales dedicados a la actividad económica de intermediación lucrativa en la circulación de mercaderías, de cosas muebles corporales destinadas al tráfico.

Pero fijémonos en las palabras, que expresan ideas, y en su etimología, que denota su origen. *Mercader*, la profesión que da nombre a ese Derecho, deriva de *merx*, la mercancía. El objeto de la actividad da nombre al profesional (*mercator*),

a la profesión (*mercatura*) y al lugar en que se realiza (*mercatus*). Retengamos el vocablo: el mercado es un espacio físico en la ciudad medieval, destinado a la reunión de vendedores y compradores. La economía que allí florece, en contraposición a la feudal, es una economía mercantil, basada en el tráfico de mercancías, protagonizada por mercaderes y centrada en el mercado. Y el Derecho que nace para adecuarse a las necesidades de esa nueva economía es el Derecho mercantil, creación de los mercaderes y de sus organizaciones profesionales para regir las relaciones entre ellos en el ejercicio de su actividad propia (*ius mercatorum ratione mercaturae*).

El paso de ese sistema subjetivo al objetivo se produce en virtud de una evolución progresiva –que pasa por el factor político del Estado moderno y por lo que he llamado «estatalización, legalización y nacionalización» del Derecho mercantil– hasta desembocar en una revolución política, la francesa de 1789. No voy a detenerme en el análisis detallado de ese tránsito; me limitaré a recordar los factores ideológicos de transformación. El postulado revolucionario de la libertad condujo a una economía libre, sin trabas ni cortapisas, a la libre iniciativa, a la libre elección de profesión y al libre acceso a ella; el postulado de la igualdad, a una sociedad no clasista, abolicionista de estamentos y de privilegios corporativos.

Pero el intento de establecer como criterio delimitador de la materia mercantil el concepto de acto de comercio objetivo («sean o no comerciantes los que los ejecuten»), para huir del signo clasista, situó al Derecho mercantil en una coyuntura enormemente problemática, de la que todavía no ha salido. En la Memoria, clasificaba yo las reacciones doctrinales ante el problema del concepto del Derecho mercantil después de la consolidación codificada del sistema objetivo, en «constructivas» (que intentan, sin éxito, captar un concepto unitario del acto de comercio), «acomodaticias» (creadoras del artificio del co-

PORTADA

COLECCIÓN

mercio en sentido jurídico o legal), «pesimistas» (negativas de la posibilidad de alcanzar un concepto unitario del Derecho mercantil y de su propia razón de ser, lo que conduce a su disolución), «revisionistas» (que sustituyen el criterio del acto de comercio por otros más amplios: «los negocios») y «rectificadoras» (que cambian el rumbo de la investigación del concepto y encuentran la razón de ser del Derecho mercantil en la repetición masiva de unos mismos actos o en la organización económica necesaria para llevar a cabo esa actividad: la empresa).

En la teoría de la empresa se situaba la coyuntura del tema del concepto del Derecho mercantil en la época de mis oposiciones. Recibida de WIELAND y de MOSSA, introducida en España por POLO y acogida por la mayor parte de nuestra mejor doctrina –con grados y matices, ciertamente–, la empresa se había convertido en criterio definidor de la materia mercantil, como rectificación superadora del caduco sistema de los actos de comercio. El Derecho mercantil se configuraba así como un Derecho «regulador de las empresas», de las «unidades económicas organizadas» (POLO), aunque, con mayor relatividad, se reconoce que también sus normas se extienden fuera de ese tráfico empresarial (GIRÓN). Con un enfoque subjetivo, URÍA se centra en el empresario, para definir el Derecho mercantil como «ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios», identificando esta actividad con la empresa, mientras que a la organización de bienes y servicios necesaria para desarrollarla la denomina «establecimiento» (equivalente a la «azienda» del «Codice civile italiano» de 1942). El maestro GARRIGUES, reacio inicialmente a la teoría de la empresa, la acoge con posterioridad, para someterla, en fin, a una profunda revisión crítica.

Centrada mi Memoria de 1960 en el tema de la empresa, no pudo sustraerse a esa fase crítica, ni a la «conciencia de

PORTADA

COLECCIÓN

cambio». El diagnóstico de la crisis se exponía en aquellas páginas, siguiendo a GARRIGUES, para señalar como causa los postulados políticos vigentes; y así como en la Revolución francesa fueron los postulados de libertad los que motivaron la crisis del Derecho mercantil del «ancien régime», eran los contrarios, los que tendían a negar esa libertad, los responsables de la crisis que a la sazón padecía el Derecho mercantil, inmersa en la más amplia del Derecho. Pero, distanciándome aquí de las enseñanzas del maestro, 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». A partir de ahí, el intento de mi trabajo se dirigía a denunciar los errores e imprecisiones de la doctrina, para ver, en definitiva, cuál era la verdadera base sobre la que asentar el concepto de nuestro Derecho mercantil.

Partiendo de la empresa como unidad económica y de su falta de adaptación a los conceptos jurídicos unitarios, negaba yo la definición del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, en cuya organización y estructura interna no penetran sus normas y sí otras diversas ramas (Derecho del trabajo, Derecho de la economía o Derecho público económico). No podía haber exactitud en la ecuación Derecho mercantil = Derecho de la empresa, cuando otros derechos se ocupan de ésta y cuando el propio Derecho mercantil se para a las puertas de la organización. El argumento extraído de la Exposición de Motivos de la LSA de 1951, que limitaba el carácter de la reforma a lo *mercantil* y excluía de su ámbito «los problemas de

tipo social que se agitan en el seno de la empresa», me pareció irrefutable.

De ahí, concluía que «la empresa no puede servir nunca como elemento delimitador de ninguna rama jurídica, porque no es objeto exclusivo de ninguna de ellas».

Me he detenido en la lectura de aquellas páginas porque, inéditas, encierran afirmaciones que han prosperado en nuestra posterior doctrina.

Creo que la aportación principal de aquella Memoria estaba en el intento de una revisión de la doctrina de la empresa y en un acercamiento a ésta, no como elemento delimitador del concepto de Derecho mercantil, sino como *nuevo criterio calificador* de la materia por éste regulada: su titular –el empresario– y su actividad –los actos de empresa–. Así, el Derecho mercantil seguía siendo el Derecho de una clase de personas y de una clase de actos, pero caracterizados precisamente –personas y actos– por su vinculación con la empresa, un dato que podía dar unidad, realidad y armonía al sistema. La empresa se convertía así en «presupuesto, concepto económico previo, criterio calificador». Un dato, además, fáctico, identificable por su trascendencia externa, visible y aprehensible, cuya presencia en el C. de c. de 1885 se manifestaba, a mi juicio, en el artículo 3.º, en cuya virtud, desde que se anuncie «un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil» –esto es, desde que trascienda al exterior una organización empresarial–, existe la presunción de su «ejercicio habitual». El problema no es ya cuantitativo, sino funcional, porque radica en el dato de la organización y en su publicidad, en su apariencia exterior, dato a partir del cual puede calificarse a la persona que aparece como titular y, en definitiva, a los actos que realice.

En esa función, la empresa se considera como unidad económica de producción de bienes o servicios «para el mercado», sin

PORTADA

COLECCIÓN

más distinción entre las clases de esa actividad que la excluyente de las profesiones liberales.

La referencia al mercado aparecía como indicación de destino de la actividad de la empresa, que produce para colocar en el mercado los bienes o servicios. Subrayaba la Memoria que la entonces reciente Ley de Entidades Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, definía en su E. de M. a las empresas nacionales por su «actuación inmediata frente al mercado», y era ésta la razón que requería «una libertad de movimientos difícilmente conciliable con las normas más formalistas del Derecho administrativo», por lo que la Ley las sometía a un régimen de Derecho privado. Se regían, pues, por el Derecho privado en su actividad externa, «frente al mercado»; lo que significa, en el fondo, que es el mercado el que impone esa regulación especial mercantil.

El «estatuto del empresario», que establece especiales derechos y obligaciones por razón de su profesión, se refiere al ejercicio de su actividad propia, lo protege en el normal desarrollo de ésta y protege a los terceros afectados. En ese marco encuadraba yo el acceso a instrumentos específicos de publicidad registral, la llevanza obligatoria de contabilidad, las normas sobre competencia, los signos distintivos y demás derechos de propiedad industrial, la propiedad comercial y los procedimientos especiales de prevención o resolución de la insolvencia de los empresarios.

Pero, en definitiva, el núcleo esencial de la materia mercantil se centraba en la *actividad externa propia de la empresa* y sus instrumentos, en su actuación en el *mercado*, como ambiente exterior en el que se realiza aquella actividad.

Sobre esos datos, estatuto del empresario y actividad externa propia de la empresa, se pretendía fundamentar una «autonomía» del Derecho que los regulaba.

* * * * *

Cuarenta años van a cumplirse de aquel trabajo de juventud. Sobre él diserté cuando, en cumplimiento de un protocolo universitario entonces respetado, pronuncié mi primera lección en la Facultad de Derecho de esta Universidad, al iniciar el curso 1960-61. De nuevo, quiero volver sobre el tema en esta primera lección del curso 1999-2000, que es para mí la última como Catedrático en activo.

Es una reflexión sobre el tiempo. Quizás de aquellas páginas lo único permanente sea la relatividad; es la idea que sigue teniendo vigor, sobre otras que se han demostrado efímeras o caducas. Sólo el cambio permanece.

Comparo las circunstancias de la realidad española bajo las que yo escribía la Memoria de Cátedra con las actuales y medito sobre los factores del cambio. Recuerdo que los clasificaba en técnicos e ideológicos, e incluía en estos últimos los políticos y económicos. Comencemos por ahí.

De un régimen político autocrático y de economía autárquica e intervencionista, a un régimen democrático y de economía de mercado, integrado en la Unión Europea y con peso en el concierto mundial. Cuando en 1960 presenté mi Memoria de Cátedra, España intentaba salir del modelo autárquico impuesto por el régimen de Franco, mientras que la «Europa de los doce» era ya una realidad, nacida de los Tratados de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, a los que había precedido el Tratado del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951. El «plan de estabilización» español de 1959 fue una tímida reacción frente a realidades que se imponían a los postulados económicos del régimen político.

Hoy aprecio en el texto de la Memoria esa sensación de aislamiento que habíamos experimentado los jóvenes universitarios de la época en la Europa de la posguerra mundial, sobre todo quienes habíamos tenido la suerte de cursar estudios de

PORTADA

COLECCIÓN

especialización fuera de nuestras fronteras y conocer la realidad de las nuevas democracias.

España, devastada en una guerra civil y aislada de la comunidad internacional tras la II guerra mundial, soportaba un modelo autárquico, más impuesto que elegido. El desmantelamiento del aparato productivo no podía remediarse en una situación regresiva, de insuficiente formación de capital, déficit en la balanza de pagos, escasez de materias primas y de bienes de equipo, alza de precios, inflación, sobre todo hasta los años cincuenta, en los que los niveles del producto interior consiguen remontar los anteriores a 1936. La ayuda americana, en contraprestación a las instalaciones de bases militares, permitió una financiación de inversiones, pero no corrigió, sino que aceleró, el crecimiento de los precios, el déficit comercial, duplicado, según las estadísticas aduaneras, de 1955 a 1957, y la disminución de las reservas. El plan de estabilización se propuso abrir la economía española al comercio exterior, favorecer los intercambios, simplificar el régimen de cambios múltiples, mejorar la balanza de pagos, ordenar las inversiones y sanear la Hacienda pública, para impulsar la expansión económica, sacar a España de la postración en que yacía respecto de los países del entorno europeo y, en suma, transformar en economía abierta la enclavada en el cepo de la autarquía.

No importan tanto las fases del ciclo económico como las ideas rectoras de la política económica, que son las que pretendo contraponer con las del momento actual. Aquel sistema favorecía más al negocio especulador de las importaciones que al esfuerzo competitivo de las exportaciones. Y ello en virtud de una sustitución de la economía liberal por una política intervencionista, manifestada a través de una rigurosa regulación jurídico-pública de la materia mercantil y de un protagonismo de los entes públicos en el ejercicio de actividades económicas. Mientras continuaba en vigor un C. de c. de inspiración liberal,

PORTADA

COLECCIÓN

el legislador recortaba el ámbito de la autonomía de la voluntad privada con normas públicas y favorecía la participación pública en la economía.

El cotejo de aquella situación hay que establecerlo con una serie de ideas matrices de la España actual: la Constitución de 1978, como pieza fundamental del régimen político y económico; la integración en la Unión Europea, desde la firma del Tratado de adhesión, el 12 de junio de 1985, con efectos al 1 de enero de 1986, y la propia tendencia a la uniformidad internacional, a partir, fundamentalmente, del establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI-UNCITRAL), de la que España es miembro. Con esas referencias hay que enfocar el Derecho mercantil actual.

* * * * *

En primer lugar y preferentemente, voy a referirme a la Constitución española de 1978 (CE). Los mercantilistas llevamos veinte años pensando, hablando y escribiendo sobre este tema, conscientes de que la Ley fundamental necesariamente afecta al fundamento mismo de nuestro Derecho, para encuadrarlo en el marco de la llamada «Constitución económica». Ciertamente es que la flexibilidad de ésta permite una amplia variedad de planteamientos; pero también lo es que en el texto constitucional lucen unos principios inspiradores de pautas para fundamentar un Derecho mercantil acorde con ese marco.

El primordial entre esos «principios constitucionales» es el de *economía de mercado*. La mención aparece en el art. 38 CE como referencia al «marco» de la libertad de empresa, encuadrada ésta entre los «derechos fundamentales y las libertades públicas» que define la Sección Primera del Capítulo II CE. La

PORTADA

COLECCIÓN

interpretación correcta del precepto constitucional lleva a conclusiones ciertas:

En la expresión «economía de mercado» se enuncia un sistema económico cuyo núcleo es el mercado. Volvemos a encontrar la palabra que habíamos retenido al hablar de los orígenes del Derecho mercantil.

La empresa y su libertad se plantean en el marco, más amplio, de la economía de mercado, como elementos de ésta, pero no agotan su contenido; otros elementos integran también el sistema. Además, la libertad de empresa encuentra, en la garantía y protección que a su ejercicio han de prestar los poderes públicos, sus propios límites: «las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». Mientras el primero de esos límites se formula de manera absoluta – aunque indeterminada –, el segundo se enuncia en forma relativa – «en su caso» –, porque la planificación es uno de los modelos que cabe dentro del sistema económico de economía de mercado.

A la planificación se refiere el art. 131.1 CE dentro del Título VII (Economía y Hacienda); una concesión al consenso de las fuerzas políticas constituyentes de 1978, que ha de interpretarse en el marco de una economía de mercado y en forma compatible con la esencia de la libertad de empresa. ¿Hasta qué punto una planificación económica es compatible con la libertad de empresa, cuya esencia es no sólo el derecho de los ciudadanos a la libre elección de la profesión de empresario, al acceso al mercado, sino también a la libertad de actuación en el ámbito de la autonomía de la voluntad? El art. 131.1 CE limita, a su vez, ese límite de la libertad con exigencias formales (reserva de ley para las medidas planificadoras, participación de las Comunidades Autónomas, sindicatos y organizaciones profesionales, empresariales y económicas, a través de un Consejo, en la elaboración de los proyectos planificadores) y finalistas («para

PORTADA

COLECCIÓN

atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución»). Cualquier exceso sobre esos límites sería inconstitucional, como lo sería el consistente en vaciar de contenido esencial la libertad de empresa a través de la planificación.

Respecto del límite de las exigencias de la economía general, es cierto que se enuncia de forma absoluta, pero entiendo que su interpretación ha de ser sistemática, basada en los principios constitucionales definidores del sistema económico. Ningún Gobierno podrá invocar caprichosamente las exigencias de la economía general para limitar la libertad de empresa, sino que habrá de basar la medida restrictiva en otros postulados de la constitución económica.

Tales son:

- el principio de *coinciativa económica* –art. 128.2 CE–, que configura un sistema mixto, de empresa privada y pública, en el marco de la economía de mercado. La iniciativa pública es intervención, en el sentido de protagonismo, participación del Estado y de los entes públicos en la actividad económica, como empresarios; distinta de la intervención en el sentido de ordenación o limitación de la actividad empresarial privada por una vía heterónoma, y de la intervención en el sentido de interposición de una autoridad pública en el régimen de aprobación de actos del empresario privado en el ámbito de su actividad (cfr. art. 128.2 CE; arts. 31 a 38 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito; art. 39.3 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los seguros privados). El término intervención tiene una peligrosa anfibología, que conviene aclarar;

PORTADA

COLECCIÓN

- el principio de coiniactiva admite, por su parte, una excepción a favor del sector público en la posibilidad de reserva de recursos o servicios esenciales, incluso mediante monopolio; otra medida excepcional, que no podrá superar las condiciones de limitación a sectores parciales y, a la vez, esenciales de la economía;
- el principio de *productividad*, cuya garantía y defensa encomienda a los poderes públicos el art. 38 CE, y en cuya virtud se pueden justificar medidas restrictivas de la libertad de empresa;
- el principio de *defensa de los consumidores y usuarios*, que consagra el art. 51 CE, uno de los puntos básicos de todo el sistema y que no sólo constituye un claro límite a la libertad de empresa sino un elemento esencial en el contenido de la economía de mercado. Los consumidores y usuarios son protagonistas esenciales del mercado y de la economía a la que caracteriza, destinatarios finales del tráfico de bienes y servicios, desde la producción y a través de la intermediación; sus relaciones con otros protagonistas –empresarios o no– integran la realidad del mercado, y el signo que la constitución económica impone al Derecho regulador de esas relaciones es imperativamente tuitivo, protector de sus intereses en el conflicto con las otras partes.

Elegido así como clave del sistema económico constitucionalizado el principio de economía de mercado, resulta curioso que la CE no haya formulado de manera expresa dos principios que parecen corolarios de aquél: el de libre competencia y el de unidad de mercado. Fundamentales ambos, no han encontrado formulación explícita en el texto constitucional, aunque sí en legislación posterior y en la jurisprudencia del TC.

El principio de *libre competencia* es dato esencial del sistema de economía de mercado –de «principio rector» lo califica la E. de M. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)– y una de las manifestaciones de la libertad de empresa –«la primera y más importante», según la citada E. de M.–. La economía de mercado es, básicamente, una economía competitiva, y la libertad de empresa no se concibe sino en libre competencia. En la E. de M. de la LDC se expresa con claridad esa idea, y en la de la Ley 3/1991, de 20 de enero, de Competencia Desleal (LCD) se dice que la CE «hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano constitucional, sobre el principio de libertad de competencia... Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado...»

PORTADA

Fundamental es también el principio de *unidad de mercado*, silenciado por la CE, en contraste con una tradición constitucionalista, que describe el territorio nacional como un ámbito sin fronteras internas y sin aduanas (v. art. CXVI de la Constitución de Bayona, de 1808; art. 354 de la Constitución de Cádiz, de 1812). La organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas –el «Estado de las Autonomías», en la expresión convencional– no puede suponer la fragmentación de un mercado único regido por unos principios básicos, dentro de un solo orden económico, como ha proclamado el TC desde su Sentencia 1/1982, de 28 de enero (posteriormente, v., entre otras, las SS.TC 32/1983, de 28 de abril; 11/1984, de 2 de febrero; 29/1986, de 20 de febrero; 88/1986, de 1 de julio; 177/1990, de 15 de noviembre; 62/1991, de 22 de marzo; 225/1993, de 8 de julio; 133/1997, de 16 de julio).

COLECCIÓN

Es sobre esa base unitaria como se justifica el principio de unidad jurídica, en cuya virtud la CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación mercantil» (art. 149.1.6.^a).

El precepto constitucional ha obligado a los intérpretes a preguntarse de nuevo: ¿qué es legislación mercantil? ¿cuál es la materia mercantil?

He defendido y reitero aquí que la naturaleza de la «legislación» a que se refiere la norma es la de Derecho privado (doctrina mantenida por el TC en SS. 37/1981, de 16 de noviembre; 14/1986, de 31 de enero; 88/1986, de 1 de julio; 225/1993, de 8 de julio; 133/1997, de 16 de julio, entre otras), lo que deja al margen de la atribución competencial al Derecho público, cuya incidencia en sectores mercantiles y en diversos grados admite el propio art. 149 (v., por ejemplo, art. 149.1.11.^a y 13.^a).

Pero el concepto de «legislación mercantil» no sólo ha de definirse por su naturaleza –jurídico-privada– sino por el ámbito de la materia regulada. Y es aquí donde las dudas surgen con mayor profundidad y donde la revisión de los conceptos tradicionales parece más necesaria. El tema es trascendental a los efectos de atribución de competencias y de la mayor importancia como salvaguarda constitucional de la unidad económica y jurídica de España, ante la avidez legislativa de las Comunidades Autónomas. Importa delimitar con precisión la materia mercantil para impedir que en ella incida con golpes de fractura un Derecho privado emanado de las Comunidades Autónomas.

La delimitación de competencias ha de hacerse, según doctrina del TC, en cuanto sea posible «a partir sólo de nociones intrínsecas a la propia Constitución» (S. 35/1982, de 14 de junio). ¿Cómo trazar la linde de lo mercantil con esos criterios? Pienso que a la primera noción que hay que acudir es a la de economía de mercado, a la de mercado como concepto caracterizador del sistema y a las en ellas implícitas de libre competencia y

PORTADA

COLECCIÓN

de unidad. Si es ésta la que justifica la atribución exclusiva de la competencia legislativa del Estado sobre la materia mercantil, parece lógico concluir que todo el Derecho privado regulador del mercado se comprenda en esa exclusiva. Si es la unidad de la materia la que exige una regulación unitaria, «legislación mercantil» habrá de identificarse con regulación legal de Derecho privado sobre el mercado.

El criterio del mercado como delimitador de la materia mercantil traza la linde más allá del concepto de nuestro Derecho como Derecho privado regulador del estatuto del empresario y de la actividad externa propia de la empresa. La empresa no sirve ya como criterio calificador de la materia mercantil, porque en el ámbito del mercado no sólo entran las empresas, los empresarios y su actividad propia, ni siquiera si se incluyen las relaciones de éstos con los consumidores; entran en ese ámbito otros protagonistas y otras relaciones que exceden de los límites señalados por la empresa como criterio calificador.

La legislación española posterior a la CE muestra ese desbordamiento de la materia mercantil más allá de la delimitación marcada por el criterio de la empresa. Veamos algunos ejemplos, significativos por su importancia.

El régimen de *libre competencia*, básico en el sistema de economía de mercado, no afecta sólo a las empresas. Siendo «una pieza legislativa de importancia capital dentro del sistema de Derecho mercantil» –como ha proclamado la E. de M. de la LCD–, su regulación es *general*, de ordenación y control de las conductas *en el mercado*, de actos que se «realicen *en el mercado*», sean o no empresarios los sujetos agentes y pacientes. Los empresarios son sólo un sector del mercado, porque hay «otros sectores», como la artesanía, la agricultura, las profesiones liberales, a los que también resulta aplicable la LCD, superadora de «una concepción profesional y corporativa de la disciplina».

Pues bien, si esa «pieza capital» dentro del sistema del Derecho mercantil, al adecuarse «a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica», no se centra en el criterio de la empresa, sino en el del mercado, cabe preguntarse si el mismo planteamiento no habrá de darse a todo el Derecho mercantil, como Derecho privado regulador del mercado. La E. de M. de la LDC se refiere, en conjunto, a las leyes, de orden público o privado, que regulan el mercado, cuyo ámbito geográfico delimita con el calificativo «nacional». El dato es relevante para delimitar el nuevo Derecho mercantil, porque todo el Derecho privado regulador del mercado nacional exige una atribución exclusiva de competencia legislativa para no quebrar su unidad con diversidades autonómicas.

No sólo los empresarios –su ámbito y su actividad propia– se integran en esa «materia mercantil»; no son los empresarios los únicos protagonistas del mercado, ni sus relaciones agotan el contenido de la «legislación mercantil», en la expresión constitucional. Sin duda, es materia mercantil la relativa al estatuto y a la actividad propia de los empresarios; pero una cosa es que sea materia mercantil y otra que sirva como criterio delimitador de tal materia.

A idéntica conclusión conduce, a mi juicio, el examen de la *legislación de defensa de consumidores y usuarios y de las condiciones generales de contratación*, que, en cuanto Derecho privado de relaciones de mercado, ha de ser entendida como mercantil, de atribución exclusiva del Estado, sin necesidad de la presencia de un empresario.

La defensa de los consumidores y usuarios, que proclama el art. 51 CE, tiene, conforme al art. 53, el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico y, en concreto, inspirador de la regulación del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales (art. 51.3 CE).

Partamos de la afirmación de que los «actos de consumo» son típicos del mercado, porque constituyen el fin de toda economía de mercado. Pues bien, la protección de consumidores y usuarios no se dispone frente o contra el empresario, o los «actos de empresa». La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), evita el término empresario, para envolverlo en expresiones más amplias y comprensivas. Su art. 1.2 se refiere, así, a quienes produzcan, faciliten, suministren o expidan los bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, y su n.º 3 excluye de la consideración de consumidores o usuarios a «quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

El art. 8 LGDCU remite a las disposiciones sobre publicidad en materia de oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios. Pues bien, el art. 2.º la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, define ésta como toda forma de comunicación realizada «en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones». La expresión descriptiva de las actividades está tomada de fórmulas comunitarias (v. art. 1 de la Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa; art. 1.º.b de la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas obligaciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, aunque ésta se refiere a «empresa pública o privada», «en relación con una actividad comercial, industrial,

PORTADA

COLECCIÓN

artesanal o *profesión liberal*»; idéntica expresión se ha mantenido en la reforma introducida en la Directiva últimamente citada por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, en cuyo art. 1 se dispone que el apartado b del anterior pase a c, con nueva redacción, que no afecta a la expresión transcrita).

La LGDCU hay que interpretarla en relación con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales contratación (LCGC), cuya Disposición adicional primera introduce en ella importantes modificaciones. El legislador español, en una opción muy discutible, ha incorporado la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, mediante una Ley reguladora de las condiciones generales de contratación, que a la vez modifica el marco jurídico preexistente en materia de protección de consumidores y usuarios.

La Directiva comunitaria transpuesta contempla los contratos celebrados entre «profesionales y consumidores» (art. 1) e incluye en los primeros «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada» (art. 2.c).

La Ley española distingue entre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pero en uno y otro caso contempla la presencia de un *profesional* como parte en el contrato. El «predisponente» de una cláusula general es siempre un profesional (art. 2.1 LCGC); la contraparte del consumidor, también (art. 10 bis. 1, párrafo tercero; Disposición adicional primera, I; II. 9, 10, 12; III. 15, 16, 17; IV. 22, 29).

El art. 2.2 LCGC, al definir el ámbito subjetivo de la Ley, dispone que, a sus efectos, «se entiende por profesional a (*sic*) toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de

su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada». Pero la redacción dada por la Disposición adicional Primera. Seis LCGC al párrafo último de la Disposición adicional que añade a la LGDCU no es del mismo tenor: «Se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada». La diferencia no puede deberse más que a la deficiente técnica de la LCGC, porque ninguna otra explicación tiene que en su art. 2.2 se utilice la disyuntiva «profesional o empresarial», que no se contiene en la citada disposición adicional al referirse a las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores.

El texto original de la LGDCU utiliza para la parte en posible conflicto de intereses con el consumidor una terminología variada: «productor o suministrador» (art. 11.2); «persona, empresa o entidad que suministra los correspondientes productos o servicios» (art. 16.1.a); «fabricantes o productores» (art. 16.2); «fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos o servicios» (art. 27.a), entre otros términos, aunque hace referencia a «Asociaciones, federaciones o agrupaciones empresariales» (art. 22.3 y 4).

En definitiva, la ley española, en línea con la terminología comunitaria, supera la denominación de empresa o empresario con la más amplia de «profesional», al referirse a la persona o al calificar su actividad. El empresario es un profesional, aunque no todo profesional sea empresario en sentido propio; de aquí que, en ocasiones, se prefieran expresiones descriptivas de la naturaleza de la actividad («comercial, industrial, artesanal o profesional», en cuyo contexto este último calificativo se identifica con las denominadas profesiones liberales). Evidentemente, la finalidad y el espíritu de la norma, pauta fundamental a efectos de su interpretación, consisten en comprender en el supuesto de hecho una categoría de agentes del mercado más

amplia que la de los empresarios, además de evitar el problema de la interpretación literal de este vocablo, cuyos confines no resultan claros. Las típicas dudas acerca de la calificación mercantil de las empresas y de los límites con la agricultura, la artesanía o las profesiones liberales quedan despejadas en virtud de este ensanchamiento del concepto de agentes u operadores del mercado, a la vez que, de otra parte, los actos de consumo irrumpen con fuerza en el nuevo Derecho, que cambia su signo profesional o clasista por uno más objetivo, como es el de mercado.

No sólo la legislación mercantil posconstitucional cambia el signo por el del mercado. Me refiero también a la tipificación de los «delitos societarios» en el nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Aunque comienzo por reconocer que la técnica legislativa del llamado «Código penal de la democracia» no es la más indicada para servir de modelo, sí me parece relevante que al intentar definir al sujeto activo de esos delitos, junto a una enumeración de entidades carente del más mínimo rigor jurídico, heterogénea y no exhaustiva –en la que se mezclan y repiten cooperativas, cajas de ahorro, mutuas, entidades financieras o de crédito, fundaciones y sociedades mercantiles–, se añade una cláusula de analogía, impropia de un precepto penal –«cualquier otra entidad de análoga naturaleza»– que se cierra con un rasgo común: «que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

Así, el sujeto agente ha de ser, por sus fines, un partícipe del mercado, y no ocasional, sino permanente. Esa referencia al mercado como elemento definidor del agente, cuando se trata de proteger bienes jurídicos que en su actuación pueden ser lesionados, me parece relevante para señalar la trascendencia jurídica del concepto, más allá de los confines mercantiles, pero en evidente relación con su materia.

Baste para concluir la exposición indicativa del nuevo Derecho español.

* * * * *

La Unión Europea (UE) es más que un mercado común y debe serlo aún mucho más; pero el mercado común es un medio necesario para cumplir su misión. Así lo proclama el art. 2 del Tratado, tal como ha sido modificado en Amsterdam, 1997 (TCE): «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un *mercado común*...» una serie de fines, para alcanzar los cuales se establecen unas acciones que implican la prohibición entre los Estados miembros de derechos de aduanas y de restricciones de cualquier clase a la entrada y salida de mercancías; una política común en el comercio, la agricultura, la pesca, los transportes; un mercado interior caracterizado por la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común (art. 3 TCE).

La creación efectiva de ese mercado exige una armonización legislativa. De nuevo, la unidad del mercado impone una unidad jurídica, aquí de ámbito supranacional, superador de la soberanía de los Estados miembros a través de un mecanismo de delegación de competencias a favor de las instancias comunitarias y de la aceptación del Derecho de ellas emanado. Existen otros sectores comunitarios distintos del mercado, pero es sin duda éste el aglutinador fundamental del Derecho uniforme: un Derecho del mercado (arts. 94 y 95 TCE).

La tendencia es a la progresiva ampliación y consolidación de mercados supranacionales y, en consecuencia, a la armoni-

PORTADA

COLECCIÓN

zación y unificación del Derecho que regula las relaciones jurídicas producidas en ese ámbito.

La labor de CNUDMI-UNCITRAL –a la que he dedicado una larga participación, una modesta contribución y algunos trabajos– se orienta en ese sentido. El mercado mundial se impone como una realidad económica; pero, al no estar configurado, como otros regionales, en virtud de instrumentos jurídicos (Tratados de creación), carece de fuentes propias para emanar el Derecho uniforme. Las normas formuladas por CNUDMI-UNCITRAL y otras «agencias» han de pasar por el filtro de la soberanía de los Estados (ratificación o adhesión a Tratados; adopción de leyes modelo...).

Pero, de nuevo, brota aquí un Derecho convencional para suplir las carencias o corregir las deficiencias de los Derechos objetivos nacionales y la falta de un ordenamiento mundial: la *lex mercatoria*, así denominada para recordar el origen del Derecho mercantil; un nuevo Derecho creado por los operadores del mercado –empresarios, fundamentalmente–, que sólo será respaldado por cada ordenamiento jurídico en el ámbito que éste reconozca a la autonomía de la voluntad, como *lex contractus*, o cuando alcance los requisitos de la costumbre, como fuente del Derecho.

* * * * *

El mercado se perfila así –en el ámbito nacional, a partir de la CE; en el europeo, a partir de los Tratados, y en el mundial, a partir una realidad no instrumentada jurídicamente, pero impuesta en la práctica– como el nuevo concepto delimitador de la materia mercantil.

Se trata de un concepto económico, metajurídico, que se utiliza como criterio definidor del sector de la realidad regulado por el Derecho mercantil; pero ese fenómeno no es original:

PORTADA

COLECCIÓN

la delimitación de la materia social o económica regulada por una rama de Derecho ha de hacerse en virtud de conceptos no jurídicos, sino económicos o sociales. En la concepción tradicional del Derecho mercantil como Derecho del comercio o de los mercaderes, profesionales ejercientes de esa actividad económica; o en la de la empresa, como criterio delimitador o calificador de la materia mercantil, el instrumento de definición es siempre metajurídico, extraído de la realidad económica, no elaborado como creación de la norma. La más grave crisis del concepto del Derecho mercantil la provocó, precisamente, el intento de elaborar un concepto jurídico del acto de comercio como elemento definidor de la materia por aquél regulada.

El mercado es un concepto económico; pero sobre el que los economistas no han realizado grandes esfuerzos definitorios. Se ha dicho (BARBER) que los economistas se encuentran en el mercado como «pez en el agua», y no esperemos de los peces una buena definición de lo que sea el agua.

Antes hemos retenido la palabra; no es lo mismo retener la palabra que captar la idea que expresa, o las ideas, en plural, si, como en este caso, el vocablo es anfibológico o ha evolucionado en sus acepciones.

Mercatus, en su origen etimológico –derivado de *merx*, la mercancía– es lugar, espacio físico de reunión de mercaderes y de tráfico de mercaderías. Nuestro Diccionario de Autoridades (1.ª ed. del Diccionario de la Real Academia Española, IV, 1734) ofrecía las dos acepciones, de lugar de reunión y de tráfico –«la concurrencia de gente a comprar y vender algunos géneros»; «se llama también el sitio destinado para vender, comprar, o trocar las mercaderías y géneros»–. La última edición del DRAE (1992) sigue colocando en las primeras acepciones de la voz mercado las de uso más corriente: «Contratación pública en lugar destinado al efecto y en días señalados». 2. «Sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o

permutar bienes o servicios.» 3. «Concurrencia de gente en un mercado.» Las tres referencias –lugar, reunión y tráfico– se mantienen.

En efecto, ese triple elemento se presenta en los orígenes del mercado, *escenario*; esto es, lugar donde unos actores actúan. Ese lugar es un ámbito de concurrencia, esencial en la cultura urbana. Se ha discutido por los medievalistas y los historiadores de la economía si el origen de la ciudad medieval está vinculado directamente al mercado como función primordial de la vida urbana, o si el mercado depende de la ciudad como ámbito de convivencia y de defensa («fortaleza y mercado», en la expresión de DON RAMÓN CARANDE); pero, con independencia de esa jerarquización, lo indiscutible es la relevancia del mercado como ámbito de convivencia y de actividad económica. El mercado es lugar de relaciones jurídicas y para regirlas nació un Derecho especial.

En realidad, el Derecho privado nace en ámbitos especiales de convivencia: el Derecho «civil» es Derecho de la ciudad, como entidad político-administrativa, o, más exactamente de los «ciudadanos», protagonistas de ese ámbito de convivencia; el Derecho «mercantil» es Derecho del mercado, como espacio de concurrencia, o, más exactamente, de unos protagonistas de ese espacio, de los «mercaderes». En este caso, se trata originariamente de unos actores de ese escenario de actividades, no de todos los protagonistas, porque al mercado concurren productores que llevan sus productos, mercaderes que intermedian en el tráfico y consumidores que los demandan como destinatarios finales; pero en el origen del Derecho mercantil éste se centra en una clase de profesionales –los mercaderes–, y en su actividad propia –la *mercatura*–, el comercio, la pura intermediación lucrativa en el tráfico de mercancías, cosas muebles corporales. Hay, pues, una doble limitación, subjetiva y objetiva: el Derecho mercantil rige inicialmente relaciones *inter mercatores*, de

PORTADA

COLECCIÓN

tal manera que se excluyen de su ámbito las relaciones entre productor y mercader, y entre éste y consumidor, es decir, los eslabones primero y último en la cadena de circulación de las mercaderías.

Residuos y reminiscencias de esa concepción inicial del Derecho mercantil quedan en nuestro C. de c. de 1885: la exclusión del carácter mercantil de «las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren», de «las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas», de «las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres» (n.º 1.º a 3.º del art. 326) corresponde a esa concepción de la compraventa mercantil como pura operación intermediadora en la que no participan como partes labradores, ganaderos, artesanos ni consumidores. Toda la difícil problemática de los actos mixtos o unilaterales y de la calificación de las ventas al consumo, resuelta bajo el vigente C. de c. a través de una enrevesada interpretación sistemática y teleológica, trae causa de aquel vetusto planteamiento.

Objetivamente, la concepción originaria de la actividad mercantil, centrada en el comercio como actividad económica profesional y lucrativa de pura intermediación en el tráfico de mercaderías, expulsó del ámbito del Derecho especial al tráfico de inmuebles, de bienes no corporales, de cosas transformadas o manufacturadas, de servicios, de prestaciones de hacer y no hacer. Pero la evolución del Derecho mercantil consiste en una progresiva expansión de aquel ámbito inicial: la economía mercantil no podía consistir sólo en tráfico de mercancías, inconcebible sin el dinero y sin el crédito; las mercancías se transforman desde la materia prima a los productos manufacturados; los servicios y las prestaciones de hacer y no hacer

PORTADA

COLECCIÓN

cobran creciente importancia en el tráfico; los comerciantes dejan de ser los únicos protagonistas de las actividades reguladas por el Derecho mercantil; una ola de «comercialización» invade el Derecho privado, en dos direcciones: una, la multiplicación en la realidad social de las relaciones típicamente mercantiles; otra, la progresiva extensión de los principios del Derecho especial a ámbitos tradicionalmente reservados al común.

Paralela a esa evolución histórica corre la del ensanchamiento del mercado, que deja de ser sólo un lugar de concurrencia y de tráfico. Todavía lo es en nuestro C. de c.: el Título V de su Libro Primero trata «De los lugares y casas de contratación mercantil» y entre los «lugares públicos de contratación» incluye los «mercados», mención que sólo aparece en el epígrafe de la Sección 3.^a y no en el articulado.

Pero, de su origen local, la palabra mercado ha pasado a tener una acepción institucional, para designar, no ya un lugar, sino un ámbito en el que concurren ofertas y demandas de bienes y servicios y a través del cual se produce la circulación o tráfico de éstos desde el productor inicial al consumidor final, incluyendo las operaciones de fabricación, transformación, transporte y comercialización. Este concepto descriptivo, desde el punto de vista económico, alcanza un sentido unitario desde la perspectiva jurídica, como sector de la realidad social caracterizado por el tráfico patrimonial, en el que los agentes u operadores no son sólo empresarios –menos aún, los empresarios calificados de mercantiles– sino otros agentes económicos, de la agricultura, la ganadería, la artesanía y los servicios –incluidos los profesionales liberales–, y, finalmente, los consumidores.

Partiendo de ese concepto, hay que admitir que hasta ahora los juristas se han preocupado más del mercado desde un enfoque de Derecho público, de Derecho de la economía o ad-

ministrativo–económico, para considerar, preferentemente, el grado de intervención del Estado en el mercado. Pero el enfoque que estimo merecedor de nuevos y más profundos estudios es el jurídico-privado, el del mercado como ámbito de relaciones *inter privatos*, sus protagonistas, sus instituciones y sus instrumentos.

Cierto es que ese ámbito global del mercado puede clasificarse en sectores y en espacios geográficos, según los bienes o servicios susceptibles de ser objeto de negociación o según su ámbito espacial, respectivamente. Pero importa aclarar de inmediato que, a efectos de su regulación jurídico-privada, el ámbito mínimo irreductible es el mercado nacional, como unidad indivisible. Dentro de ese mercado nacional pueden distinguirse diversas clases de mercado por su objeto (mercado de valores, de inmuebles, de capitales...); pero todos esos sectores pueden reconducirse a un concepto unitario, que es el del mercado. Cuando se habla del mercado único se está haciendo referencia a ese concepto global.

La doctrina del TC ha identificado la existencia de un mercado único como una «consecuencia» de la unidad del orden económico nacional y «proyección» en la esfera económica del principio de unidad del Estado (fundamentalmente, SS.TC 88/1986, de 1 de junio, y 37/1981, de 16 de noviembre, citada en la primera; con posterioridad, v. SS. 177/1990, de 15 de noviembre; 62/1991, de 22 de marzo; 84/1993, de 8 de marzo; 225/1993, de 8 de julio; 133/1997, de 16 de julio), que se integra en la unidad política, jurídica y social de España (SS.TC 37/1981, de 16 de noviembre; 165/1985, de 5 de diciembre). Esa unidad es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no conduzca a disfunciones ni a disgregaciones (S. TC 29/1986 de 20 de febrero); pero, al propio tiempo, no lleva a la uniformidad, lo que supondría vaciar de contenido las competencias

autonómicas. La jurisprudencia constitucional se ha mantenido en un difícil equilibrio entre unidad económica nacional, que comporta unidad del mercado, y diversidad jurídica autonómica, sobre la base del reparto de competencia establecido en los arts. 148 y 149 CE (S. TC 64/1990, de 5 de abril).

Admite el TC que esa *unidad*, diferente de la *uniformidad*, exige unos elementos esenciales y unos principios básicos que han de aplicarse con carácter *unitario*: la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, que supone la igualdad sustancial de los españoles en ese ámbito, cuya garantía se expresa en el art. 139 CE (SS. TC 1/1982, de 28 de enero; 88/1986, de 1 de julio; 52/1988, de 24 de marzo; 62/1991, de 22 de marzo; 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de julio).

Pero, salvaguardado ese núcleo esencial, el TC hace compatible la unidad del mercado con el respeto a las competencias autonómicas atribuidas por el art. 148 en sectores económicos –como transporte por ferrocarriles y carreteras (1.5.^a); agricultura y ganadería (1.7.^a); ferias interiores (1.12.^a); artesanía (1.14.^a); turismo (1.18.^a), entre otros–, cuando han sido asumidas por los correspondientes Estatutos, o implícitas en el art. 149.1, cuando la competencia exclusiva del Estado se limita a las «bases» –como las de ordenación de crédito, banca y seguros (11.^a); planificación general de la actividad económica (13.^a); sanidad (16.^a); régimen minero y energético (25.^a), entre otras– o en el n.º 3 del mismo artículo, respecto de las no atribuidas expresamente al Estado y asumidas por los Estatutos.

Ahora bien, ese núcleo de competencias autonómicas, como hemos mantenido anteriormente, se refiere al Derecho público y tiene como límite insoslayable la plena atribución al Estado de la legislación mercantil (art. 149.1.6.^a). La doctrina del TC ha trazado ese límite de forma expresa (SS.TC 37/1981, de 16

de noviembre; 14/1986, de 20 de febrero; 62/1991, de 22 de marzo; 220/1992, de 11 de diciembre; 155/1993, de 6 de mayo; 225/1993, de 8 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; 330/1994, de 15 de diciembre; 96/1996, de 30 de mayo; 133/1997, de 16 de julio, entre otras) y ha establecido que «sólo las reglas de Derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil, teniendo las de Derecho público regímenes diferenciados...» (S.TC últ. cit., con invocación de otras anteriores).

La duda no surge, pues, respecto de la naturaleza de las normas –son de Derecho privado las atribuidas en exclusiva al Estado en ese precepto– sino del sector regulado por la «legislación mercantil» en virtud del título competencial del art. 149.1.6.^a («genérica y amplia expresión», según la S. TC 14/1986, de 31 de enero).

El TC no ha definido expresamente la materia mercantil, ni es función suya definir ramas del Derecho en función del sector regulado; se ha limitado a pronunciarse sobre contenidos concretos de esa materia. Así, la tan citada S. TC 37/1981, de 16 de noviembre, ni se adhiere a ninguna definición doctrinal ni enuncia un criterio para trazar los límites entre legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho, sino que ha resuelto sobre la mercantilidad de unas concretas relaciones, al afirmar que, *cualquiera sea* la materia regulada por la legislación mercantil «habrá de incluir *en todo caso* la regulación de las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales». Y es cierto; pero la afirmación deja en pie la cuestión del concepto del Derecho mercantil, de su definición por la materia regulada y del criterio de delimitación de ésta.

El TC se ha pronunciado en otras ocasiones sobre casos concretos de mercantilidad, reservada a la competencia del Estado, como el del contenido obligacional del contrato de

seguro (SS.TC 330/1994, de 15 de diciembre; 66/98, de 18 de marzo); u otros ámbitos «tradicionalmente regidos por el Derecho mercantil», como los relativos a la capacidad para el ejercicio del comercio, a la creación y al régimen jurídico de los establecimientos mercantiles o a la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales (S.TC 225/1993, de 8 de julio), si bien, cuando se trata de contratos y de protección del consumidor, se ha remitido también al art. 149.1.8.^a, en materia de legislación civil (SS.TC 71/1982 de 30 de noviembre; 62/1991, de 22 de marzo; 284/1993, de 30 de septiembre; 37/1997, de 27 de febrero); lo que introduce la reserva de los «derechos civiles, forales y especiales», con el límite de las «bases de las obligaciones contractuales».

Pero el razonamiento que se desprende de la doctrina constitucional en relación con el mercado único resulta de una evidencia lógica patente. Creo que sus premisas y sus conclusiones encuentran sólida base en la S.TC 133/1997, sobre mercado de valores, un mercado sectorial, como antes señalé, regulado por una ley especial, pero tratado en esa resolución con criterios que permiten generalizar sus fundamentos al mercado global.

La Ley del Mercado de Valores, 24/1998, de 28 de julio, parte, según su E. de M. (n. 9), «del irrenunciable principio de unidad del orden económico» y organiza el mercado de valores como «único e integrado», no «territorialmente fragmentado», preservando su carácter unitario sobre la justificación de que «gran parte» de sus preceptos «han de ser calificados como normas de Derecho mercantil». Pero, en realidad, el mercado de valores es un mercado sectorial que se integra, a su vez, en un mercado nacional único. Los pronunciamientos de la S.TC a que me refiero son, en esencia, válidos para ese mercado único: la noción de mercado, en su sentido general y abstracto, como tráfico de oferta y demanda; la distinción entre el mer-

PORTADA

COLECCIÓN

cado, así entendido, y los lugares o centros donde esa actividad se realiza; la diferencia entre la normativa pública de ordenación y coordinación del mercado y la jurídico-privada del «tráfico mercantil», reservada a la competencia exclusiva del Estado como garantía de la «uniformidad» que es «consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado». Sentadas esas premisas, se desprende con nitidez la conclusión de que todo el Derecho privado del mercado ha de responder a esa exigencia ineludible de uniformidad, garantía que ofrece en el marco constitucional el art. 149.1.6.^a, al atribuir en exclusiva el Estado la competencia sobre legislación mercantil.

Dejemos aparte la incidencia del Derecho público en ese sector, sus diferentes títulos competenciales y su diversa graduación, que no podrán afectar en ningún caso al ámbito estricto del Derecho mercantil (S.TC 96/1996, de 30 de mayo) y, en concreto, al contenido contractual de las operaciones de mercado; fijémonos, por ahora, en un Derecho privado del mercado, aunque esté condicionado –que no invadido– por aquél. Pero, ya en ese plano del Derecho privado, 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, 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 insolven-

PORTADA

COLECCIÓN

cia 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.

Y, en cuanto a la actividad regulada, ya no es elemento definidor el de los actos de empresa, ni tiene sentido exigir la presencia de un empresario en la relación jurídica para que ésta caiga bajo la aplicación de las normas mercantiles. Es cierto que hay «contratos de empresa» que sólo se conciben cuando existe una organización económica titulada por el empresario contratante; pero hay otros en los que no es parte ningún empresario y no por ello han de ser excluidos del carácter mercantil ni sometidos a una regulación distinta, en virtud de criterios delimitadores basados en la actividad empresarial.

Las insuficiencias de esos criterios resultan evidentes y justifican los intentos de buscar otros más válidos para acotar la materia mercantil. El mercado –como ámbito económico de oferta y demanda de bienes y servicios a través del cual se produce el tráfico de éstos desde el productor inicial al consumidor final– ofrece un criterio objetivo, que permite identificar los elementos subjetivos o agentes que en él operan y los actos que en él realizan.

Un límite inicial se impone a ese concepto: el que marca el Derecho del trabajo y, consecuentemente, el llamado «mercado de trabajo» como elemento de producción. Aquí subsiste una especialidad, inspirada en unos principios propios y en unos objetivos sociales, que no permiten subsumirlo en la unidad del mercado y en su Derecho uniforme. El mercado, en el sentido económico, comprende en su ámbito la oferta y la demanda de factores de producción, como capital y trabajo, de productos y de servicios, de prestaciones de dar y hacer, cada vez más importantes estas últimas en una economía de servicios. Pero el trabajo por cuenta ajena, la relación laboral, en sentido jurídico, no puede integrarse en un «mercado único»

de bienes y servicios, ni quedar regulada por el Derecho del mercado en el sentido aquí entendido, cuando lo está por un Derecho especial, inspirado en principios propios y cuya legislación goza de un título competencial específico a favor del Estado en el art. 149.1.7.^a.

La unidad del Estado se proyecta también en lo social y exige una unidad, diversa de la económica, pero no troceada por otras competencias.

A salvo ese límite, no existen otras razones para seguir excluyendo del ámbito mercantil al sector primario –en particular, el agrario, agrícola y ganadero– desde que introduce sus productos en el mercado, ni al final del consumo, que adquiere en éste los bienes y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades económicas. Se supera así, en el plano subjetivo, el carácter de Derecho de clase o de privilegio que impregnó al mercantil desde su origen histórico, como *ius mercatorum*, a sus planteamientos modernos, como Derecho de los empresarios y de su actividad propia y externa. Los intereses que aquí se protegen no son los de los empresarios, sino los objetivos del correcto funcionamiento del mercado en las relaciones *inter privados*, y, en última instancia, los de los consumidores frente a posibles abusos, esto es, frente a un incorrecto funcionamiento del mercado en aquellas relaciones.

Ya en el plano objetivo, hay que admitir que esa concepción del Derecho mercantil puede desembocar en solución integradora de todo el Derecho patrimonial privado, al no subsistir especialidades diferenciadoras del Derecho común. Ante ese «riesgo», vuelvo a formularme aquella pregunta: ¿pero es que hay alguna razón que justifique la existencia de un Derecho privado especial separado del civil? Y añado: ¿no ha llegado la hora de una unificación en materia de obligaciones y contratos inspirada en los principios que por «especiales» fueron mercan-

tiles y ya devienen «comunes»? Son preguntas con las que quiero prever soluciones de un futuro cercano.

El criterio del mercado, en todo caso, acotaría un sector de la realidad social como propio, pero no lo sometería a una regulación diferente de la común, en el sentido de que desaparecería la regulación por partida doble de actos civiles y mercantiles, sustancialmente idénticos, pero caracterizados éstos por la concurrencia de elementos especiales. En otras palabras, subsistiría una especialidad del Derecho mercantil por razón de la materia acotada –el mercado–, pero no porque sus principios sean distintos de los del Derecho común, como acontece hoy en el régimen dual de obligaciones y contratos civiles y mercantiles.

Unidad de mercado y uniformidad del Derecho privado regulador no admiten especialidades accidentales. Es una exigencia constitucional que no puede encontrar obstáculos en la propia CE. Me refiero a la cuestión que plantea el tratamiento en apartados diferentes del art. 149.1 CE (6.^a y 8.^a) de la atribución al Estado de competencia en materia de legislación mercantil y de legislación civil, una cuestión sobre cuya gravedad he de expresar mis preocupaciones.

Es cierto que la CE, al separar así ambas legislaciones, ha recogido la dualidad tradicional del Derecho privado español; pero mientras en materia de legislación mercantil ha atribuido plenamente la competencia exclusiva al Estado, en la relativa a la civil ha admitido la reserva de los Derechos forales o especiales. Tal reserva no puede romper, a mi juicio, la uniformidad del Derecho privado que impone la unidad del mercado al Derecho regulador de éste. Mientras la dualidad subsista, la concepción del Derecho mercantil como Derecho privado del mercado garantizará su uniformidad en función de la exclusiva competencia del Estado en esta materia.

PORTADA

COLECCIÓN

No creo que la reserva constitucional a favor de la competencia en materia de «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» pueda constituir una quiebra de aquella uniformidad.

En definitiva, la preocupación por el concepto del Derecho mercantil no responde sólo a una inquietud académica –o «academicista», en el sentido peyorativo del adjetivo–, sino a la muy fundada de preservar la unidad del contenido normativo de esta rama ante nuevos peligros de fragmentación.

En nuestra tradición jurídica, esa unidad se creyó preservada con el recurso técnico a la codificación. Desde el art. CXIII de la Constitución de Bayona, de 1808 –«Habrà un solo código de comercio para España e Indias»– y el art. 258 de la de Cádiz, de 1812 –«El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»–, el objetivo es la unidad del Derecho mercantil español.

Nuestro primer C. de c., de 1829, obra de don PEDRO SÁINZ DE ANDINO y promulgado por FERNANDO VII, se propuso, como expone su Preámbulo, «poner término a males de tanta gravedad e interés» como la pluralidad de ordenanzas particulares, la carencia de leyes generales, la «grande confusión e incertidumbre» que de todo ello resultaba, y el remedio se creyó que fuese el C. de c. como «sistema de legislación uniforme, completo» (frases del Preámbulo), «ley y estatuto firme y perpetuo, general para toda la Monarquía», que deroga «todas las leyes, decretos, órdenes y reglamentos» vigentes a la fecha, y «especialmente todas las ordenanzas particulares de los Consulados del Reino» (frases de la cédula de promulgación, dada en Aranjuez, el 30 de mayo de 1829).

La exigencia de Código único se mantiene, con ligeras variantes, en las Constituciones de 1837 (art. 593), 1845 (art.

4.º), 1856 (art. 5.º), 1869 (art. 91) y 1876 (art. 75), como garantía de unidad jurídica y de igualdad de todos los españoles ante la ley; pero lo que falla es el instrumento, el Código como cuerpo legal único y garante de aquella unidad. En concreto, el propósito de encerrar en un texto unitario todo el Derecho mercantil quiebra ante la avalancha de leyes «especiales» para el Derecho «especial».

En la Constitución de la II República, de 1931, se prescinde ya de la unidad de Códigos y se sustituye por la atribución al Estado de la «legislación» penal, social, mercantil y procesal, y, con limitaciones, de la civil (art. 15, precedente del art. 149 CE).

La unidad legislativa en materia de Derecho privado choca ahora con una doble corriente dispersora: la imposibilidad de encerrar el Derecho mercantil en el molde de un Código y el reconocimiento de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de Derecho patrimonial, plano en el que la única reserva a favor del Estado se limita a las «bases de las obligaciones contractuales», más las que puedan derivar de la «ordenación de los registros e instrumentos públicos», sobre las que se reconoce competencia exclusiva el Estado en el art. 149.1.8.ª.

Aun con las salvaguardas constitucionales limitativas de las competencias autonómicas en esta materia («conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»), el límite del Derecho mercantil con el Civil presenta en ese segmento del Derecho patrimonial una zona polémica, por donde pueden abrirse grietas en la unidad jurídica de aquél. No creo que sea ésa la solución correcta, conforme a los principios constitucionales; pero sí es un riesgo frente al que hay que estar celosamente vigilantes. El límite de la atribución exclusiva al Estado de la legislación mercantil es insoslayable en materia de Derecho privado y debe contener las competencias autonómicas sobre sectores mercantiles en el plano del Derecho público y en el grado de intensidad que en

cada caso corresponda, sin que por ese flanco puedan invadirse zonas propias del Derecho privado. Al Tribunal Constitucional compete garantizar esos límites. Confiemos en que el principio de unidad del mercado permita mantener al Derecho mercantil dentro de «fronteras seguras».

* * * * *

De entre los factores del cambio que exponía al comenzar esta lección, me he detenido en los ideológicos y, dentro de ellos, especialmente en el político y en el económico, reflejados en la CE de 1978; pero no quiero terminar sin hacer una somera referencia a los factores técnicos, que afectan a la materia regulada.

La transformación de la realidad regida por el Derecho mercantil en estos cuarenta años ha sido impulsada radicalmente por los avances científicos y tecnológicos, muy en especial por la revolución de las telecomunicaciones, la electrónica y la informática.

Es cierto que durante los últimos años estos avances han tenido una repercusión legislativa en el Derecho mercantil, reflejada en determinados contenidos: los medios informáticos han penetrado en el Registro Mercantil, en la contabilidad de los empresarios y, sobre todo, en la representación de valores, en las anotaciones en cuenta, un aspecto en el que las novedades tecnológicas han desplazado al papel y con él a los títulos y a su régimen jurídico, hasta situar en plano secundario a una de las construcciones dogmáticas más conseguidas en la ciencia del Derecho.

Cierto, también, que la moderna Ley de Patentes, 11/1986, de 20 de marzo, se ha preocupado de impulsar la innovación tecnológica, promover la investigación, proteger sus resultados y el desarrollo industrial. Pero, pese a esa reacción jurídica,

PORTADA

COLECCIÓN

hay que reconocer que es un fatídico sino de la ciencia del Derecho el sentirse anticuada ante el avance de las ciencias naturales y de la técnica, cuya delantera marca una larga distancia de tiempo, relega al Derecho a un permanente retraso y lo sitúa en peligrosa crisis por no poder atender puntual y adecuadamente a las nuevas exigencias vitales.

Ese prodigioso progreso en el dominio de las ciencias naturales coloca, de nuevo, al jurista en una actitud de azoramiento y de complejo, como acontece siempre que se compara con el estancamiento o el retraso de las ciencias sociales. Creo que los juristas no han conseguido superar la creación de un sistema jurídico positivo de la perfección armónica que alcanzó el Derecho romano, ni en la ciencia del Derecho la construcción dogmática de la pandectística del siglo XIX. El jurista sigue arrastrado por los hechos; remolcado, en el mejor de los casos, pero siempre detrás, en pos de las novedades, que al tiempo que innovan la realidad social envejecen al Derecho.

La cuestión es grave, porque esa distancia entre realidad social y Derecho plantea uno de los más serios problemas de la civilización actual. La delantera que toman las ciencias puede suponer un escape del progreso científico respecto del Derecho como regulador de conductas e instrumento de justicia. Un avance *a legibus solutus* de las ciencias puede conducir a resultados contrarios a la justicia, o introducirse en espacios que, lejos de suponer progreso, beneficio para la humanidad, constituyen una amenaza o una violación de valores que el Derecho debe salvaguardar. Los experimentos biogenéticos pueden constituir un alarmante signo de ese fenómeno en el que se aventura el hombre cuando hace de «aprendiz de brujo».

Para el Derecho, el tema no es sólo de regulación y protección, en su caso, de las creaciones del espíritu, respecto de esos avances científicos; no se trata únicamente de la reacción

PORTADA

COLECCIÓN

del Derecho ante nuevos hechos, sino de las transformaciones profundas que éstos introducen en el Derecho mismo.

Me refiero, en especial, a la revolución de las telecomunicaciones y, concretamente, al llamado «comercio electrónico», que no es que introduzca una novedad desconocida por el Derecho, sino que altera tradicionales planteamientos de temas jurídicos capitales.

La cibernética, la ciencia que trata del sistema de comunicación y conexión, ha creado un nuevo espacio —«ciberespacio»— que supera todos los clásicos conceptos de territorialidad, de soberanías nacionales separadas por fronteras, de normas de conflicto... Y el «comercio electrónico» no es una novedad en la comunicación «entre ausentes», ni un tema que se incorpore al repertorio de las formas de contratación, sino todo un «sistema», que exige una revisión del viejo Derecho, de las declaraciones de voluntad, del negocio jurídico, del documento, de la autenticidad y la autenticación, de la firma, de la prueba, de la seguridad jurídica en el tráfico.

Hay que revisar un Derecho, más que viejo, anticuado y obsoleto, inadecuado a la realidad, que sigue contemplando como novedad, en la época de la cibernética y de las comunicaciones por satélite, la correspondencia telegráfica, sometiendo su eficacia a la previa admisión de este medio en contrato escrito y a las condiciones y signos convencionales pactados (art. 51, párrafo segundo, del vigente C. de c.) y contemplando una navegación marítima de lejanía y aislamiento, anterior a la radiotelegrafía.

Y todo ello exige, además, una regulación uniforme, acorde con el ensanchamiento del mercado que permiten los nuevos instrumentos. Los avances técnicos obligan a acercarse a ese mercado mundial, global, planetario, hasta culminar la vieja tendencia del Derecho mercantil —constante, y siempre pendiente— a la uniformidad.

Queda mucho por hacer; pero el tiempo se acaba. Suena la hora del relevo.

Otros harán lo que ni yo ni mi generación hemos conseguido. Quizás, de mi reflexión sobre el tiempo extraiga una enseñanza que deba transmitir: que el tiempo es un «bien escaso», como dicen los economistas, y ahí radica su valor; que disponemos de poco e importa aprovecharlo, no perderlo ni desperdiciarlo; que lo peor del tiempo no es el envejecimiento que causa, sino la rapidez con que escapa. No me siento viejo a la hora del relevo; la Universidad tiene dos fórmulas de elixir de juventud que permiten ahuyentar la vejez: la comunicación con

(*) *Nota única.*—Esta lección carece de notas a pie de página, por varios motivos. En primer lugar, porque he pretendido darle la estructura propia de una disertación oral; en segundo, porque he preferido que contenga más un poso de lecturas que una erudita serie de citas bibliográficas; en tercer lugar, porque la ocasión no me ha parecido oportuna para hacer un recuento de posiciones a favor y en contra, y he preferido referirme más a la doctrina del TC que a la científica.

En todo caso, para que no se vea en esa omisión una apariencia de pretendida originalidad, he de reconocer que este trabajo es tributario de todos los autores que han escrito sobre el concepto del Derecho mercantil, muy especialmente de quienes lo han hecho con posterioridad a la CE de 1978, desde el maestro RODRIGO URÍA hasta el último —en el orden cronológico— de los aspirantes a plazas de profesores de Derecho mercantil cuyos «proyectos docentes» he tenido ocasión de leer. Sobre sus escritos versa esta reflexión, personal, pero sin aspiraciones de originalidad.

Sí me parece justo recordar que las primeras exposiciones del concepto del Derecho mercantil como Derecho privado del mercado, en discrepancia con la doctrina entonces dominante en España, las encontré en JOSÉ DE BENITO y en TERESA PUENTE. En la bibliografía posconstitucional, y principalmente en autores de mi generación, la relevancia del mercado en la delimitación de la materia mercantil es muy destacada. A esa tendencia he intentado contribuir, siempre apuntando desde el presente a soluciones de futuro.

el alumnado, siempre joven, y el estímulo del interés por lo nuevo, siempre renovado. Pero sí siento que el tiempo se acaba.

Hago balance del ejercicio cerrado y encuentro en el activo poco más que una vocación satisfecha, la que me trajo a la Universidad y me vincula a ella, partida que valoro muy por encima de cualesquiera otras; en el pasivo, muchas obligaciones asumidas, sin duda más de las que podía cumplir puntual e íntegramente, y un número de deudas de gratitud, que quiero reconocer, porque nunca podré satisfacer a sus titulares, a mi familia, a mis amigos, a mis compañeros, maestros y discípulos, a mis colaboradores.

El tiempo se acaba y urge cerrar el balance y poner fin a la reflexión. He intentado exponer en esta lección primera 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 ha de mirar al pasado, sin convertirse en estatua de sal, y al futuro, sin convertirlo en ficción.

Es lo que he intentado; pero, quizás, sólo he conseguido demostrar que no me sé la lección primera, y ni siquiera he justificado por qué. No sé si es porque no está escrita, o porque no existe la posibilidad de aprendérsela. No lo sé; pero mientras Dios me siga ayudando, y con El los míos, yo seguiré intentándolo (*).

PORTADA

COLECCIÓN

LECCIONES INAUGURALES DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

La autonomía universitaria

Curso Académico 2013-2014

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Ideales y actitudes para la Universidad de Hoy

Curso Académico 2012-2013

PILAR LEÓN-CASTRO ALONSO

Paradojas del desarrollo humano

Curso Académico 2011-2012

JESÚS PALACIOS GONZÁLEZ

Viaje a los confines de la tabla periódica.

Átomos ligeros, átomos pesados y energía nuclear

Curso Académico 2010-2011

ERNESTO CARMONA GUZMÁN

La universidad del siglo XXI en la sociedad de la comunicación y del conocimiento

Curso Académico 2009-2010

MANUEL ÁNGEL VÁZQUEZ MEDEL

Concepto de Botánica.

Consideraciones sobre los reinos

Curso Académico 2008-2009

BENITO VALDÉS CASTRILLÓN

Las motivaciones de la investigación científica

Curso Académico 2007-2008

MANUEL ZAMORA CARRANZA

Palabras y silencios

Curso Académico 2006-2007

FRANCISCO GARCÍA TORTOSA

Ruptura vanguardista, desintegración

y nostalgia del Arte

Curso Académico 2005-2006

EMILIO GÓMEZ PIÑOL

Globalización y orden internacional

Curso Académico 2004-2005

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

El proceso de integración de España

en la Unión Europea y en la Unión Económica y Monetaria Europea (UEME)

Curso Académico 2003-2004

CAMILO LEBÓN FERNÁNDEZ

La ingeniería aeronáutica

en la Universidad de Sevilla

Curso Académico 2002-2003

ANTONIO BARRERO RIPOLL

Cambios y conocimiento

Curso Académico 2001-2002

RAFAEL LÓPEZ POLANCO

La imagen médica del cuerpo humano

Curso Académico 2000-2001

JUAN RAMÓN ZARAGOZA RUIBIA

De nuevo, la lección primera.

Sobre el concepto de la asignatura

Curso académico 1999-2000

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

La ruptura educativa. De la mundialización a la localización en la acción educativa

Curso académico 1998-1999

LUIS NÚÑEZ CUBERO

Elogio de la radicalidad

Curso académico 1997-1998

JOSÉ VILLALOBOS

Las emociones cotidianas: De la biología a la psicología social

Curso académico 1996-1997

SILVERIO BARRIGA JIMÉNEZ

La insulina: De la biología a la patología molecular

Curso académico 1995-1996

RAIMUNDO GOBERNA ORTIZ

Un problema clásico. El número Π

Curso académico 1994-1995

JOSÉ CORTÉS GALLEGO

La litografía, ayer y hoy

Curso académico 1993-1994

MIGUEL GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ

Catálogo completo de nuestras publicaciones en la página web

<<http://www.editorial.us.es>>

PORTADA

Para ir al libro pulsar en la línea

