

DEFENSA DEL DERECHO MERCANTIL*

José Luis García-Pita

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidade da Coruña

SUMARIO: I) INTRODUCCIÓN Y SALUTACIÓN. II) DISCURSO. II.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: NECESIDAD DE DEFENDER AL DERECHO MERCANTIL, DE LOS ATAQUES DE LOS QUE ES OBJETO. II.1.1.- Qué es y qué comprende el Derecho mercantil. II.1.2.- El Derecho Mercantil como *agregado normativo justo*. II. 1.3.- El Derecho mercantil como objeto de agresión II.2.- LAS TÁCTICAS Y ESTRATEGIAS DE LA AGRESIÓN. II.3.- DEFENSA DEL DERECHO MERCANTIL. II.3.1.- El Derecho Mercantil como *Derecho emancipador*. II.3.2.- El Derecho Mercantil como *protector del tráfico y el crédito*. II.3.3.- El Derecho Mercantil como *garante de la seguridad en las transacciones comerciales* y como *predecesor histórico del Derecho Laboral*. II.3.4.- El Derecho Mercantil, protector de la *salud, seguridad y legítimos intereses económicos de los consumidores*. I.3.5.- Especial aptitud para la *adaptación* a nuevas circunstancias económicas y sociales. II.4.- CONTRA LA “DESMEMBRACIÓN” DEL DERECHO MERCANTIL: LAS SUPUESTAS RAMAS ESPECIALES. III) LA METÁFORA DEL “BOXEADOR SONADO”.

I) INTRODUCCIÓN Y SALUTACIÓN

Excmo. Sr. Vicerrector, Ilmo. Sr. Decano de esta Facultad de Derecho, miembros del equipo decanal, miembros del profesorado, alumnos y PAS., Sras. y Sres.

Es para mi un motivo de honda satisfacción el dirigirme a uds. en este acto, con motivo de la festividad de San Raymundo de Peñafort; festividad de juristas y universitarios. Es, digo, un motivo de satisfacción, por la atención y deferencia que ha tenido el Sr. Decano al confiarme el encargo de pronunciar el discurso que seguidamente les dirigiré. Pero, junto a la satisfacción, he hallado, también, en la tarea que me ha sido confiada, motivos sobrados de preocupación, pues no puedo evitar el sentir sobre mis hombros el peso de la responsabilidad, al dirigir mis palabras a esta audiencia, para hablar de algo cuyo interés será –necesariamente- relativo: profundo para algunos, insignificante para otros. De una importancia trascendental en términos absolutos y cualitativos; en términos reales, si se quiere, pero –al propio tiempo- quizá no suficientemente percibida.

Cuando el Prof. RODRÍGUEZ GAYÁN -bajo cuyo decanato esta Facultad está mostrando una energía y viveza reconfortantes- me propuso pronunciar el Discurso en la Fiesta de San Raymundo, lo primero en que pensé fue en qué tema elegiría; de qué

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña el día 17 de febrero de 2006, con ocasión de la celebración de la festividad de San Raimundo de Peñafort.

les hablaría en esta señalada ocasión; incluso llegué a plantearme el “tono” de mi intervención, ponderando si habría de ser más serio o más festivo. Recordé, eso sí, dos posibles “modelos”: uno el magistral discurso que hace años pronunció la Profra. Emma MONTANOS -catedrática de Historia del Derecho-, que demostró su saber histórico-jurídico, al reflexionar sobre el principio de que el conocimiento -la Ciencia- es un don divino y –por consiguiente- no puede ser objeto de comercio ni causa de enriquecimiento. Y el otro, el pronunciado –en unas circunstancias muy diferentes [puesto que se trataba de una clausura de curso]- por el Prof. Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, catedrático de Derecho civil y buen amigo mio, que –haciendo gala de un enorme sentido del humor, y dirigiéndose más al alumnado, que tiene mayor protagonismo en tales ocasiones- optó por una comparación entre la Universidad, la Carrera de Derecho y el Cine.

Ciertamente, la ocasión en que nos encontramos hoy no es comparable a la que motivó el segundo de los discursos mencionados, sino que se corresponde, más bien, con la del discurso pronunciado por la Profra. MONTANOS, pero –en cambio- no sé si lograría comunicarles a Uds. lo que hoy deseo decir, sin –ocasionalmente- relajar, un tanto, la seriedad del acto. Porque, finalmente, he considerado que –tal vez- estas son ocasiones de **expresar** convicciones y principios; de manifestar lo que uno cree; en este caso, en torno a la vigencia, la utilidad práctica y el conocimiento científico del Derecho Mercantil y sus instituciones. Por este motivo, decidí pronunciar esta “**defensa del Derecho mercantil**”.

Y, sin embargo, más de una vez tendré que quitar dramatismo a mis palabras, en primer término porque, muy posiblemente, lo que yo les voy a decir, hoy, quede en un lugar muy discreto, dentro de la lista de preocupaciones de los asistentes. Más, aún: es posible -incluso- que ese lugar tan discreto, todavía se sitúe en un nivel muy inferior, si se toma como punto de referencia la lista de aquellos que preocupan a mis propios compañeros docentes.

II.- DISCURSO

II.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: NECESIDAD DE DEFENDER AL DERECHO MERCANTIL, DE LOS ATAQUES DE LOS QUE ES OBJETO.

II.1.1.- *Qué es y qué comprende el Derecho mercantil.*

Quisiera dar comienzo a mi intervención con algo que –seguramente- traerá recuerdos tenebrosos a todo el que haya tenido que vérselas –como estudiante- con esta disciplina, y que –de paso- aclarará a las familias de los interesados, aquí presentes, cuál era el objeto del temor de sus hijos, hermanos, amigos, etc., cuando cursaron la Carrera de Derecho: formulando una **definición de lo que es el Derecho Mercantil**. Mas, por si les puede servir de consuelo, quiero manifestarles que definir lo que sea el Derecho Mercantil también les trae siniestros recuerdos a todos los que han seguido la carrera docente universitaria y se han dedicado a esta materia, porque tradicionalmente el Primer Ejercicio de los concursos ordinarios a cuerpos docentes universitarios incluye una reflexión sobre el concepto de la propia asignatura que se va a impartir.

Pues bien; siguiendo al Prof. SÁNCHEZ CALERO –prestigiosísimo mercantilista y maestro de muchos-, cabe afirmar que el Derecho Mercantil es aquella “*Parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas relativas a los empresarios y a los actos que realizan en el ejercicio de su actividad económica*”.

Y ¿de qué trata o qué contiene ese Derecho privado de los Empresarios?. Pues bien; teniendo en cuenta la subsistencia –en nuestra Facultad- del Plan de Estudios de 1953 [cuya capacidad de supervivencia resulta sorprendente, y –al tiempo- es buena muestra de su calidad, o de nuestra inercia], las materias que forman parte de esta disciplina incluyen –no voy a enumerarlas todas, pues las generales no hacen al caso-:

1. El **“Status”** o conjunto de las obligaciones profesionales de los empresarios: el régimen de la inscripción en el Registro Mercantil y el Derecho de la Contabilidad comercial privada.
2. La regulación de los **establecimientos mercantiles** como objeto de tráfico jurídico [venta, arrendamiento de empresa y de local de negocio, usufructo de empresa e hipoteca de establecimiento mercantil], y la de los **colaboradores del empresario** [arts. 282 y ss., CCo.]
3. El **Derecho Industrial y de la Competencia**, que trata de los derechos sobre las invenciones y diseños industriales, de los derechos sobre los signos distintivos de las empresas, los productos y los servicios, los acuerdos restrictivos de la competencia, la competencia desleal y –también, aunque se trate de una materia con cierta identidad propia- el régimen de la publicidad comercial.
4. El **Derecho de Sociedades**, que abarca las sociedades mercantiles más características; especialmente, SA. y SRL., su constitución, su personalidad jurídica, las obligaciones de aportación, la responsabilidad de las sociedades y de sus socios por las deudas contraídas en su actividad, los derechos del socio, los órganos sociales y los procesos de toma de decisiones, etc.
5. El **Derecho mercantil de obligaciones y contratos**, con inclusión del **Derecho de Títulos-Valores**. Aquí se estudian los cheques, las letras de cambio, los contratos de colaboración y distribución –agencia, concesión, franquicia...-, los contratos de compraventa y suministro... La **posición del consumidor como contratante y usuario de bienes y servicios**, etc.
6. El **Derecho del Sistema financiero**: Banca, Mercados de Valores y Derecho del Seguro privado.
7. El **Derecho Marítimo y Aeronáutico**
8. Y –por fin, en leal competencia con asignaturas como Derecho Civil y Derecho Procesal- el **régimen de la Insolvencia de los empresarios y el Procedimiento Concursal**.

Pues bien; a la vista de las materias referidas, creo que incluso los legos en Derecho podrán apreciar o, cuando menos, intuir, que resulta totalmente lógico que haya elegido este tema, para dirigirme hoy a Uds: yo soy catedrático de Derecho Mercantil, y me parece [con permiso de mis colegas de otras disciplinas, y suplicando, de antemano, su comprensión] la más interesante de todas las materias jurídicas –¡Claro, qué voy a decir si no!-, y me parece esa belleza e interés se deben, en parte, a las materias que forman su contenido, pero –también- al hecho de que el conocimiento del Derecho Mercantil me permite apreciar con mayor nitidez y profundidad, la belleza e interés que poseen las demás materias de la carrera de Derecho: conocer el Derecho Mercantil me exige conocer –previamente- el Derecho Civil, que es al mercantil, lo que los átomos de hidrógeno, al Universo: los ladrillos de la materia física; el componente esencial.

Profundizar en el Derecho Mercantil, me permite –p.e.- apreciar el interés del propio Derecho procesal [Piénsese en el Derecho Concursal, el Derecho Cambiario, los procesos en materia de publicidad, competencia, condiciones generales, etc.], o de Derecho Público Económico, o de Derecho Internacional Privado [Bien sabe el Sr. Decano, el interés mútuo que compartimos en relación con el Derecho del Comercio Internacional]. Y así, un largo etcétera.

Y al apreciar esas otras disciplinas, me siento inclinado a tratar de conocerlas; de recordarlas, como no hacía desde que era estudiante, con lo que termino enriqueciendo mi propio conocimiento del Derecho Mercantil, porque percibo las **conexiones –a veces sutiles- entre esas diversas disciplinas**. En consecuencia, el Derecho Mercantil; su estudio, conocimiento y aplicación, me recuerdan algo que a muchos se les olvida con facilidad y que a los alumnos, en particular, les resulta especialmente perturbador: la **unidad esencial del Ordenamiento Jurídico**; un agregado de sujetos, normas y poderes públicos, que no puede ser dividido, “*in se*”, sino a efectos docentes y expositivos. Y así, del mismo modo que quien se sumerge en las aguas del mar no podría decir, con exactitud, que gotas lo mojan, y cuáles no, así tampoco es posible efectuar una parcelación; una división del Derecho, en compartimientos estancos e incommunicados.

Todo eso, precisamente, me lo revela cada día el estudio y la docencia del Derecho Mercantil.

II.1.2.- El Derecho Mercantil como *agregado normativo justo*.

Mas no sólo me parece estéticamente “bello”, por intelectualmente interesante, el Derecho Mercantil, sino que –desde el punto de vista de su **aplicación práctica**, como conjunto de normas que deben regular relaciones humanas; relaciones sociales- **me parece de una utilidad y pertinencia indiscutibles**. Creo que el Derecho Mercantil es un **Derecho racional, justo, flexible**; un Derecho que cumple con los objetivos de los tres tipos de justicia: **conmutativa, distributiva y social**.

Si la justicia conmutativa supone el dar a cada uno lo suyo, es evidente que el Derecho Mercantil sirve a estos fines, porque –precisamente- una característica del Derecho Mercantil de obligaciones y contratos reside en la **severidad con que impone el cumplimiento recíproco de las obligaciones**; rasgo que se halla presente desde el Derecho de la Comisión, hasta el Seguro Marítimo, y desde la Compraventa y el Contrato *mercantil* de Sociedad, hasta la liquidación y contribución a las averías comunes, en Derecho Marítimo.

Si la justicia distributiva se caracteriza por dar a cada cual y exigir de cada cual, según lo que sus circunstancias personales/profesionales demandan o justifican; **ajustando la igualdad formal, a la igualdad material** de las personas, es evidente que el Derecho Mercantil sirve a estos fines: basta con pensar en los **módulos de diligencia** impuestos por el Derecho Mercantil: **el ordenado comerciante y el representante leal** aparecen como criterios de conducta o pautas de comportamiento que se exigen de quienes no son meros ciudadanos o particulares, sin cualificación profesional mercantil, **sino comerciantes o representantes especializados en la gestión de intereses ajenos**.

Este tipo de pautas de conducta se imponen, no sólo a comisionistas y agentes comerciales... **sino a los administradores de las sociedades de estructura corporativa**, como la SA. y la SRL., pero **-en cambio-** cuando se trata de la administración y representación de **sociedades de estructura no corporativa**, donde ser administrador exige ser socio, y donde cada socio es administrador vocacional; es decir: donde quien administra la sociedad -por así decirlo- “*se la juega*” personalmente, porque hace de la sociedad su modo de vida, **los módulos de conducta se relajan**: ya no se habla del ordenado comerciante y el representante leal, sino que se limita la responsabilidad a los daños causados al interés social por “**dolo, abuso de facultades o negligencia grave**”. Así; de cada cual se exige un comportamiento u otro; más cuidadoso o más laxo, en función de las circunstancias en que se halla.

Pero, además, el Derecho Mercantil tiene un cierto sentido **redistributivo**, que se compadece perfectamente con objetivos de **justicia social**, pues muchas de sus ins-

tituciones están teñidas de un cierto sentido de **solidaridad**. Valgan dos ejemplos al azar: el régimen de las **averías comunes**, en Derecho marítimo y –no se me asusten- el régimen de las **OPAS**.

En general, el Derecho marítimo –y, ahora, también, por emulación- el Derecho Aeronáutico, están impregnados de un sentido de **solidaridad**, que determina la existencia de instituciones –las Averías comunes, el salvamento, el Seguro, inclusive- que se basan en la **distribución común de beneficios y pérdidas**; en la colaboración para asumir costes económicos que benefician al común.

Y, en cuanto a la Oferta Pública de Adquisición de Acciones, he elegido referirme a esta institución precisamente porque –dados los acontecimientos recientemente acaecidos en la política y en la economía españolas- puede resultar especialmente inquietante para el público, en general. Pero, precisamente la OPA., que tan compleja y polémica resulta vista desde fuera, es una institución impregnada de justicia social, que trata de **impedir que los pequeños accionistas queden excluidos de la posibilidad de influir decisivamente** –para decir sí o no- **en los cambios de poder y propiedad de las grandes sociedades anónimas cotizadas en Bolsa**, y –además- **para impedir que los pequeños accionistas queden excluidos de participar en las plusvalías derivadas de las operaciones de adquisición del control en las grandes sociedades anónimas**.

Creo, pues, que **el Derecho mercantil, debidamente aplicado, proporciona soluciones adecuadas y materialmente equitativas a problemas de enorme complejidad, y de grave trascendencia práctica**: problemas de esos que, a veces, se dice que producen “*alarma social*”.

II.1.3.- El Derecho Mercantil como *objeto de agresión*.

Pero las razones de la elección del tema de este discurso no son sólo estas: en realidad, no pretendo –simplemente- hablar del Derecho Mercantil; ni siquiera glosar sus cualidades, aunque sea procedente hacerlo, sino que **pretendo hacer una defensa del mismo**. Y esta intención responde a un motivo bien justificado: el Derecho mercantil, como agregado normativo y como disciplina científica, **está siendo objeto –y lleva tiempo siendo objeto- de un cúmulo de ataques y críticas**; de una larga serie de agresiones y embestidas, que, desde diversas direcciones, tratan de lograr su drástica reducción; su repliegue a una posición residual, cuando no su completa y total desaparición. Los fundamentos sobre los cuales se pretende justificar este ataque por todos los flancos, son diversos, como también son varias las formas en que ese ataque se produce. Así, p.e., se ataca al Derecho mercantil desde una perspectiva **constitucional**; desde una perspectiva **historicista**; desde una perspectiva **axiológica** y desde una perspectiva **técnica**.

Anteriormente indiqué que el Derecho Mercantil puede y debe definirse como el “*Derecho [privado] de los Empresarios*” y esta afirmación tan sencilla constituye, al propio tiempo, la Némesis del Derecho Mercantil, pues la alusión a los “empresarios”, y la afirmación de que el Derecho Mercantil es el Derecho “*de ellos*” –Incluso este “*ellos*”, parece tomado del título de una película de terror: “*ellos*”, “*los otros*”-, parece que suscita en el inconsciente colectivo una suerte de imágenes negativas: es hablar de Derecho “*de los empresarios*”, y venir a la mente de los legos, e incluso de muchos que no lo son, conceptos como OPA hostil, quiebras, suspensiones de pagos, retribuciones millonarias de los “*managers*” de las grandes sociedades, “*stock-options*”, escándalos financieros, letras protestadas, cuentas bancarias en descubierto, aseguradoras que se resisten a pagar las indemnizaciones, bancos que cobran comisiones por servicios no prestados, cajas de ahorros que practican la usura, publicidad engañosa, consumidores defraudados, trabajadores despedidos... -¿Pero esto no era Derecho Laboral?: sí, pero el problema –contestan voces ominosas- lo causan los empresarios.

Más, aún: hablar del Derecho Mercantil y de los empresarios, suscita –también– otra idea; otra imagen, que –desde la perspectiva de eso que a veces con impropiedad se denomina “*moral social*”–, merece un juicio de desfavor tácito: no confesado, no reconocido. Me refiero a la idea de **beneficio económico, ganancia, lucro**. Aquí se encontraría la raíz de una cierta **reprobación ética o moral** del Derecho Mercantil, pues –desde diestra a siniestra– a los españolitos nos produce un cierto desasosiego pensar en que el de enfrente –nosotros no, por supuesto– pueda querer ganar dinero.

Esto viene de antiguo; pues de la reprensión moral del ánimo de lucro o el afán desmesurado de riqueza, se pasó –incluso– a establecer **prohibiciones legales**, referidas fundamentalmente al **cobro de intereses**. Así; con mayor o menor alcance, el Derecho Judío y el Derecho Romano prohibían la Usura: si en Roma se promulgó la **Lex Cornelia de falsis**, que prohibía ciertas prácticas ilícitas con la Moneda, como la alteración, la falsificación y la **usura dolosa**, no podemos olvidar que –antes incluso– los textos sagrados judíos –Exodo, Levítico y Deuteronomio– directamente prohibían prestar a interés. Y, mucho después, ya desde la **Edad Media** y durante un largo período de tiempo, el problema de la Usura fue contemplado con tal prevención; con tal animadversión, que –de hecho– sucedió que tanto en el Derecho judío, como en el Derecho musulmán y en el Derecho de los reinos cristianos dió lugar a la **prohibición de cobro de intereses**, fuera cual fuese su cuantía. En efecto: por razones de orden religioso, político y legal, estaba prohibido percibir intereses en los préstamos. Supuestamente –por lo que al Derecho Cristiano se refiere–, sobre la base de un texto del Evangelio de San Lucas [6. 32], que decía “**si prestais a aquellos de quienes esperais recibir, ¿qué merito tendreis?**” [“*mutuum date, nihil inde sperantes*”]. Así, el **Derecho Canónico** prohibió cualquier forma de préstamo a interés, el cual era considerado “*ipso iure*” como un negocio usurario porque, según la Doctrina escolástica, la Usura equivalía a la estipulación de un interés como contraprestación por la concesión de un préstamo.

Y este “prejuicio” –entiéndase, ahora, en un sentido no necesariamente peyorativo, sino como mero “*juicio u opinión preconcebida*”– se comunicó, se contagió a otros muchos ambitos de las relaciones humanas, como la enseñanza: ya nos lo advirtió, hace tiempo, la Profra. MONTANOS: no se consideraba legítimo “vender” el propio conocimiento, y lucrarse con éllo.

Mas, si hubiéramos de atender a este tipo de criterios, tampoco podríamos mirar con ojos favorables el Trabajo, que durante mucho tiempo fue tenido por ocupación infame.

Y si la mera referencia al lucro ya genera esa especie de reprobación ética, a veces explícita y otras subyacente, ¡¡Qué decir cuando se ha llegado a afirmar, incluso, que el Derecho Mercantil es, directamente, el **Derecho del Capitalismo**!! Llama la atención que este calificativo –con toda la carga negativa que comporta– le llegase al Derecho mercantil, desde ambos extremos del arco ideológico: tanto de parte de juristas de formación ideológica marxista [Francesco GALGANO], como de parte de un mercantilista de ideología opuesta como era D.Jesús RUBIO.

A partir de este planteamiento, comienzan a comprenderse los ataques que recibe el Derecho Mercantil: El ataque lanzado desde una perspectiva constitucional, se fundamenta sobre la base de la supuesta contrariedad del Derecho mercantil a las exigencias del **art. 14 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978**; precepto que proclama el “Principio de Igualdad”. En este sentido; se afirma que el Derecho mercantil es una parte del Derecho privado que está formada por reglas que regulan –valga la redundancia– de modo distinto; de modo especial, unas mismas relaciones, frente a lo que para ellas dispone el Derecho Común.

Así, el tratamiento diverso –y, en ocasiones, claramente más severo– supondría deparar a diferentes ciudadanos, de los que se proclama la igualdad ante la Ley, respecto

de los demás, un tratamiento jurídico diferente y, por tanto, “privilegiado”. Y supuesto que el **art. 9º, Const.Esp.** establece el principio de sometimiento de los ciudadanos y de los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento; garantizando la jerarquía normativa, se extrae la conclusión de que el Derecho Mercantil –en cuanto Derecho privado “*especial*”- resulta potencialmente **anti-igualitario** y, por lo mismo, de dudosa coherencia con los principios proclamados en la Constitución.

El embate de la crítica **historicista** se lanza sustentado sobre la base de dos argumentos: por un lado, una supuesta **superación histórica de las circunstancias que motivaron su aparición**. Y, por otro, **un supuesto estancamiento del Derecho Mercantil**, que –habiéndolo mostrado, en cierto momento, una cierta superioridad técnica respecto del Derecho Común, por su flexibilidad y adaptabilidad- se habría congelado y fosilizado, llegando a verse, no ya alcanzado, sino incluso *superado*, por el Derecho común. En este sentido, los argumentos tópicos que se aducen para sustentar semejante criterio son los siguientes:

En primer lugar, se aduce el **envejecimiento y el vaciamiento de nuestro Código de comercio de 22 de agosto de 1885**, más que centenario y con gran parte de sus preceptos **derogados**. En este sentido, a pesar del importantísimo papel que juegan en el Derecho mercantil, las obligaciones y contratos, la denominada “Parte General” del Derecho de las Obligaciones y Contratos mercantiles, formada por los **arts. 50 al 63, CCo.** y los **arts. 942 y ss., CCo.**, resultaría excesivamente escasa e insuficiente. Y, además, tal escasez e insuficiencia se habrían agravado, al promulgarse la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que habría igualado, hasta la identidad absoluta y la total coincidencia, los arts. 1262, C.C. y 54, CCo.

En segundo lugar, se aduce el hecho de la aparición de un **Derecho de los Consumidores**, junto con una Ley de Condiciones Generales de los Contratos, que –supuestamente- serían normas de **Derecho civil**, porque las relaciones de consumo deberían ser apartadas del ámbito del Derecho Mercantil, para así mejor defender al Consumidor, ya que por un lado se aprecia –y es verdad- que el Consumidor no es un profesional, sino un “*ciudadano*”, sin otra cualidad especificadora, y, por otro lado, se da por supuesto que el Consumidor se halla mejor defendido en el Derecho civil.

Y, por fin, la consolidación –e institucionalización legal- del **Derecho de la Contratación por vía Electrónica**, como manifestación de que la universalización de la Web, habría nivelado las posiciones jurídicas de quienes se sirven de la misma para comunicarse y contratar.

El tercer motivo sobre el que se fundamenta la agresión al Derecho Mercantil, parece conectar con los **valores ético-sociales**, de índole más o menos trascendente, materializados en el Modelo Económico y Político-Social de nuestra Constitución: al parecer, el Derecho Mercantil, sería, no sólo un “Derecho *de* los Empresarios”, sino –también- un Derecho *para los Empresarios*; cortado a su medida, basado en la especulación y el lucro; alejado de los problemas y necesidades –y, por consiguiente, apartado de la protección de los intereses- de los consumidores y de los trabajadores. En resumen: un Derecho **antisocial e insolidario**, enfrentado con normas como los **arts. 51 o 129, Const.Esp.**

Por fin: el último bloque de razones o argumentos tiene que ver con la tentativa de “**desmembración**” del Derecho mercantil, por el cauce de la aparición de **nuevas ramas** del Derecho, cuyo nacimiento –que, al parecer, como en los microorganismos unicelulares, se produciría por “gemación”; “*modo de reproducción asexual, propio de las plantas y de muchos animales invertebrados, que se caracteriza por separarse del organismo una pequeña porción del mismo... [que] se desarrolla hasta formar un individuo semejante al reproductor*”- suele responder, en la mayoría de las ocasiones a un factor común: **la combinación de normas mercantiles, con normas de Derecho**

Público; principalmente, de Derecho *Administrativo Económico*, aunque –en ocasiones- existen otras razones adicionales.

Inicialmente, este proceso se manifestó en el plano del **Derecho marítimo**. Más tarde, se produjo en el ámbito del **Derecho bancario y bursátil**, seguido por el **Derecho del Seguro privado**, los cuales –a su vez- se encuentran en un proceso de *convergencia*, si no de *fusión*, en una categoría superior, denominada **“Derecho del Sistema Financiero”**. Más tarde –en época mucho más próxima- otro ámbito donde se ha planteado la *“secesión”*; la *“extirpación”* de una materia –globalmente considerada-, respecto del Derecho mercantil, ha sido en el ámbito del **Derecho de Sociedades**.

II.2.- LAS TÁCTICAS Y ESTRATEGIAS DE LA AGRESIÓN:

En estrecha relación con estos *“fundamentos”*, la agresión –las *agresiones*- que se cometen contra el Derecho mercantil, siguen –también- una serie de *“estrategias”*, que han contado con la colaboración –no siempre voluntaria ni consciente- de legisladores, jueces y profesores universitarios.

Los legisladores han contribuido, no poco, a esta *“Rivolta contro il Diritto commerciale”*, desplegando la táctica o la estrategia de la *“desmercantilización por principio”* de ciertas instituciones: piénsese en el drama de las sociedades cooperativas, y –en general- del propio **Derecho Cooperativo**, al que –con ánimo de confiarlo a la competencia de las Comunidades Autónomas- se ha querido privar de su condición de verdadero Derecho *mercantil* regulador de *empresas societarias*, lo cual es un empeño falaz, porque –para empezar- las Comunidades Autónomas tampoco tenían competencias en materia de Derecho *civil*, salvo que fuese Derecho *Foral* [instituciones de Derecho *proprio* de la Comunidad].

Por otra parte, no tiene sentido proclamar que no son mercantiles unas entidades cuyo régimen es –*“pari passu”*- idéntico o análogo al de los empresarios sociales, hasta el punto de que las propias leyes autonómicas que regulan la materia dicen –en una coletilla común- que se promulgan *“respetando lo dispuesto en la legislación mercantil”*: *“excusatio non petita, accusatio manifesta”*.

Otro ejemplo es el del Derecho Industrial y de la Competencia, que –a diferencia de cuando sucede en el Derecho Comunitario Europeo- *han optado por suprimir la referencia al sujeto “Empresario”* [los casos de nuestras **Leyes de Defensa de la Competencia y de Competencia Desleal**, constituyen ejemplos significativos], para, así, hacernos creer que se trata de instituciones de Derecho Común, cuando es verdaderamente difícil de concebir que **una conducta anticoncurrencial, en el mercado, no termine vinculándose a un empresario, o convirtiéndolo a su sujeto-agente, en un empresario**.

Asimismo se han promulgado disposiciones que **afectan a las normas sobre régimen general de las obligaciones mercantiles**, y –además- no se si por mera casualidad u obedeciendo a un propósito deliberado, las normas mercantiles afectadas son, precisamente, **aquellas que son más plenas de sentido**. El ejemplo de la *“destrucción desde dentro”* del **art. 54, CCo.**, por la **Ley nº 34/2002**, resulta enormemente significativo.

Otra forma de colaborar el legislador en este ataque al Derecho Mercantil se manifiesta, p.e., en aspectos que tienen que ver con la **organización del Poder Judicial** y –aunque quizá no tanto- **otros cuerpos profesionales públicos**, al haberse conformado un sistema de dotación de plazas en los órganos jurisdiccionales, en el notariado, etc., que se ha venido basando, hasta el momento, sobre dos pilares:

1) La inexistencia de una Jurisdicción mercantil especial, cuyas competencias materiales quedarían absorbidas en el seno de la Jurisdicción Civil.

España contó, durante mucho tiempo, con una Jurisdicción Mercantil, que –aparecida en la Edad Media, hubo de sobrevivir hasta el año **1868**. De hecho, el **Lib. Vº** del CCo./1829, titulado “**De la administración de Justicia en los negocios de comercio**” [arts. **1178** al **1219**], trata de los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia en el ámbito de lo mercantil. Así, esa especialidad llega a su zenith con el reconocimiento de la especialidad procesal mercantil, el promulgarse en España la **Ley de Enjuiciamiento sobre Causas y Negocios de Comercio, de 24.7.1830**. Por consiguiente, entre 1829 y 1868, el Derecho mercantil tuvo una vertiente procesal especial, que –a su vez- presentaba dos aspectos o dos planos: la **especialidad orgánica o jurisdiccional** y la **especialidad procedimental**.

La primera se hallaba reflejada en el **Lib. Vº** del propio CCo./1829, titulado “**De la administración de Justicia en los negocios de comercio**” [arts. **1178** al **1219**], cuyos arts. **1178** y **1179** atribuían la “*administración de justicia en primera instancia sobre las causas y negocios mercantiles*” a los “**Tribunales especiales de Comercio**” que debían existir, en principio, en todos los pueblos donde hubiera habido consulados, a los que vinieron a sustituir “*y en los demás en que por extensión de su tráfico, giro e industria fabril se crea conveniente erigirlos por decretos especiales*”. Sólo en caso de que faltase un Tribunal de Comercio en la plaza en cuestión, sería posible deferir la competencia a los jueces ordinarios [art. **1179**, CCo./1829].

Los Tribunales de Comercio estaban formados por “*un prior, dos cónsules y dos sustitutos de cónsules, todos comerciantes de por mayor, matriculados*” y que tuvieran “*las circunstancias prescritas por las leyes*”. Así, se trataba de una **jurisdicción corporativa**, ya que se hallaba formada, no por jueces ordinarios, sino directamente por comerciantes, lo cual sugiere que –en el fondo- los Tribunales de Comercio contemplados en el CCo./1829 no eran sino los viejos “*consulados*” que habían sido oficializados e incorporados al Poder Judicial de la Monarquía absoluta de FERNANDO VII. **Sin embargo**, se preveía –art. **1180**, CCo./1829- que, en **segunda y tercera instancia**, la jurisdicción y competencia corresponderían a las **Chancillerías y Audiencias Reales**, luego transformadas en Audiencias Territoriales, lo cual revela que, como mucho, la especialidad de la Jurisdicción Mercantil no pasaba de la Primera Instancia.

La jurisdicción de estos Tribunales de Comercio se calificaba de “*privativa para toda constestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes a las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de...*” el CCo./1829, con tal que tuvieran los caracteres determinados en ellas para ser calificadas de actos de comercio. Así, la determinación de cuándo un contrato era comercial, entre otras cosas, **traía como consecuencia su atribución a la Jurisdicción especial de los Tribunales de Comercio**.

Mas poco tiempo después se iniciaría un proceso inverso de **erosión de la especialidad procesal/jurisdiccional**, llegándose a la supresión de la Jurisdicción Mercantil –porque desaparecieron los Tribunales de Comercio-, y también a la de la Legislación procesal Mercantil, como consecuencia de la unificación de fueros determinada por la Revolución Liberal. Así, el **Decreto de Unificación de Fueros, de 6.12.1868** dedicaría su **Tít. Vº** a la “**Supresión de los Tribunales de Comercio, y reforma del procedimiento actual en los juicios que pasan ante esta jurisdicción**”

Desde entonces, la aplicación del Derecho Mercantil “*in toto*” quedó atribuida a los Tribunales de la Jurisdicción Civil Ordinaria.

Cierto que la **Ley Orgánica nº 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**, ha creado los denominados “**Juzgados de lo Mercantil**”, que deben considerarse no como órganos de un orden jurisdiccional distinto, sino como órganos

especializados “*ratione materiae*”, dentro del seno del Orden Jurisdiccional *civil*. Pero esa especialización es **insuficiente e inorgánica o asistemática**, porque **art. 86-ter, nº 2, LOPJ.** no traslada a los JJ.de.MM. absolutamente todas las competencias materiales sobre cuestiones propias del Derecho Mercantil: **muchos “actos de comercio” quedan fuera de la competencia de los JJ. de MM.** Así, baste pensar en todas las cuestiones del Derecho Cambiario, del Derecho bancario, bursátil y del Seguro privado, así como muchos contratos mercantiles [Comisión, Agencia, contratos de distribución, préstamos, depósitos, “*Factoring*”, “*Leasing*”, etc.]. Así pues, que un contrato –p.e., un depósito en almacén general– sea mercantil, y que –p.e.– resulte incumplido por alguna de las partes [daños en las mercancías depositadas, como consecuencia de una inadecuada custodia], no significa que las pretensiones indemnizatorias correspondientes hayan de quedar confiadas a los citados JJ. de MM. Antes bien, parece que serán competencia de los JJ.PP.II.

Solamente los contratos de transporte –nacional o internacional–, los contratos de Derecho marítimo, los contratos de Arbitraje comercial, cuando el objeto del arbitraje sea alguna de las materias mencionadas en el mismo **art. 86-ter, nº 2, LOPJ.**, y aquellos contratos en que, utilizándose cc.gg. de la contratación, proceda ejercitar las acciones características contempladas en la LCCGG., por nulidad o no incorporación, etc., quedan confiados a los JJ.de.MM.

También podrían quedar sometidos a ellos, las pretensiones derivadas de los **contratos mercantiles de sociedad**, incluyendo los de constitución de cooperativas. Mayores dudas suscita la cuestión de si la competencia de los JJ.de.MM. se extendería, o no, a contratos sobre Propiedad Intelectual e Industrial o sobre Publicidad, porque cuando el **art. 86-ter, nº 2, apdo. a), LOPJ.** menciona “*las demandas en que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad*”, da la impresión de que no se refiere a la materia contractual, sino a cuestiones como la nulidad o la caducidad de patentes y marcas, la deslealtad publicitaria, etc. Ciertamente, empero, los JJ.de.MM. podrían conocer de las **acciones de indemnización de daños** en estas materias, lo cual supone competencia en materias propias del *Derecho de Obligaciones*.

Y, por fin, es preciso señalar que –dado el criterio de atribución de la materia que ha utilizado la LORefConc./2003– **no se ha hecho mención de la condición personal de las partes** litigantes, de modo que lo mismo puede tratarse de **comerciantes** que de **no comerciantes**, ya litiguen comerciantes o empresarios entre sí; empresarios o comerciantes, con consumidores, o bien particulares no comerciantes, cual podría suceder con facilidad en el caso de los procesos relacionados con **sociedades mercantiles y cooperativas** [P.e: una “*actio pro socio*”].

En cualquier caso, **los titulares de los JJ.de.MM. son jueces de carrera cuya provisión se produce por oposición**, y no comerciantes, aunque **sí se les exija una cierta formación especializada**.

2) Ahora bien; dado que **el resto de las materias mercantiles sigue perteneciendo a los JJ.PP.II.**, cabe señalar que la aplicación del Derecho Mercantil “*in toto*” por los Tribunales de la Jurisdicción Civil Ordinaria, tuvo como consecuencia, en su día, el –correlativo– *generalismo* e *inespecificidad* de la *formación* de los jueces que, como dijo –creo– el Maestro Joaquín GARRIGUES, padre del moderno Derecho Mercantil español, un día se las tenían que ver con un problema de censos y foros, retractos de colindantes, etc... y al día siguiente con un problema de cuentas corrientes bancarias.

Esta doble circunstancia tuvo una consecuencia perversa; perversa en su aparente bondad y corrección: la convicción de que, **puesto que el Derecho Mercantil es**

Derecho especial, que surge y se desgaja del Derecho Civil, forzosamente debería compartir unas **mismas bases teóricas y unos mismos conceptos**. Esto –en buena medida- es una gran verdad.

El problema es que de una premisa sustancialmente verdadera, se extrajeron **conclusiones equivocadas**, tanto en el plano doctrinal, como en el plano práctico: la primera conclusión fue creer que bastaba con conocer el Derecho Civil patrimonial, para conocer el Derecho Mercantil, y la segunda fue que –como supuestamente bastaría con conocer el Derecho Civil patrimonial, para conocer el Derecho Mercantil- las normas mercantiles eran, en el fondo, meras normas civiles, en pie de igualdad con las demás normas civiles y, luego, **en pie de inferioridad**. En este sentido, algunas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia, con clarísima infracción de los **art. 9º, Const.Esp. y 1º y 2º, C.C.**, se han **negado a aplicar normas mercantiles** que constituyen Derecho positivo vigente, referentes a la prescripción de las obligaciones, alegando que ya no tiene sentido su aplicación, y que han de ser sustituidas por las normas del Código Civil.

A este estado de cosas contribuyó no poco, en las últimas décadas del siglo XX, la antes mencionada aparición del llamado *Derecho de los Consumidores*, que regula las relaciones socioeconómicas en las que intervienen empresarios o profesionales –e incluso Administraciones públicas- desarrollando **actividades económicas de suministro de bienes o servicios proporcionados a personas que los adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales**, para su uso personal o familiar.

En consecuencia: el paradigma de la relación socioeconómica de consumo es una **relación comercial entre un empresario y un consumidor**, que se define –fundamentalmente- como un **no empresario**; un particular, que siempre se encuentra en una situación de indefensión o, siquiera, de inferioridad, porque el Empresario cuenta con un instrumento que –por definición- el Consumidor no posee: la **Empresa**.

La reacción de gran parte de la Doctrina –civilista e incluso mercantilista, aunque a veces en términos ambiguos- fue *apartar* este tipo de relaciones, del ámbito del Derecho mercantil, sobre la base de los dos argumentos antes mencionados: **el Consumidor, al no ser un profesional, es una Persona, un Ciudadano “puro”, sin circunstancias cualificadoras** y, por tanto, debe quedar sometido al Derecho Civil [de “*Cives*”: que en Latín significa “ciudadano”]. Además el Derecho Civil se presentaba como más beneficioso y protector de sus intereses, que el mercantil.

De todo esto me ocuparé más tarde. Lo importante, ahora, es señalar que, constitutivamente; cási “*genéticamente*”, el Empresario llevaría siempre una clara ventaja sobre los consumidores: en efecto, los consumidores o usuarios son agentes económicos que operan en el mercado y adoptan decisiones de asignación óptima de recursos escasos, para lograr satisfacer –del modo más pleno- sus apetencias y necesidades personales, a través de la adquisición de bienes y servicios... **Solo que** –a diferencia de los Empresarios- **los consumidores no cuentan con el soporte organizativo y racionalizador/racionalizado de la empresa**; de ahí su situación de original y consustancial desventaja, respecto de esos otros operadores económicos, cuya actividad en el mercado es, no sólo racionalizada, **sino incluso planificada en términos de costes, beneficios y riesgos** [los **empresarios**]. Mas, por si esto no fuera suficiente, existe un cúmulo de circunstancias de diversa índole que revelan la situación de indefensión de los consumidores, las dimensiones e importancia cuantitativa del problema, y la necesidad de que el Ordenamiento jurídico le dé cumplida solución: así, FONT GALÁN aludía a **factores económicos**, citando como ejemplo paradigmático el cambio de una economía absolutamente libre e incluso “desbocada”, a una economía intervenida, que ni siquiera los procesos de privatización y desregulación han sido capaces de suprimir: sólo de modificar [de un intervencionismo administrativo agresivo, se pasa a técnicas de intervención con colaboración de los propios sectores económicos afectados].

A decir verdad, en los últimos tiempos, el fenómeno sería precisamente el inverso –o casi- al advertido por FONT GALÁN: se ha retornado a un sistema privatizado en mayor medida, con lo que surgen nuevos ámbitos en los que se hace preciso proteger a los consumidores, y más intensas necesidades de protección.

Otro tipo de factores son los **tecnológicos** [el maquinismo, y ahora las revoluciones en las tecnologías de la información, la comunicación, la genética...], y estos, junto con los anteriores, han conducido a una consiguiente incontenible “*avalancha de bienes y servicios ofrecidos al mercado*”, apoyada o sustentada sobre una serie de **nuevas formas de comunicación empresarial persuasiva** [nuevas formas de “*marketing*”, técnicas de venta más o menos agresivas, publicidad informática...]. También hay que tener en cuenta un **incremento de los riesgos de daños personales y materiales** –existen riesgos y daños “*en masa*” -, que propician incluso una revolución en el Derecho de la Responsabilidad Civil, que pasa a convertirse en un **Derecho de Daños** y a **suprimir o erosionar el Principio de la Culpa**.

Por otra parte, sucede que los procesos de **concentración o cartelización empresarial**, así vertical, como horizontal, **conducen a un notable empobrecimiento de las fuentes de información de que dispone el Consumidor**, que ya no puede confiar en la que le proporcione el detallista, respecto de los productos elaborados por el productor o mayorista, porque precisamente forma parte de la red comercial de estos últimos y porque, además, resulta un lego en el conocimiento de las características de los bienes o servicios que distribuye. En efecto; el proceso histórico de **especialización de los empresarios** condujo a una **paulatina separación entre la Producción/fabricación y el Comercio, en sentido estricto**. Este proceso condujo a que el Comerciante propiamente dicho dejara de poseer los conocimientos precisos para ser el protagonista del mercado: ya no conoce los procesos de fabricación de los productos o servicios que proporciona, porque no participa en ellos, pasando a convertirse en un profano respecto de las características y riesgos propios de las mercancías que vende o pone en el mercado. Y, por consiguiente, en un simple órgano, y -además- no siempre decisivo e indispensable, del proceso de ventas.

Por otra parte, las modernas técnicas de “*marketing*”, referidas a productos crecientemente complejos y homogéneos, sitúan al Consumidor ante la práctica imposibilidad de formarse un juicio sobre la calidad y condiciones de aquéllos. A estas dificultades es preciso añadir el carácter “difuso” del interés de los consumidores, que no favorece los procesos asociativos de autoprotección, al contrario de cuanto sucedió en el ámbito del mercado de trabajo.

Toda esta serie de circunstancias motivó el fenómeno de la aparición del llamado “*Consumerismo*”; movimiento socioeconómico y jurídico iniciado en los años 1960, en los EE.UU., con el famoso discurso del Presidente J.F.Kennedy, que manifestó el propósito de proteger a los consumidores y usuarios e incluso hizo referencia a los que luego habrían de convertirse en los “*derechos fundamentales*” de los consumidores: **seguridad, información, elección y audiencia**. Posteriormente, y por lo que a Europa se refiere, en 1962 fue elaborado en Inglaterra, en llamado “Informe Molony”, aunque es preciso reconocer que el propio Tratado de Roma, de 1957 incluyó en sus preceptos, algunas menciones que preveían un cierto grado de tutela del Consumidor.

Ahora bien; **¿de dónde procede o de dónde debe proceder esa especial tutela?** La respuesta real es que debe proceder **de todos los sectores del Ordenamiento jurídico**, incluso –principalmente- del Derecho Mercantil. Y, sin embargo, el problema se planteó en términos reductivos, como **una suerte de disputa entre el Derecho Civil y el Mercantil**, pugnando por apropiarse de un sector cuantitativamente amplio de la realidad socioeconómica. Y, así, al compás de este planteamiento limitado e incompleto, los detractores del Derecho Mercantil formularon o retomaron dos postulados que,

siendo meras hipótesis, son presentados al público como si se tratase de hechos demostrados e irrefutables:

- a) En primer lugar: que **el Derecho mercantil no se aplica a los “actos [de comercio] mixtos”**; es decir: aquellos en los que una de las partes es comerciante o empresario, y la otra, **no**; supuesto cuyo paradigma serían las relaciones de consumo.
- b) Y, en segundo: que el Derecho mercantil no se aplica a los “actos [de comercio] mixtos”, **porque resulta perjudicial para los intereses de los no comerciantes.**

Sin embargo, quiero adelantar que **ambas hipótesis son totalmente falsas**: las normas mercantiles no dejan fuera los “actos mixtos” y, además, el Derecho Mercantil resulta más beneficioso para el no comerciante, que las normas del Derecho Común.

II.3.- DEFENSA DEL DERECHO MERCANTIL.

Mas volviendo a la idea, anteriormente expuesta, de que el objeto de este discurso es una defensa del Derecho Mercantil, creo que a estas horas todos podrán percibir que el Derecho Mercantil necesita de una defensa decidida, toda vez que no parece que sea capaz de ganar amigos él solo. Pues bien; luego de exponer las principales líneas de argumentación hostiles a la subsistencia e integridad del Derecho mercantil, analizaré los hechos que creo relevantes para su defensa, exculpación y libre absolución:

- 1) Su origen histórico, como un Derecho de **emancipación**
- 2) **Protección del tráfico y el crédito**, en general
- 3) Protección de la **seguridad en las transacciones** comerciales y **antecedente del Derecho Laboral.**
- 4) Protección de la salud, seguridad y legítimos intereses económicos de los **consumidores**
- 5) Especial aptitud para la **adaptación** a nuevas circunstancias económicas y sociales.
- 6) Falacia de los argumentos que propugnan su desmembración

II.3.1.- El Derecho Mercantil como *Derecho emancipador*.

El Derecho Mercantil es el “*Derecho de los Empresarios*”, pero –primero- lo fue de los “*comerciantes*”, ya que el Empresario es –históricamente- el sucesor de aquéllos, y –en este sentido- cuando nació el Derecho Mercantil, surgió como un **Derecho de emancipación social.**

En efecto: el Derecho Mercantil surge en la Edad Media, y surge en un entorno jurídico que le es profundamente hostil: el mundo de las relaciones feudales; de la adscripción forzosa y forzada del Hombre a la Tierra; de la servidumbre, del vasallaje. Y, en este ámbito, como señaló MÜLLER-ERZBACH, los habitantes de las ciudades medievales, que se encontraban en el punto candente de la vida comercial, adquirieron un nuevo sentido de autonomía y libertad, ganando para sus ciudades la independencia económica y la autonomía jurídica. Y así, bien porque actuasen dentro de las ciudades comerciales, o bien porque se instalasen “*foris burgus*”, lo cierto es que “el aire de la ciudad hacía libres” a los comerciantes [*“Stadtluft macht frei”*].

En este sentido, la **tendencia asociativa/corporativa** de los comerciantes y mercaderes, que daría lugar a la aparición de dos tipos de entidades: los **gremios** y la **gil-**

das o universidades de mercaderes, las cuales que poseían unos tribunales especiales - los **Consulados**- que, en el desarrollo de su actividad jurisdiccional, constituyeron los factores y elementos que propiciaron la aparición de un Derecho *nuevo*, desligado de los ordenamientos que componían el Derecho Medieval.

Así, el Derecho mercantil nace como un Derecho creado por legos; por no juristas; un Derecho esencialmente consuetudinario, adecuado a la actividad comercial, que se manifiesta fundamentalmente y se consolida, a través de su aplicación por la Jurisdicción especial consular. Los tribunales consulares **fallaban los litigios sobre la base del criterio de la buena fe y la equidad** [*“ex bono et aequo”*], recurriendo a la **costumbre** y con una notable ausencia de ritualismo, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que el Derecho mercantil medieval es doblemente privado: por su contenido, y también por su origen, ya que es el Derecho que la clase de los mercaderes se da a sí misma.

Este Derecho tenía que existir, porque los elementos que componían el *“Ius commune”*; a saber: el Derecho romano tardío, el Derecho canónico y el Derecho consuetudinario germánico, a pesar de contener algunos aspectos positivos [como, p.e., el régimen de protección posesoria, la configuración despersionalizada de las relaciones obligatorias, la existencia de algunas normas especiales para los comerciantes...], resultaban absolutamente ineptos para las necesidades de la actividad mercantil: Así, el Derecho germano estaba basado sobre un sistema procesal bárbaro [ordalías, juicios de Dios], y el Derecho canónico, basado en principios como la represión de la usura y -lo que es mas grave- de la consideración como “usura” de toda percepción de interes sobre el dinero, la teoría del “precio justo” etc., presentaban una orientación hostil a la actividad de los comerciantes. Por éso, muchas de sus líneas maestras resultaban inadecuadas para dar solución a las necesidades derivadas de las relaciones jurídicas que surgieran de la actividad referida. Finalmente, y por su parte, el Derecho Feudal simplemente era incompatible con la libertad de trabajo.

Así, el naciente Derecho Mercantil **trajo algo de libertad, allí donde no existía.**

II.3.2.- El Derecho Mercantil como *protector del tráfico y el crédito.*

Mas, si el Derecho Mercantil es el Derecho **privado** de los **empresarios**, semejante afirmación suscita varias cuestiones y reflexiones: en primer lugar, **¿qué es un empresario?**. En segundo, **¿Debe el Empresario ser sometido a un Derecho especial, distinto del que afecta a los demás ciudadanos?**. Estrechamente relacionada con la anterior, una tercera cuestión sería: **y ese Derecho especial de los empresarios, ¿se aplicaría, también, a los particulares que contratasen con ellos?**

En mi opinión, la respuesta a estas interrogantes solamente puede ser alcanzada si es una respuesta **ordenada**: si se responde, primero, a la primera cuestión, luego a la segunda y finalmente a la tercera. En cambio, una inversión o alteración del orden de las mismas, o una polarización del interés en la segunda -justificable, quizá, porque parece la más importante-, podría llevarnos a conclusiones equivocadas, **porque no es la Historia la que debe servir de criterio** para saber si el Empresario ser sometido a un Derecho *especial*, distinto del que afecta a los demás ciudadanos, **sino la Economía**: aquélla es mudable, y lo que pudo tener justificación ayer -el Derecho de las Corporaciones de Mercaderes, en la Edad Media-, podría no tenerla hoy, en un mundo jurídico inspirado por la **igualdad**.

Mas, ¿acaso la *Economía* no es, también, mudable y contingente?. Es posible, pero ciertamente la Economía puede llegar a ser tan estable como pueda serlo la razón, de modo que mientras las circunstancias económicas nucleares se mantengan inalteradas... el Derecho Mercantil tendrá razón de ser.

Y aunque mucho cambie en la Economía, parece que hay un dato que la experiencia nos muestra que es consustancial al modelo económico del Primer Mundo, desde fines de la Edad Media, hasta la actualidad: **existen los empresarios**, y los empresarios lo son porque se sirven de una empresa, y la *Empresa* es –objetivamente– una organización de factores de producción; una organización de activos económicos, a veces cuantiosos. Y funcionalmente, la Empresa es una *actividad organizada*; una **actividad económica racionalizada, cuya racionalidad derivada de su carácter planificado**. El Empresario planifica su actividad, llevando a cabo estimaciones de costes y beneficios, sirviéndose del valioso instrumento de la *Contabilidad*, porque la “*Contabilidad*” es –ontológicamente y antes que nada– un *sistema de ordenación de la información*, exigido por el mismo proceso racionalizador de la actividad económica, que define a las empresas, en tanto que *actividades económicas organizadas*, cuya organización se conforma sobre la base de *una sucesión de toma de decisiones racionalizadas, en función de la asignación óptima de recursos escasos*, reclama un *adecuado nivel de información, para la propia eficiencia de esas decisiones*.

Como consecuencia de lo expuesto, me atrevo a asegurar que la respuesta a la primera de las interrogantes –qué es un empresario– ofrecería, ya, las claves para responder a las demás: un empresario es **una persona –física o jurídica– que profesionalmente y en nombre propio, organiza y combina los factores de la producción –capital y trabajo– con objeto de proporcionar bienes y servicios, distribuyéndolos en el mercado**; es decir: con objeto de **proporcionar bienes o servicios a terceros**.

Ahora bien; si el empresario es una persona, ¿acaso no lo es cualquier otro sujeto, conforme al art. 30, C.C.? Porque, en definitiva, *las personas son las protagonistas del Derecho*, y el Derecho constituye la *disciplina coactiva de relaciones sociales*; es decir: de relaciones intersubjetivas; de relaciones *entre diferentes personas*. Y esto es así, respecto de absolutamente **todas** las ramas del Derecho. A decir verdad: la Persona es el concepto nuclear de todo el Derecho: todo el Ordenamiento jurídico gira en torno a la Persona, porque –en definitiva– la “*materia*” del Derecho son las relaciones jurídicas y estas son, en definitiva, relaciones *sociales*; relaciones *interpersonales*. Mas entonces es obvio que un elemento fundamental de las citadas relaciones –probablemente, “*el*” elemento fundamental– será el “**Sujeto**” de la relación. Y, por este mismo motivo, la Persona; el Sujeto debe encontrarse en el núcleo mismo de las ciencias y las disciplinas jurídicas: debe encontrarse **en el Derecho Común**.

Una cuestión de importancia no despreciable es la que se refiere a la **situación sistemática** del estudio del Sujeto del Derecho –la **Persona**–, dentro del conjunto de las instituciones jurídicas. Y, a este respecto, caben dos posibilidades:

I.: O situarlo dentro del “*Derecho de la Persona*”

II.: ... o bien situarlo dentro del “*Derecho de Familia*”.

Ya se opte por una solución o por la otra, toda persona física –o física y jurídica– sería objeto de la atención del Derecho *Civil*, que es el Derecho Común privado, y sus derechos, obligaciones, sus relaciones patrimoniales, sus contratos, sus uniones voluntarias.... Todo; absolutamente todo, quedaría confiado al Derecho *Común*. Y, sin embargo, es obvio que **existe un Derecho Mercantil, que no es Derecho común, sino especial**.

Pero, entonces –y aquí viene una segunda interrogante– ¿por qué una persona, como es el Empresario, es objeto de una **regulación especial**, distinta del Derecho Común?. De hecho; ¿por qué existe un Derecho –llamado *Mercantil*– que es *especial*, y que se separa –en mayor o menor medida– del Derecho Común?.

La respuesta es que los empresarios quedan sometidos a un régimen especial, no por ser quienes son, sino **por hacer lo que hacen**: Concebido como un Derecho regu-

lador de los empresarios y de su instrumento de participación en el mercado -las Empresas-, el Derecho mercantil "*more geometrico demonstratum*", semeja configurarse como -o, desde otro punto de vista, semeja situarse enmarcado dentro de- un triángulo equilátero, cuyo centro se encuentra ocupado por la persona del Empresario, y en cuyos vértices se hallan quienes con él entran en relación socioeconómica y jurídica:

- 1.- Los proveedores
- 2.- Los clientes
- 3.- Los trabajadores.

Así las cosas, el Derecho mercantil se ha ocupado de regular, desde un primer momento y -al parecer- sin que nada de esto haya cambiado, *las relaciones del comerciante con sus proveedores*, incluidos los *financiadores de su actividad* [los bancos y otras entidades de crédito, el público de los inversores] y también incluidos los que hacen su empresa de la asunción de los riesgos propios de los empresarios [aseguradores]. Asimismo, desde muy temprano se ocupó el Derecho Mercantil de las relaciones del Empresario con ciertos empleados muy especiales, a su servicio: los auxiliares dependientes del Comerciante [los "*factores, dependientes y mancebos*" de nuestro Código de comercio y los auxiliares y dependientes del Naviero, como personas que "*intervienen en el comercio marítimo*"]. Así, el Derecho Mercantil y el Derecho Marítimo *mercantil* pueden considerarse como verdaderos precursores del Derecho laboral, en la regulación de los dependientes del Comerciante terrestre o marítimo; papel en el que sólo más tarde fué sustituido por el Derecho del Trabajo.

Mas, ¿y los *clientes* del Empresario?. Hay quien afirma que sólo en los últimos tiempos el Derecho mercantil habría revelado su auténtica preocupación por los clientes-consumidores. **Sin embargo**, por las razones que posteriormente se verán, no termino de compartir esta afirmación: **no es que sea reciente la atención del Derecho Mercantil por los consumidores, sino que lo que es reciente es la comprensión -global- de la problemática del Consumo**: fue en el siglo XIX, cuando tanto la Medicina como, seguidamente, el Derecho comenzaron a percibir los problemas causados por los *fraudes alimentarios* y por los enormes peligros para la vida y la salud de las personas que implicaba el *uso de formaldehidos, bórax* y otros productos venenosos, que se utilizaban en la preparación y conservación de tales alimentos. Pero, en todo caso, ésto, ni es mérito ni demérito del Derecho Mercantil, "*in se*", sino del desarrollo social y cultural.

La cuestión, es entonces, no tanto si el Derecho mercantil mostraba una preocupación consciente por los intereses de los consumidores, cuanto si **poseía ya las potencias y virtualidades que lo hicieran adecuado para proteger tales intereses**. Y, en mi opinión, la respuesta es que **sí**, aunque esta afirmación la expondré, con mayor profundidad, seguidamente.

Mas volvamos al curso principal de mi exposición: el Empresario o Comerciante es, sobre todo, un gran "*generador de riesgos económicos*"; un agente que asume riesgos, pero que -al hacerlo- indefectiblemente los proyecta sobre otros sujetos o agentes económicos distintos, porque -ciertamente- el principal riesgo del Empresario: el **riesgo de la solvencia propia, afecta igualmente a sus acreedores, que pueden perder sus créditos si el Empresario no puede hacer frente a los mismos**.

Ciertamente a muy pocos empresarios se les puede exigir legalmente que controlen los riesgos asumidos, incidiendo el Legislador o la Administración pública sobre el control de la propia política de sus empresas (es el caso de los diversos intermediarios financieros (entidades de crédito, empresas de servicios de inversión) y de las entidades de seguros, que -en definitiva- son también éllas intermediarios financieros no crediticios y no bancarios)... Pero lo que sí puede hacer el legislador, para proteger el

tráfico y el crédito en general, puestos en riesgo por la actividad típica de cualquier empresario, es **establecer un régimen mínimo de cautelas que aseguren una cierta protección de los intereses de los terceros** que entran en relación con los empresarios; es decir: configurando un “*status*” **profesional**, exigible a los diversos empresarios –aunque quizá no con la misma intensidad-, y que ha venido estando –tradicionalmente- formado por instituciones; por derechos y deberes especiales, distintos de los que afectan a los particulares, y que incluyen figuras como:

- El **Registro Mercantil**
- La **Contabilidad Mercantil**
- El Régimen de la **Insolvencia**, donde la unificación formal operada por la nueva Ley Concursal de 2003 **no puede ocultar importantes diferencias sustantivas entre el Concurso de los empresarios y el de quienes no lo son.**
- El régimen especial de la **Representación mercantil**;

A los que cabría añadir, tanto el derecho de **usar un nombre comercial, distinto del nombre civil**, o como la **obligación de conservar la correspondencia**, tan estrechamente vinculada a los deberes relativos a la contabilidad; instituciones, en su mayoría, orientadas a la protección de los intereses de los terceros.

La mayoría de estas instituciones no se aplica a los no empresarios, de modo que son **instituciones no comunes**; no “civiles”; no son propias del “Ciudadano” sin atributos, sino **propias de los empresarios**, y –por tanto- **pertenecen al Derecho especial Mercantil**. Y no se aplican a los no empresarios,... **porque son reglas más severas** que las del Derecho *Común*: ¿Se imaginan a D. Rufino, modesto pensionista, obligado a inscribirse en el registro mercantil, a llevar una contabilidad ordenada [¿Para ofrecer una “imagen fiel” de lo que cobra como pensión no contributiva?]? O Se imaginan a Pepita, estudiante de tercero de Bellas Artes, en la misma tesitura. La verdad es que no.

II.3.3.- El Derecho Mercantil como garante de la seguridad en las transacciones comerciales y como predecesor histórico del Derecho Laboral.

El Derecho mercantil fija su atención central en los empresarios, mas ciertamente no parece que con éllo les haga ningún “regalo”, sino que **reconoce su función social, junto con los riesgos que comporta**, y –por ese mismo motivo- **los somete a una serie de deberes profesionales**, que son especialmente rigurosos y que no encuentran parangón en el ámbito de los demás ciudadanos. Pues bien; en este sentido, el Derecho Mercantil debe ser mirado como un Derecho “*de*” los empresarios, **pero no como un Derecho “para” los empresarios; no como un agregado normativo cortado a la medida de los intereses, particulares y egoistas, de ciertos sujetos, en detrimento de otros**. El Derecho Mercantil debe ser mirado desde una perspectiva parecida a la que se ha impuesto, p.e., en el moderno Derecho Administrativo: si éste sirve para proteger los derechos e intereses del ciudadano, frente a los Poderes Públicos, controlando las prerrogativas y potestades exorbitantes de la Administración... El Derecho Mercantil debe ser considerado como un Derecho **que controla el correcto desarrollo de la actividad de los empresarios**, protegiendo a los **terceros** que con ellos se relacionan... Y protegiendo especialmente –redobladamente- a aquellos terceros que, cuando tratan con los empresarios, se hallan constitutivamente situados en una posición de inferioridad: los **consumidores**, los **inversores**.... Incluso los **trabajadores**.

Si, si: no se extrañen –posiblemente alguno de los presentes habrá salido de la somnolencia que tradicionalmente producen estos actos, para decir: “¿He oído bien?... ¿¿¿Que el Derecho mercantil protege a los trabajadores!???”.

Pues, sí, señor: cuando menos **así fue y así pudo seguir siendo**: como ya anticipé al dar inicio a esta exposición, el Derecho Mercantil es históricamente más antiguo que el Derecho Laboral, y cuando los trabajadores no tenían otra fuente de regulación que el Código Civil y una Ley de 1873, sobre trabajo de los menores... El Código de comercio de 1885 regulaba, y -además- en términos relativamente ventajosos, la situación de:

1) Los colaboradores del Comerciante

2) Los colaboradores del Naviero

Estableciendo un sistema de despidos por causas tasadas, más riguroso -y, por tanto, más beneficioso para los trabajadores- que el previsto en el Código civil; el cual -por cierto- es posterior al Código de comercio, respecto de los "*criados y menestrales*".

Lo que pasa es que, cuando surgió el Derecho del Trabajo, en 1926, superó al Derecho Mercantil en la regulación de unas relaciones típicamente de empresa, como son las relaciones de trabajo asalariado. Lo hizo porque para el Derecho Laboral es **más importante -desde el punto de vista conceptual- el Trabajador, que el Empresario**, y lo hizo -es decir: superó al Derecho Mercantil en la regulación de las relaciones de trabajo asalariado- hasta el punto de *no precisar, ya, del Empresario*, en sentido estricto, pues es obvio que el Derecho *del Trabajo* ha definido al Empresario más como *parte contratante, dialécticamente opuesta al Trabajador*, que -propriadamente- como agente económico que opera en el mercado de la producción de bienes y servicios. Por este motivo, el concepto "*laboral*" del Empresario, es **más amplio** que el concepto "*mercantil*": para el Derecho Laboral es empresario el BANCO DE SANTANDER CENTRAL HISPANO, y también es empresaria D^a Inés, Viuda de Notario y pensionista, que tiene una empleada de hogar colombiana.

Mas, aunque el Derecho Mercantil no fue capaz de seguir un camino que terminó por dar nacimiento al moderno Derecho Laboral, lo que sí ha conservado el Derecho Mercantil es la **regulación de los contratos y negocios jurídicos de los empresarios**. En efecto; el Derecho Mercantil no es sólo Derecho *estatutario*; es -también- Derecho *patrimonial*, y -más precisamente- es Derecho de Obligaciones y contratos. Y, en este sentido, **nuevamente vuelve a mostrarse más beneficioso que el Derecho común, respecto de los no comerciantes**: porque es el Derecho mercantil, y no el civil, el que protege las adquisiciones "*a non domino*" de bienes muebles y de títulos-valores, con un régimen que supera notablemente el previsto en el Código civil [arts. 85, CCo., 545, CCo. y 19, LCCH.]; es el Derecho mercantil, y no el civil, el que persigue más decididamente -y de modo más amplio que el CC.- la "*laesio enormis*" en los contratos, como demuestra el art. 344, CCo., que hace responsables de daños y perjuicios a los compradores y vendedores que, con mala fe, vendan o compren objetos por precios desproporcionados e injustos, causando lesión a la contraparte; es el Derecho Mercantil, y no el civil, el que hace soportar el **riesgo de las cosas vendidas** al Comprador, sólo a partir del momento de la entrega de la mercancía, y no -como por el contrario hace el C.C.- desde el mismo momento de perfección del contrato. Por otra parte, es el Derecho mercantil de Sociedades, y no el civil, el que ha establecido un mejor equilibrio entre intereses sociales; interés de mayoría e interés de minoría, e incluso intereses "*de grupo*", cuando se producen fenómenos de concentración empresarial; regulando problemas como los conflictos que pueden producirse entre tales intereses legítimos, *agravando los módulos de diligencia y las responsabilidades de los administradores* sociales.

Periendo de esta base, quedaría en evidencia la falacia que subyace en la estrategia, antes mencionada, de la "*desmercantilización por principio*" de ciertas instituciones: a veces parece -Contrato de Seguro; contrato de Agencia; régimen de la Letra de Cambio, Derecho Cooperativo- que una materia, regulada de modo *unitario*, se ha con-

vertido en *Derecho Común*, **cuando lo cierto es que ha desaparecido la regulación civil** de dicha materia, **por ser tan irreduciblemente empresarial** [¿Quién puede imaginar un contrato de seguro sin empresario asegurador, ni empresa basada en la mutualidad de riesgos?], **que no puede ser regulada sino por el Derecho de los empresarios.**

II.3.4.- El Derecho Mercantil, protector de la salud, seguridad y legítimos intereses económicos de los consumidores.

Anteriormente tuve ocasión de referirme a la problemática de las operaciones de consumo, y al problema de su adscripción, o no, al Derecho Mercantil. Pues bien; quisiera señalar que el hecho de que el Consumidor o Usuario no esté legalmente sometido a un “*status*” legal profesional, porque no es un empresario, no significa que no se halle sometido a una serie de normas especiales, porque aunque el Consumidor es, en última instancia, el propio Ciudadano; el Sujeto “*sin atributos*”, al que –en teoría- habría de aplicársele, “*tout court*”, el Derecho Común; al que habría de aplicársele el Derecho Civil, en cuanto “*rige las relaciones entre particulares sobre las que no actúa una razón (...) de especialización*”, lo cierto es que ese ciudadano, cuando *consume bienes o utiliza servicios, funciones o actividades*, destinadas a satisfacer sus necesidades personales o las de su familia, lleva a cabo un acto socioeconómico que, cuando lo pone en relación con el Empresario, hace de él un *consumidor* y **reclama la aplicación de normas y principios jurídicos especiales** o bien reclama la **aplicación especial de normas y principios jurídicos comunes, porque éstos no resultan eficaces**. Que esto es así, lo demuestra claramente el texto del **art. 7º, LGDCU.**, cuando establece que:

“Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio interior y exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio”.

Esta disposición supone, entre otras cosas, que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios **se protegen mediante la aplicación de “lo previsto en las normas... mercantiles”**, lo cual revela que es falso que las relaciones socioeconómicas de consumo queden excluidas del Derecho Mercantil, porque en los dos argumentos esgrimidos subyacen sendas falacias o errores de Planteamiento.

Para empezar, si el Empresario se define por lo que hace... El Consumidor no le va a la zaga, en este aspecto: el Consumidor no es el simple “ciudadano”, sin más: **es el ciudadano cuando consume**. Y ese consumo requiere no solamente de la **consideración del sujeto que consume, sino también de la consideración de aquel otro sujeto que le proporciona los bienes o servicios que consume**. Y ese otro sujeto –sin olvidar a las Administraciones públicas y sus delegados- **es un empresario**. Si no fuera así; si el otro sujeto fuese, simplemente, otro ciudadano, sin más, entonces el ciudadano que consume no precisaría de protección especial.

Así, el Consumidor es **un ser genéticamente alterado**, que sólo se define para el Derecho como “*consumidor*”, **en cuanto se halla enfrentado con el empresario que le sirve**. Por tanto, la relación socioeconómica de consumo, como toda relación humana social, es –necesariamente- bipolar: tiene, como mínimo, dos sujetos.... Y uno es el empresario.

Pues bien: el **art. 7º, LGDCU.** prevé o dispone que las normas mercantiles protejan al Consumidor frente al Empresario, y tales normas mercantiles pueden cumplir esta tarea, porque ya lo han demostrado, como revelan los preceptos que he mencionado en el epígrafe anterior.

II.3.5.- Especial aptitud para la adaptación a nuevas circunstancias económicas y sociales.

El Derecho Mercantil ha mostrado poseer un evidente dinamismo y una especial **aptitud para la adaptación a nuevas circunstancias económicas y sociales**. Pero para percibir el alcance de esta afirmación es preciso tener en cuenta la trascendencia del *Derecho Convencional*, en el ámbito de las operaciones mercantiles y empresariales, con la voluntad y el designio decididos de reconocer que el Concepto del “Derecho” no puede alcanzarse si el “*approach*” a su definición lo deja reducido exclusivamente a un problema de Fuentes; como si el Concepto del Derecho se limitase a una mención a las Fuentes que son capaces de producirlo. Por este motivo, sostengo respecto del Derecho Mercantil, que es Derecho *objetivo*, pero además también Derecho *convencional*; Derecho *negocial*, como revela la praxis de la contratación por formularios en materia de cuentas corrientes, créditos documentarios, alquileres de cajas de seguridad, depósitos y administración de valores y carteras de valores; de seguros; de contratos de distribución; de suministro, etc... Incluso la práctica de la existencia de formularios de estatutos sociales.

Desde esta perspectiva, lo que verdaderamente define al Derecho es su condición de conjunto de reglas que sirven como “*instrumento de ordenación social*” [MONTORO], más que el origen o la oficialidad de esas reglas. Por este motivo, frente a la cuestión de identificar cuáles sean las fuentes del Derecho, no cabe sino reconocer que –junto con la Voluntad del Estado, reflejada en la Ley positiva- hay que incluir la Voluntad Privada, materializada en el “Pacto”, como regla derivada de la “*existencia de dos o más sujetos colocados en un plano de igualdad que buscan la solución a un conflicto mediante el libre acuerdo de voluntades*” [MONTORO]; criterio que estimo avallado o refrendado por la constitucionalización de la Libertad individual y, consecuentemente, la constitucionalización implícita de su poder “*legiferante*”, basado en la Autonomía de la Voluntad paccionada.

Así, con independencia de la dinámica de producción normativa estatal mercantil, el dinamismo de este se anuda –fundamentalmente- al fenómeno de la contratación por formularios de condiciones generales; práctica que donde cobra su sentido más pleno es en la *contratación empresarial*.

II.4.- CONTRA LA “DESMEMBRACIÓN” DEL DERECHO MERCANTIL: LAS SUPUESTAS RAMAS ESPECIALES.

Otro ataque de que es objeto el Derecho Mercantil es el que pretende desgajar de él ciertos sectores de su materia tradicional, desmembrándolo y privándolo de diversas partes de su contenido, como la regulación del sistema financiero [Banca, Bolsa y Seguros], aduciendo la relevante presencia del Derecho Público en la regulación de estas actividades, o incluso la *conversión total* de las mismas en *materias del Derecho Público*. Esto sucedió, ya en la Alemania de entreguerras, cuando autores como GÖPPERT o JESSEN defendieron la *publicización total* del Derecho Bursátil.

Sin embargo, con independencia de la carga política de este tipo de teorías –influidas por el Modelo Económico del Nacionalsocialismo-, esta desmercantilización y segregación del Derecho Mercantil no puede ser admitida, ya que incurre en un error de base: no son las *normas*, en sí, las que merecen “*ex ante*” la calificación de públicas o privadas; administrativas o mercantiles, sino que **las que son públicas o privadas son las relaciones socioeconómicas que tales normas regulan**. Así, una relación socioeconómica bancaria –el contrato de cuenta corriente bancaria, la constitución de un banco...-, o una operación bursátil –la compraventa “de contado” de valores negocia-

bles admitidos a cotización oficial- aunque den lugar a relaciones jurídicas en las que llegue a verse involucrada la Administración Pública o un ente privado [la Sociedad Rectora de la Bolsa] que ejerza funciones públicas delegadas, **siempre serán relaciones entre sujetos privados**, carentes de potestades exorbitantes: la cuenta corriente se abre entre el Banco y su Cliente, el banco se constituye fundando una sociedad anónima, entre sujetos privados que otorgan la escritura fundacional y se obligan a hacer las aportaciones, con objeto de adquirir unas acciones representativas del capital de la SA., que ora se ofrecen al público en el marco de una operación financiera de emisión, ora se negocian ulteriormente, mediante *contratos de compraventa*, en el seno de las Bolsas, en los que *comprador y vendedor de las acciones son sujetos privados*, que asumen obligaciones recíprocas, también privadas.

Por consiguiente, el núcleo del Derecho bancario y del Derecho del Mercado de Valores versa sobre actos jurídicos realizados por sujetos privados y que generan relaciones jurídicas privadas: **la presencia del Derecho Público**, por muy importante que sea es orbital, circundante... Pero **no nuclear**.

Cierto que la Administración no está lejos –fundar un banco requiere **previa autorización administrativa** que concede el Ministerio de Economía y Hacienda-, pero esa necesidad de autorización es el contenido de **una relación jurídica distinta de la anterior, en la que aparece la Administración pública, en el ejercicio de sus potestades**. Mas ningún sentido tendría la intervención administrativa, si previamente no concurriese el supuesto de hecho de aplicación de la norma que la impone, cuyo supuesto es una relación **privada y mercantil** [art. 3º TRLSA. y art. 122, CCo.]. Hay –puestos relaciones distintas, entre sujetos diferentes y en planos diversos: una es administrativa, pero la otra; la lógicamente necesaria, es *mercantil*.

Por lo que se refiere al **Derecho de Sociedades**, es cierto que el Código Civil regula el Contrato de Sociedad y también las Personas jurídicas; lo cual revela que existen sociedades civiles, con y sin personalidad. Pero considero que la necesidad de hablar de un “*Derecho de Sociedades*” ha surgido de la mano de la Ciencia del Derecho Mercantil, al compás del desarrollo y expansión del Derecho de las sociedades mercantiles [Derecho *mercantil* de Sociedades]. Así; ha sido **la generalización de la “Sociedad”, como instrumento de desarrollo de actividades económicas en el mercado**; es decir: la generalización de la Sociedad como forma de organización de la Empresa, la que ha producido un efecto multiplicador que obliga a encarar el hecho de que existe fenomenológicamente una visión globalizadora de la materia jurídica societaria, porque la Sociedad se presenta como **técnica de organización de la actividad humana socio-económica**. Y es bien sabido que, al contrario que el Derecho Civil, **el papel de Derecho regulador de “organizaciones” le corresponde al Derecho mercantil**. Fuera del Derecho mercantil; es decir: en el ámbito del puro Derecho Civil, las sociedades quedan reducidas a un papel secundario y circunstancial, aunque nuclear, en lo que tiene de Derecho *común*:

- 1) A las sociedades, el Derecho Civil las incluye, sin más dentro de las personas jurídicas, pero consideradas en la más simple condición de sujetos de derecho, **y no como agentes económicos activos**; no como protagonistas principales del ejercicio de la libertad de empresa.
- 2) Se regula la Sociedad **como un contrato más**, “*pari passu*” de todos los demás tipos contractuales [Es verdad que el Código de comercio contempla a la Sociedad como “*Contrato de Compañía*”, en el Libro dedicado a los “*Contratos especiales de comercio*”, pero esto es un arcaicismo, consecuencia histórica de la época de elaboración del Código, y –en cualquier caso- **se aprecian preceptos que revelan el papel fundamental que las sociedades juegan en todos los sectores económicos** (recuérdense los términos del desaparecido art. 123, CCo.).]

Por otra parte, aunque los componentes del Derecho de Sociedades son heterogéneos y no se limitan a las normas mercantiles, ello solo hace del Derecho de Sociedades un mero Derecho *informativo*, que -como tal- posee una mera especialidad didáctica o docente, que no se corresponde con una efectiva autonomía sustancial, pero que permite comprender algunas notables características de las mismas, como la creciente indiferencia y progresiva pérdida de importancia de la caracterización de sus normas como jurídico-públicas o jurídico-privadas, en aras de la consideración que merece el aspecto técnico del sector de la realidad económica que constituye el objeto de su disciplina. El Derecho de Sociedades; simple Derecho informativo, no presupone un conjunto orgánico de normas dotado de verdadera especialidad, pero representa un sistema de análisis y exposición que, a efectos académicos y didácticos, facilita una contemplación global de la materia societaria, aunque desprovista de efectiva independencia.

Y, finalmente, por lo que se refiere al **Derecho marítimo**, se ha sostenido -para escindirlo del Derecho mercantil- que es un Derecho autónomo, porque se basa, no en el factor de la presencia del Empresario -los buques pueden navegar con fines no comerciales-, sino en el factor de los **riesgos y circunstancias socioeconómicas de la navegación autárquica**. Ciertamente, mas para que pueda existir una navegación autárquica, es preciso que se emplee un instrumento técnico esencial: el **Buque**, y un buque es una construcción compleja que requiere de cuantiosas inversiones en personal y manutención, etc. Esas cuantiosas inversiones quedan expuestas a los riesgos de la navegación, de modo que **el riesgo navegatorio provoca la posibilidad eventual de pérdidas económicas**, previamente surgidas de pérdidas materiales y de pérdidas de vidas humanas.... Y, al provocar riesgo de pérdidas económicas, la navegación marítima autárquica provoca -en última instancia- el **riesgo de insolvencia**: el riesgo marítimo puede muy bien terminar por convertirse en un riesgo de solvencia proyectado sobre los terceros, porque cualquiera que sea el destino económico del Buque; cualquiera que sea la índole, lucrativa o no, de la navegación a la que se le destina, **un “buque” es una construcción compleja, que requerirá de una actividad de armamento**, consistente en proporcionarle los elementos materiales y técnicos adscritos a él [aparejos, pertrechos, repuestos, provisiones, combustible, cartas de navegación...] y proporcionarle la dotación y el Capitán que precisa, para efectuar la singladura navegatoria. Y si requiere una actividad de “*armamento*”, integrada por la concentración de prestaciones de suministros y servicios al buque, entonces lo más probable es que su armador o naviero tenga que **recurrir al crédito de proveedores y al crédito refaccionario**, en una medida no irrelevante.

Pues bien; así las cosas, cualquiera que sea el fin económico de los buques, los riesgos de solvencia vinculados a los riesgos de navegación autárquica aconsejan -como así ha sucedido en el Derecho español- que los navieros y empresarios marítimos queden sometidos al “*status*” **del comerciante**, en mayor medida -incluso- que el comerciante terrestre, sin contar con la existencia de un régimen de **privilegios marítimos**, referidos al buque y el flete [arts. 580 al 584, CCo.], y -eventualmente- a su cargamento [arts. 665 a 667, CCo.].

III) LA METÁFORA DEL “BOXEADOR SONADO”.

Por fin, quisiera hacer una reflexión que -inspirado por unas palabras que oí decir, una vez, a otro catedrático de mi asignatura-, me he permitido describir como la metáfora del “*Boxeador sonado*”: es evidente, que la actividad de los empresarios parece requerir un tipo de reglas que no coinciden -incluso, a veces, se alejan claramente-

de las que requeriría el tráfico entre particulares no profesionales... Y es obvio que quedan reglas jurídicas sedicentemente mercantiles.

Por este motivo, lo mismo que el Boxeador sonado es capaz de dar un último golpe decisivo a su rival, sacando fuerzas de donde parecía que ya no quedaban, nuestro Derecho Mercantil es capaz de reaccionar en dos frentes:

- a) Por una parte, cuando el legislador **decide reconocer la mercantilidad** de ciertas relaciones socioeconómicas y depararles un trato especial: piénsese en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista nº 7/1996, de 15 de enero, a lo que cabría añadir –claramente- esa “confesión” por parte del Legislador procesal –aunque sea una confesión incompleta-, de la especialidad de nuestra materia, que ha supuesto la creación de los Juzgados de lo Mercantil.
- b) Por otra, cuando –en ocasiones- los aplicadores del Derecho, sean jueces o árbitros, “*desempolvan*” algunas normas de nuestro viejo Código de comercio, y apoyando un pie en el **art. 3º, C.C.**, sobre los criterios de interpretación de las normas, **hacen lecturas modernas y adecuadas**, de unas disposiciones cuyas posibilidades virtuales están ahí mismo, aunque no siempre se perciban.

Por todas estas razones, considero que procede hacer un **juicio favorable y absoluto del Derecho Mercantil**, recomendando, no ya su subsistencia como rama especial del Ordenamiento jurídico, sino incluso **su re-codificación**: la elaboración de un nuevo Código de comercio, por dos motivos fundamentales:

En primer lugar, porque cualesquiera que sean los avatares del Estado Autonómico, no podemos renunciar al principio constitucional de la **Unidad de Mercado**, y es de temer que cierta Comunidad Autónoma que no voy a nombrar, pero que se sitúa en el extremo noreste de la Península, podría estar encaminándose, no ya a la elaboración de un Código civil propio, sino incluso a la de un Código *de comercio* propio; posibilidad de graves y perniciosas consecuencias, que podría –en cambio- evitarse si el Estado Español elaborase un Código *mercantil nuevo y completo*.

Y, en segundo lugar, porque si hay algo que caracteriza a un “código” frente a cualquier otra “ley”, es que se elabora como consecuencia de un proceso de profunda racionalización del conjunto de la regulación de una materia jurídica, al objeto de permitir una mayor claridad en el sistema jurídico propio y que simultáneamente se adecúa a las estructuras sociopolíticas del momento. La regulación de una determinada materia o conjunto de materias en un “código” persigue “*estructurar un sistema normativo claro y aplicable a la generalidad de los ciudadanos*”. Persigue –digo- la **reunión en un documento o instrumento normativo unitario y tendencialmente único, con vocación totalizadora**; un texto legal que esté **formado por normas coherentes entre sí y que se encuentren sistematizadas**, de la regulación de toda una materia. Y esta sistematización y fijación de principios y reglas rectoras es algo muy necesario, en este momento.