

ECONOMÍA, PODER Y DERECHO MERCANTIL

(Tres puntos de vista sobre el Derecho Mercantil como categoría histórica)

ROSA MARÍA MONTORO RUEDA

Dra. en Derecho.

Universidad de Murcia.

RESUMEN: El presente estudio parte del análisis de la correlación existente entre poder social (económico principalmente) y poder político, en la configuración y desarrollo del Derecho mercantil.

En función de ello se plantea el problema de cuál sea la materia objeto del Derecho mercantil, cuestión que desde un punto de vista histórico ha experimentado una evolución que va desde el subjetivismo del *iusmercatorum* al objetivismo del acto de comercio y la empresa como objetos del Derecho mercantil.

En conexión con el proceso evolutivo se estudia, por su interés doctrinal, la polémica que en el ámbito de la *Revista de Derecho Mercantil* mantuvieron en 1947, los Profesores F. Javier Conde y Jesús Rubio García-Mina, concluyéndose con la consideración de la más moderna tesis doctrinal representada por el Prof. M. Olivencia Ruiz.

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

ABSTRACT: This paper analyzes the correlation existing between social power (specially , economic social power) and politic power as reflected in the structure and development of Commercial Law.

As a result of this analysis clearly shows the problem of what is to be considered the object of Commercial Law. From a historical point of view this question has evolved from the subjectivism of the iusmercatorum to the objectivism of commercial acts and companies nowadays considered the object of Commercial Law.

The academic discussion undertaken by Prof. F. Javier Conde and Prof. J. Rubio García-Mina in Revista de Derecho Mercantil during 1947 is also studied in this research, ending with the consideration of the modern position of the Prof. M. Olivencia Ruiz.

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

SUMARIO: I.Introducción. II.Economía, Poder y Derecho Mercantil. III.Hacia una concepción historicista del Derecho Mercantil. (La posición científica del Prof. F. Javier Conde: un último esfuerzo por desvelar y comprender la esencia del acto de comercio).

I. INTRODUCCIÓN

1. ECONOMÍA, PODER Y DERECHO

1.1. El poder y sus clases

Indica B. Rusell que, de modo análogo a como la “energía es el concepto fundamental de la física”, el poder es “el concepto fundamental de la ciencia social”.³⁹⁰

El poder puede entenderse como la capacidad de un sujeto (persona física u órgano jurídico-político) para dirigir comportamientos sociales mediante órdenes³⁹¹ que son libremente aceptadas (obediencia) o impuestas mediante la fuerza (sometimiento).

B. de Jouvenel ha visto la esencia del poder en la capacidad del mismo para hacerse obedecer.³⁹² R. Guardini comienza su reflexión sobre la esencia del poder distinguiendo entre las fuerzas físicas de la naturaleza (que poseen energía pero no poder) y el poder propiamente dicho que implica conciencia y capacidad de decisión. “La energía se convierte en poder –dice Guardini- tan sólo cuando hay una conciencia que la conoce, cuando hay una capacidad de decisión que dispone de ella y la dirige a unos fines precisos”.³⁹³ Más adelante añade Guardini: “Sólo puede hablarse de poder en sentido verdadero cuando se dan estos dos elementos: de un lado, energías reales, que puedan cambiar la realidad de las cosas, determinar sus estados y sus recíprocas relaciones; y, de otro, una conciencia que esté dentro de tales energías, una voluntad que les dé unos fines, una facultad que ponga en movimiento las fuerzas en dirección a estos fines”.³⁹⁴

1.2. Clases de poder

El poder, como la energía, se encuentra en continua transformación manifestándose, en el espacio y en el tiempo, de múltiples formas.³⁹⁵ Dentro de estas

³⁹⁰ RUSELL, B., *El poder en los hombres y en los pueblos*, trad. esp. de L. Echávarri, 4ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires, 1960, pág. 10.

³⁹¹ Ibid. págs. 11 y 27.

³⁹² JOUVENEL, B., *Sobre el poder (Historia natural de su crecimiento)*, trad. esp. de J. Marcos de la Fuente, prólogo de D. Negro Pavón, Unión Editorial, Madrid, 1998, págs. 65 y ss, 67 y ss, 158 y ss.

³⁹³ GUARDINI, R. *El poder (Una interpretación teológica)*, trad. esp. de A. P. Sánchez Pascual, en *Obras de Romano Guardini*, Tomo I, Ed. Cristiandad, Madrid, 1981, pág. 170.

³⁹⁴ Ibid. pág. 171.

³⁹⁵ Sobre este problema encontramos sugestivas reflexiones de B. de Jouvenel, op.cit. págs. 163 a 165, 183 y ss.

formas interesan al objeto de nuestro estudio dos: las constituidas por los denominados poder social y poder político.

1.2.1.El poder social.

El poder social (aunque en rigor debería hablarse de poderes sociales) es aquel que tiene su raíz y su centro de gravedad en el orden social (sociedad). Se trata de un poder desigualmente institucionalizado cuya fuerza tiene como resorte básico la apropiación y dominio de algún bien mediante el cual puede influir en el desenvolvimiento de la vida social. En este sentido constituyen recursos clave del poder social: la posesión de la riqueza (poder económico); el control de la fuerza militar (poder militar) y de las fuerzas del trabajo (poder sindical); la posesión y control de los medios de información y propaganda (poder mediático) y el dominio de la ciencia y la cultura (poder cultural). Constituye también una especial forma de poder social la posesión y el control de la fe religiosa (poder religioso), etc.³⁹⁶

1.2.2. El poder político.

El poder político es aquel que articula y vertebra el orden político de un pueblo (el sistema o forma política que hoy denominamos Estado). El poder constituye un elemento esencial del orden político siendo el instrumento que, mediante el Derecho, dota de cohesión y firmeza a dicho orden, y, al mismo tiempo, lo garantiza, lo impulsa y dirige hacia el cumplimiento de sus fines específicos.³⁹⁷

En este sentido Hauriou definió el poder político como “una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho”.³⁹⁸

El poder político implica dos elementos: uno espiritual, la autoridad; otro material, la fuerza.³⁹⁹

1º. La autoridad (auctoritas) es el elemento espiritual que induce a la obediencia⁴⁰⁰ y que bajo la forma de legitimidad se configura como un derecho a mandar del titular del poder.

³⁹⁶ Vid. RUSSELL, B. op.cit. págs. 29 y ss, 88 y ss, 92 a 95 y 135.

³⁹⁷ Vid. PÉREZ SERRANO, N. *Tratado de Derecho Político*, 2ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1984, págs. 120 y ss.

³⁹⁸ HAURIOU, M. *Principios del Derecho Público y Constitucional*, trad. esp. estudio preliminar, notas y adiciones por C. Ruiz del Castillo, Ed. Reus, Madrid, 1927, pág. 162. Véanse las págs. 162 y ss.

³⁹⁹ Vid. PÉREZ SERRANO, N. op.cit. págs. 122 y ss.

2°. La fuerza constituye el elemento material del poder. La fuerza consiste en la disposición de medios o resortes técnicos (coacción) que permiten al poder hacer cumplir lo mandado cuando éste no es voluntariamente obedecido. Desde la perspectiva política y jurídica actual, la coacción, el ejercicio de la fuerza por el poder, encuentra su fundamento último en la legitimidad y su regulación (cauces, control y límites) en el Derecho.

2. Sobre la correlación entre poder y Derecho.

2.1. Interrelación entre poder y Derecho.

Existe una profunda y compleja relación entre poder y Derecho. Dicha relación puede resumirse así:

1. La virtualidad del poder se manifiesta en la creación, desarrollo, transformación e institucionalización del orden social como orden político.
2. El Derecho es un instrumento esencial en el proceso de desarrollo y articulación del orden social y del orden político. El Derecho regula, vertebra, legitima y garantiza los procesos de desenvolvimiento e institucionalización de los órdenes social y político (incluidos los procesos revolucionarios).
3. En dichos procesos cabe distinguir dos aspectos: De un lado, el Derecho organiza, institucionaliza, limita y legitima al poder; de otro lado, el poder crea, estatuye y garantiza la eficacia del Derecho.
4. Respecto de la incidencia del poder en el Derecho debe aclararse que el poder no sólo determina la génesis, desarrollo, eficacia y extinción del Derecho sino que también influye y condiciona las formas que el Derecho adopta en sus manifestaciones históricas. Existe pues una clara correlación entre el poder (entre los diferentes tipos o clases de poder) y las formas que asume el Derecho en su existencia histórica concreta.

⁴⁰⁰ Los motivos o razones que inducen a la obediencia o a la sumisión al poder son diversos. Entre ellos se encuentran: el temor o miedo, la conveniencia, la inercia del hábito, la finalidad que persigue el poder, el reconocimiento en quien ejerce el poder del “derecho a mandar”; el reconocimiento de la autoridad. Vid. JOUVENEL, B. op.cit. págs. 69 a 72; RUSSELL, B. op.cit. págs. 29 y ss, 458 y ss, 462 y ss.

2.2. Vinculación entre las clases de poder y las formas del Derecho.

El Derecho aparece vinculado y dependiente del poder existiendo una clara correlación entre las clases de poder (social y político), su grado de institucionalización y eficacia y las formas en que se manifiesta y cristaliza el Derecho y sus ámbitos de validez. Dicho de otro modo, la costumbre y la ley, en cuanto formas del Derecho, implican la existencia de dos fuentes diferentes del Derecho que son la sociedad y el Estado, respectivamente.

En efecto, en un primer momento la sociedad, el pueblo, crean el Derecho de un modo natural y espontáneo mediante el uso. Este Derecho se manifiesta bajo la forma de costumbre (Derecho consuetudinario).

En un momento posterior –y sin que el pueblo deje de contribuir a la creación del Derecho mediante la costumbre- cuando la sociedad ha alcanzado un mayor grado de desarrollo técnico y organización política la creación del Derecho es asumida en su mayor parte por el poder político (Estado) que la lleva a cabo a través de órganos especializados. Ahora bien el Derecho no surge espontáneamente de la sociedad sino que es producto de la reflexión, del cálculo y de la decisión deliberada de determinados órganos del poder político, adoptando la forma de ley (Derecho legal).⁴⁰¹ H. Lehmann ha resumido el fenómeno al que hacemos referencia en los siguientes términos: “La norma jurídica puede establecerse desde arriba, por el poder central de la comunidad (ley), o bien formarse desde abajo por actos libres y voluntarios (costumbre)”.⁴⁰²

3. Sobre la interrelación entre Economía y Derecho.

⁴⁰¹ En este sentido escribía RADBRUCH: “...el Estado, no sólo es fuente de Derecho, sino también y al propio tiempo un producto jurídico; pues deriva su constitución, y con ello su existencia jurídica, del Derecho político o constitucional (...De esta forma, añade) Estado y Derecho estatal, no son algo distinto, no constituyen causa y efecto, o efecto y causa, sino una sola y misma cosa, mirada desde diversos puntos de vista, dos aspectos tan nítidamente unidos como un organismo y su organización”. RADBRUCH, G. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches y prólogo de F. de los Ríos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, pág. 45.

⁴⁰² LEHMANN, H. *Tratado de Derecho Civil* (Parte General, vol. I), trad. esp. de J.M^a. Navas, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 36. Véanse las págs. 35 y ss.

Sobre el tema del poder y las formas del Derecho véase MONTORO BALLESTEROS, A. “Poder y formas del Derecho, (La tensión entre variedad y uniformidad del Derecho)” en *Revista de las Cortes Generales*, n.º. 56, segundo cuatrimestre, 2002, págs. 75 a 113.

Desde siempre el poder ha tratado, con mayor o menor éxito, de dirigir y ordenar la vida económica sirviéndose del Derecho. A su vez la estructura y dinámica del orden económico ha condicionado e influido el orden jurídico (Derecho) y el orden político (Poder). Este fenómeno ha obligado a los estudiosos del Derecho, de la Economía y la Política (Marx, Stammler, M. Weber, Radbruch...) al planteamiento, análisis y estudio del complejo problema de las relaciones entre economía y Derecho.⁴⁰³ La consideración de dichas relaciones es de vital importancia para nosotros en la medida en que la existencia, sustancia y forma del Derecho mercantil aparece íntimamente vinculadas y dependientes de dichas relaciones.

La complejidad e importancia del tema (relaciones entre economía y Derecho) exige para su consideración un capítulo aparte.

II. ECONOMÍA, PODER Y DERECHO MERCANTIL

En el estudio de las relaciones entre economía y Derecho hay que diferenciar claramente dos planos o ámbitos: El plano teórico o doctrinal y el ámbito de la efectiva realidad social.

1. Planteamientos teóricos.

Dichos esquemas son los desarrollados con sus respectivos métodos por las ciencias económicas, políticas y jurídicas.

Esos esquemas o planteamientos, que han sido múltiples y variados, pueden reducirse sistemáticamente a dos grandes grupos: (Doctrinas monistas y dualistas), cada uno de los cuales entraña en su seno diferentes visiones y formulaciones del problema.

Entre esas formulaciones encontramos:

1.1. Posición monista.

Desde esta perspectiva cabe distinguir dos posiciones:

⁴⁰³ SÁNCHEZ AGESTA, L. *Lecciones de Derecho Político*, 6ª. Ed. Librería Prieto, Granada, 1959, págs. 230 y ss.

1.1.1. Primacía de la Economía.

Dentro de las doctrinas que sitúan el centro de gravedad de la estructura y dinámica social en la economía cabe citar dos teorías de signo antagónico: el marxismo y el neoliberalismo americano.

1.1.1.1. La Teoría marxista.

Para la teoría marxista, como es sabido, es la estructura económica de la sociedad o infraestructura (propiedad y organización de los medios de producción) la determina y dirige el orden social, político y jurídico (superestructura) convertido en un epifenómeno de las fuerzas económicas productivas que constituyen la infraestructura de la sociedad. De acuerdo con ello la organización política y jurídica, la cultura y el orden moral y religioso y la consciencia individual y social dependen en cada momento de la infraestructura económica de la sociedad.⁴⁰⁴

1.1.1.2. la escuela neoliberal del “Análisis Económico del Derecho”

Se trata de una doctrina desarrollada en el seno de la economía capitalista (en especial en la escuela formada en la Universidad de Chicago⁴⁰⁵) y para la cual -situada

⁴⁰⁴ SPANN, O. *Historia de las doctrinas económicas*, trad. esp. de J.R. Pérez Bauces, Revisión de L. de la Madrid, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1934, en especial págs. 193 y ss; ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS Y COBOS, J. *Curso de Economía Política*, Granada, 1953, págs. 59 y ss; HARNECKER, M. *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, Presentación de L. Althusser, 4ª. ed. española, Siglo XXI Editores, Madrid, 1975, en especial las págs. 87 y ss, 96 y ss, 112 y ss; SÁNCHEZ AGESTA, L. op.cit. págs. 231 y ss; RODRÍGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2ª. Ed. Librería Cervantes, Salamanca 1993, págs. 97 y ss.

⁴⁰⁵ Al hablar de las relaciones entre economía y Derecho y concretamente de las doctrinas monistas que conceden la primacía a la economía y no al Derecho, no pretendemos, ni podemos entrar a explicar, ni referir (pues no es el lugar adecuado a pesar del interés del tema) todas las tendencias doctrinales que se desarrollaron en EEUU en la segunda mitad del s.XX en el seno del Análisis Económico del Derecho. Baste decir que existen dos tendencias principales, y que “el verdadero origen del AED como disciplina autónoma está (...) en Chicago...”, concretamente en la Escuela de Chicago con Richard Posner a la cabeza. “Frente a esta corriente, estaría la tendencia «liberal reformista» liderada por Calabresi y en la que se incluirían una diversidad de autores, como Polinsky, B. Ackerman, Korhnhäuser, Cooter, Coleman entre otros, que a pesar de no formar una unidad de «escuela» como existe en Chicago comparten una distinta visión del papel que el AED puede jugar en la teoría jurídica.” Por ello nos limitamos a mencionar a la Escuela de Chicago, primero, por ser el origen del Análisis Económico del Derecho y segundo, “porque, aunque les pese a los partidarios de la otra tendencia, los argumentos y la teoría de Chicago son la base de la mayoría de las enseñanzas que dentro de la Universidad americana se imparten sobre esta materia y son el núcleo teórico al que se ha dirigido la reacción crítica contra el AED. Los extremos nunca son bien vistos –concluye Mercado–, pero sin ellos no existirían o no se comprenderían

ideológicamente en el polo opuesto del marxismo- el Derecho debe estudiarse con los criterios y categorías de la ciencia económica creando una Nueva Ciencia Jurídica de base económica (economicismo jurídico) cuyo norte está constituido por la obtención de la “máxima eficiencia”: “optimización” de los recursos económicos (principio de eficiencia económica) en la creación y aplicación del Derecho y el logro de la máxima utilidad individual.⁴⁰⁶

1.1.2. Primacía del Derecho.

Desde este punto de vista quizá constituye el ejemplo más significativo el constituido por el formalismo jurídico neokantiano (Stammler, Kelsen y otros).⁴⁰⁷

Rodolfo Stammler⁴⁰⁸ entiende que toda la vida económica está determinada de modo decisivo por el Derecho sin el cual no serían concebibles las categorías centrales del mundo económico (propiedad, contrato, etc.). Para esta dirección doctrinal todo acto de la vida económica -todo contrato, por ejemplo- constituye una aplicación del Derecho que no existiría, ni podría explicarse sin el Derecho.⁴⁰⁹

1.2. Posición dualista.

Dentro de este esquema nos encontramos con los siguientes planteamientos:

1.2.1. La autonomía del orden económico y del orden jurídico: La escuela clásica liberal.

las posturas intermedias.” MERCADO PACHECO, P. *El Análisis Económico del Derecho, (Una reconstrucción teórica)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, págs. 58 y 60.

⁴⁰⁶ Vid. Ibid. en general para mayor ahondamiento; RODRÍGUEZ MOLINERO, M. op.cit. págs. 96, 110 y 111; MONTORO BALLESTEROS, A. “Incidencia del “Análisis Económico del Derecho” en la Teoría jurídica: La reducción del Derecho a regla técnica” en *Persona y Derecho* (Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos), núm. 40, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, págs. 425 a 444.

⁴⁰⁷ COING, H. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J.M. Mauri, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, pág. 224.

⁴⁰⁸ STAMMLER, R. *Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia, (Una investigación filosófico social)*, trad. esp. de la 4ª ed. alemana pro W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1929.

⁴⁰⁹ BODENHEIMER, E. *Teoría del Derecho*, trad. esp. de V. Herrero, 4ª. Reimpresión de la ed. de 1942, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 257 y ss; SÁNCHEZ ÁGESTA, L. op.cit. pág. 237; COING, H. op.cit. págs. 228 y s 229; TAMAMES, R. *Curso de Economía*, Ed. Alhambra Longman, Madrid, 1994, págs. 34 a 37.

Dicha escuela, que hunde sus raíces en el *iusnaturalismo* racionalista de los siglos XVII y XVIII, parte de la separación y autonomía de los órdenes económicos y jurídico-políticos. Para ella la idea central está constituida por la evolución autónoma de la economía según sus propias leyes, evolución que no deben obstaculizar ni el poder político ni el Derecho. Esta escuela entiende que el mundo económico se desenvuelve espontáneamente de acuerdo con una ley natural inmanente que tiene como eje y motor central el libre juego de las fuerzas económicas, de la oferta y la demanda, en un régimen de libre competencia y que tiene como corolarios del mismo la necesidad de reconocer y proteger, por parte del Derecho, las libertades de contratación, trabajo, industria, comercio y circulación. Esta doctrina postuló así un minimalismo jurídico (una intervención mínima del Derecho) en la que la misión de éste, como orden autónomo e independiente del orden económico, consistía no en impulsar, dirigir y controlar la vida económica sino en acotar, definir y garantizar un amplio ámbito de libertad económica. En este sentido la tarea del Derecho era la de eliminar todo obstáculo, barrera o freno que pueda oponerse al libre desarrollo de la actividad económica, reconociendo y protegiendo, al mismo tiempo, las mencionadas libertades económicas. En virtud de ello la máxima *Laissez faire, laissez passer* se constituyó en el dogma fundamental de la vida económica, en la creencia de que la mejor manera de servir al interés general consistía en permitir que cada individuo persiguiese libremente sus objetivos egoístas individuales.⁴¹⁰

1.2.2. La relación recíproca entre Economía y Derecho.

Economía y Derecho no son dos fenómenos independientes el uno del otro que operen en sendos espacios vacíos. Economía y Derecho son dos fenómenos que coexisten y forman parte de la vida social y entre los cuales se dan múltiples interconexiones. De un lado, la vida económica, en sus ámbitos privado y público, precisa de un orden jurídico que la regule u ordene, en la medida en que ello es posible y necesario, y, al mismo tiempo, la proteja y garantice. De otro lado, el orden económico, sujeto en su estructura y dinámica a leyes inmanentes (“naturaleza de la cosa”) condiciona, presiona y plasma sus exigencias en la articulación, configuración y

⁴¹⁰ SPANN, O. op.cit. págs. 61 y ss, 71, 80 88, 89, 90 a 93, 124, 138, 146, 147, 154, 173 y 226; ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS Y COBOS, J. op.cit. págs. 51 y ss; BODENHEIMER, E. op.cit. págs. 42, 67, 197, 298, 309 y 344; SÁNCHEZ AGESTA, L. op.cit. pág. 237; COING, H. op.cit. págs. 228 y 229; TAMAMES, R. op.cit. págs. 29, 32 y 81 a 84.

funcionamiento del orden jurídico político. El Derecho en su tarea de ordenar la vida social si quiere ser eficaz debe tener en cuenta -como explica Coing- la especificidad de los datos económicos (“naturaleza de la cosa”) pero sin olvidar la realización de los valores específicamente ético-jurídicos (seguridad, justicia, libertad) que constituyen su finalidad última.⁴¹¹

2. Realizaciones prácticas.

Con diferentes apoyos teóricos o doctrinales el orden económico ha cristalizado en una pluralidad de sistemas cuya tipología fundamental puede reducirse a tres modelos: el liberal, el socialista y el sistema de economía mixta.

2.1. El sistema económico liberal.

Fue el resultado de la doctrina de los economicistas clásicos fundada en la errónea de la armonía preestablecida de los intereses económicos. Su desarrollo supuso la consagración de la libertad económica y del libre mercado con todos los principios y exigencias que ya hemos mencionado.

Resultado lógico de la dinámica de la economía liberal fue el paso al sistema económico capitalista caracterizado fundamentalmente por el ánimo individualista y racionalista de lucro, su plan asistemático y comercial (como consecuencia de la acción libre de las empresas, ante la inexistencia de una mínima organización de la vida económica) y su técnica revolucionaria y científica (maquinismo, para incrementar la producción; sociedades anónimas como medio de acumulación de capitales y, como resultado de todo ello, el poder económico, la dictadura económica de los monopolios que destruyeron todo el sistema de libertades políticas y económicas preconizado por el liberalismo y generando una pavorosa crisis social (problema social).⁴¹²

2.2. El sistema económico socialista.

⁴¹¹ COING, H. op.cit. págs. 225 a 228; SÁNCHEZ AGESTA, L. op.cit. págs. 232 y 233; RODRÍGUEZ MOLINERO, M. op.cit. págs. 96, 97 y 112.

⁴¹² GALBRAITH, J.K. *Historia de la Economía*, 5ª. Ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1991, págs. 103 y ss; WEBER, A. *Compendio de economía política*, trad. esp. de la 3ª. ed. alemana por E. López Bosch, Editorial Labor, Barcelona, 1945, págs. 19 y ss; SÁNCHEZ AGESTA, L. op.cit. págs. 237 y ss; TAMAMES, R. op.cit. págs. 29, 32, 81 a 84.

El socialismo como ideología política tiene su correlato en el plano económico: la economía planificada, surge como reacción a los errores y excesos del sistema liberal capitalista. Ante el penoso y sombrío panorama generado por el capitalismo liberal el socialismo tiene la convicción de que la economía libremente desarrollada, abandonada al libre juego de los intereses particulares, no es el mejor sistema para garantizar a todos los hombres la igualdad, la libertad y la dignidad humana. Por ello frente al *laissez faire, laissez passer* del liberalismo, el socialismo defendió la planificación económica que suponía que un órgano rector determinaría qué hay que producir, en qué cantidad y para quién.⁴¹³

Por la dinámica misma de las cosas una economía totalmente socializada o planificada lleva lógicamente en el plano político al totalitarismo. Para él las dificultades y fracasos que pueda experimentar la economía planificada no se deben a errores de los principios que se aplican sino a la resistencia y sabotajes del enemigo, al que hay que aplastar y suprimir. Con ello en el régimen de economía planificada y en el Estado totalitario que la tutela y dirige desaparece totalmente la igualdad, la libertad y la dignidad humana (piénsese sobre todo en lo que en este orden de cosas han significado el Comunismo y el Nacionalsocialismo).⁴¹⁴

2.3. El sistema económico mixto.

Frente al falso dilema liberalismo-socialismo y al conflicto entre libertad y justicia que el mismo pretende entrañar,⁴¹⁵ por vía empírica primero y teórica después, se fue abriendo paso la posibilidad de una tercera vía auspiciada por las doctrinas genéricamente denominadas corporativas y por la misma Doctrina Social de la Iglesia Católica, que buscaba a través de la intervención y el desarrollo de una política social eficaz el reconocimiento y protección de los derechos sociales del trabajador (Derecho del Trabajo) frente al capitalismo industrial y la reconducción del orden económico, evitando los abusos del capitalismo. Instrumento de ello fue un intervencionismo económico (economía dirigida, parcialmente planificada) que no dejó actuar a las

⁴¹³ COING, H. op.cit. págs. 228 y 229.

⁴¹⁴ ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS Y COBOS, J. op.cit. págs. 54 y ss, 70 y ss; TAMAMES, R. op.cit. págs. 79, 80, 84 a 86, 184 y 185.

⁴¹⁵ COING, H. op.cit. págs. 229 y 230.

fuerzas económicas como libre actividad privada sino que trató de ordenarlas y someterlas mediante el Derecho (Derecho social y económico), desplazando como principios supremos la libre competencia y el beneficio privado (el enriquecimiento particular), propios del régimen liberal, y sustituyéndolos por el objetivo del interés o bien común que exige justicia, seguridad, paz, trabajo...

En este sentido el Estado ha ido intensificando su actividad, con sometimiento al Derecho, con el fin de crear las condiciones objetivas necesarias que permitan al hombre, a todos los hombres, la efectiva garantía y disfrute de sus derechos civiles, políticos y sociales. Por esta tercera vía, armonizando la intervención y el servicio del Estado con la libertad y la dignidad de la persona se ha ido configurando y consolidando esa nueva forma política que se denomina Estado Social de Derecho.⁴¹⁶

3. Economía, poder y derecho mercantil.

Como ya se ha indicado existe una estrecha correlación entre Orden económico, Sistema o Régimen político y Derecho. Esa conexión se hace especialmente patente en el Derecho mercantil, aunque, como advierte el Prof. E. Langle, el Derecho mercantil positivo obedece más a necesidades prácticas que a principios ideológicos.⁴¹⁷

3.1. Sistema político y Orden económico en la configuración del Derecho mercantil.

El Derecho mercantil, como otras ramas del Derecho, obedece, en su configuración y desarrollo, a supuestos de carácter económico y político.

⁴¹⁶ Una exposición de conjunto, amplia y rigurosa de esa “tercera vía” en el plano estrictamente económico puede verse en ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS Y COBOS, J. op.cit. Cap. VII, págs. 95 a 111. Véase también RADBRUCH, G. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches y prólogo de Fernando de los Ríos, 1ª ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, págs. 108 a 121; HAYEK, F.A. *Camino de servidumbre*, trad. esp. de J. Vergara, 4º. Reimpresión de la ed. de 1978, Alianza Editorial, Madrid, 2006; HEYDEL, L. *Compendio de Política Social*, trad. esp. de la 6ª ed. alemana y notas de R. Luengo Tapia y M. Sánchez Sarto, Ed. Labor, Barcelona, 1931, págs. 72 y ss, 119 y ss; GARCÍA OVIEDO, C. *Tratado Elemental de Derecho Social*, 1ª. Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, págs. 3 y ss, 20 y ss, 23 y ss, 26 y ss; MOSSA, L. *Principios de Derecho Económico*, trad. de A. Polo, Ed. Signo, Madrid, 1935, págs. 5 y ss, 31 y ss; SÁNCHEZ AGESTA, L. op.cit. págs. 245 y ss, y 584 a 603; COING, H. op.cit. págs. 231 a 232; DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus Ed. Madrid, 1983, págs. 83 y ss; TAMAMES, R. op.cit. págs. 45 a 47 y 86.

⁴¹⁷ LANGLE Y RUBIO, E. *Manual de Derecho mercantil*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, pág. 42.

3.1.1. Supuestos políticos.

Los supuestos políticos hacen referencia al Régimen político imperante en cada momento, cuya concepción del poder y de su misión influye en mayor o menor grado, según los casos, en el orden social, en el orden económico y en los derechos y libertades civiles, políticas y sociales de los ciudadanos.

Ciñéndonos a los tiempos modernos y al mundo occidental, y simplificando mucho el problema, cabe distinguir tres tipos o modelos de regímenes políticos:

1. El Estado liberal de Derecho, que celoso de la libertad formal reduce al mínimo su intervención en la vida social.

2. El Estado social de Derecho, que consciente de los desajustes sociales y económicos y de las injusticias que laten bajo la apariencia formal de la legalidad interviene en la vida económica y social para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos.

3. El Estado totalitario, que desde una concepción pesimista de la naturaleza humana y una desconfianza radical en la libertad pretende intervenir, dirigir y controlar vida pública y privada de los ciudadanos, borrando todo indicio de distinción entre sociedad y Estado, y diluyendo a aquélla en éste. El Estado lo es todo y los individuos, despojados de su personalidad, libertad y dignidad, sólo son algo y cuentan en la medida en que son miembros, piezas, de esa maquinaria absorbente en que se transforma el Estado.⁴¹⁸

Con independencia de cual sea el Régimen político hay que tener en cuenta, en relación con el Derecho mercantil, que siempre será el poder político el factor que determinará y definirá los ámbitos de validez personal, material y espacial del Derecho mercantil. El Derecho mercantil en su contenido material y en sus ámbitos de validez espacial o territorial y personal es flexible, elástico y por ello dependerá siempre de los condicionamientos del poder social y especialmente del poder político.

3.1.2. Supuestos económicos.

⁴¹⁸ SÁNCHEZ AGESTA, L. op.cit. págs. 573 y ss, 584 y ss, 596 y ss, 604 y ss; DÍAZ, E. op.cit. págs. 23 y ss, 43 y ss, 83 y ss.

La génesis, desarrollo y evolución del Derecho mercantil está en función también del sistema económico vigente, el cual viene a ser, en mayor o menor medida, un reflejo del régimen político imperante. Así en correlación con los tres modelos políticos que acabamos de indicar tenemos, simplificando también mucho las cosas, tres tipos de sistemas económicos, a los que hemos de hacer referencia: 1º. El sistema económico liberal (mercado libre y libre competencia). 2º. El sistema mixto (de economía dirigida o parcialmente planificada), en donde se pretende armonizar la libertad económica con la intervención del Estado con el fin de evitar los abusos en que incurrió el liberalismo económico y proteger los intereses y derechos de los sectores más débiles de la población. 3º. El sistema de economía totalmente planificada, estatalizada, en donde la economía (forzando y desconociendo su legalidad natural inmanente) aparece totalmente sometida a los fines de poder político. Es el modelo económico que corresponde, como ya sabemos, al Estado totalitario.

3.2. ¿Cómo influyen la Economía y la Política en el Derecho mercantil? Vicisitudes de la concepción del mismo.

Ante todo debemos partir de dos supuestos subrayados por el Prof. E. Langle y Rubio. Dichos supuestos son:

1. Que la finalidad del Derecho mercantil fue, desde el principio, atender necesidades del tráfico jurídico que el Derecho común no satisfacía. Esas necesidades fueron y son: dar facilidad y seguridad a los negocios jurídicos. Ello se consiguió, de un lado, mediante la simplificación de las formas contractuales, de los medios de prueba y de los procedimientos de ejecución, entre otros, y, de otro lado, asegurando el tráfico mercantil mediante garantías especiales.⁴¹⁹

2. Que “el Derecho mercantil positivo es un producto de la evolución histórica y responde más a necesidades prácticas que a un sistema ideológico”.⁴²⁰

Si es cierto que las normas de Derecho mercantil, en su contenido, responden ante todo a necesidades prácticas, técnicas, del tráfico jurídico, no es menos cierto que las doctrinas económicas y políticas, con independencia de su vinculación efectiva al

⁴¹⁹ LANGLE Y RUBIO, E. op.cit. págs. 23 a 25.

⁴²⁰ Ibid. pág. 42.

poder político, han dejado sentir su influencia en el pensamiento mercantilista y en las diferentes concepciones del Derecho mercantil que éste ha ido elaborando.

En este sentido cabe destacar las siguientes doctrinas o teorías del Derecho mercantil:

3.2.1. El Derecho mercantil como Derecho de los comerciantes (sistema subjetivo) reunidos en corporaciones (*ius mercatorum*).⁴²¹

Es la concepción propia de la Edad Media (sociedad feudal y estamental) con un poder político débil y dividido (pluralismo político) al que con frecuencia se opone y sobrepasa el poder social. En este caso el poder económico de los mercaderes que generan su propio Derecho cuya validez traspasa las fronteras de los reinos adquiriendo un carácter internacional (*Lex Mercatoria*).

3.2.2. El Derecho mercantil como Derecho regulador de los actos de comercio.

La concepción del Derecho mercantil cambia con el nacimiento del Estado soberano en el que el poder político determina los ámbitos de validez y eficacia del Derecho dentro de su territorio. El instrumento más eficaz para ello fue la codificación mediante la cual el Derecho mercantil deja de ser un Derecho internacional configurándose como un Derecho interno de cuño estatal.

La pauta en este sentido la va a marcar la codificación napoleónica. El Código de Comercio francés de 1807, con el fin de implantar el postulado revolucionario de la igualdad, y, al mismo tiempo, ampliar el radio de acción de la ley, garantizando la sencillez y la eficacia en el ejercicio del poder, impuso un sistema objetivo -derogando el sistema subjetivo de raíz medieval- según el cual el Código de Comercio “se aplicaría, no sólo a los comerciantes por sus actividades profesionales, sino a cuantas personas realizaran actos de comercio”.⁴²²

⁴²¹ Ibid. pág. 31.

⁴²² Ibid. pág. 32.

De este modo el acto de comercio, lo realizase un comerciante o no, pasó a constituir el núcleo del Derecho mercantil que ahora pasará a ser concebido como el Derecho regulador de los actos de comercio.⁴²³

Se trata de una concepción científica que se corresponde con el triunfo y la expansión del liberalismo político y económico y el desarrollo y crecimiento del sistema económico capitalista.

3.2.3. Derecho mercantil como Derecho de los actos realizados en masa.

La dificultad científica de definir y explicar en qué consistía el “acto de comercio individual” y las exigencias del crecimiento y desarrollo del capitalismo industrial, con su producción y comercio a gran escala (grandes fábricas, grandes sistemas de transporte y grandes mercados, grandes almacenes y comercios...) impulsó a la doctrina al abandono de la teoría del “acto de comercio individual” que ya no reflejaba lo más característico de la vida económica y comercial del momento, y a buscar una nueva fórmula más acorde con la realidad. La doctrina jurídica más autorizada (Heck, Radbruch, Gordon, Locher...) encontró esa fórmula partiendo de la observación del fenómeno de los negocios jurídicos del “tráfico en masa” (*Massenverkehr*). Desde este supuesto concibió el Derecho mercantil como “el Derecho de los actos de comercio realizados en masa”.⁴²⁴

En nuestro país, y en tiempos relativamente recientes, el Prof. M. Broseta Pont, ha subrayado la importancia que en su momento tuvo la teoría de la empresa. Escribía el Prof. Broseta en los años setenta: “La tesis de los actos en masa tuvo el mérito de acercar el Derecho mercantil a la realidad económica, resaltando de nuevo su sentido profesional. Posteriormente la teoría de la empresa trasladó el criterio central de nuestra disciplina de la actividad en masa a la organización que la realiza: la empresa.” -Y añade a continuación, subrayando la importancia de Wieland-: “El mérito de la formulación de la teoría de la empresa corresponde a Wieland. Partió este autor de una atenta observación de la realidad, la cual le permitió descubrir en el sector económico sometido al Derecho mercantil la presencia constante de la empresa, a la que define como ‘aportación de capital y trabajo para la obtención de una ganancia ilimitada’. La

⁴²³ Ibid. págs. 33 y ss.

⁴²⁴ Ibid. págs. 42 y ss.

mercantilidad de la empresa dependerá de su explotación conforme a un plan que permita el cálculo racional del resultado económico. Por ello, para Wieland -quien postula un concepto subjetivo del Derecho mercantil- éste tiende a convertirse en el ordenamiento profesional de las empresas, es decir de las empresas y de su tráfico. El criterio esencial que permite definir y delimitar el contenido del Derecho mercantil es la empresa, entendida en sentido económico”.⁴²⁵

3.2.4. El Derecho mercantil como Derecho de la empresa.

Esta concepción del Derecho mercantil, lógicamente, no acababa de ajustarse, plenamente a lo que era el tráfico comercial, por lo que fue objeto de críticas, y en cierto sentido se quedó a mitad de camino al no hacer mención de algo que presupone todo “tráfico en masa”. Lo que dicho tráfico exige e implica es una organización económica y un profesionalismo comercial. De ahí que la doctrina viese el núcleo de la actividad mercantil no ya en los “actos en masa” sino en la organización económica y profesional constituida por la empresa que es la que en todo caso, realiza los “actos en masa”. En virtud de ello surge así en el panorama doctrinal una nueva teoría del Derecho mercantil articulada en torno a la empresa. Para ella el Derecho mercantil es el Derecho de las empresas, porque sólo gracias a la organización que entraña la empresa puede darse la actividad en masa y el profesionalismo por el que se pretende caracterizar la actividad mercantil.⁴²⁶

La doctrina del Derecho mercantil como Derecho de la empresa fue defendida frente a J. von Gierke, por C. Wieland y L. Mossa, quien vio en dicha teoría la pieza que mejor encajaba con la arquitectura corporativista del Estado fascista italiano.⁴²⁷

Dicha teoría, criticada en Italia por Asquini⁴²⁸ y, en España, por A. Vicente y Gella y, especialmente, por E. Langle,⁴²⁹ obtuvo el reconocimiento de un importante sector de la doctrina bajo la cobertura del Fuero del Trabajo de 1938, con cuyo espíritu parecía armonizar la doctrina del Derecho de la empresa.

⁴²⁵ BROSETA PONT, M. *Manual de Derecho Mercantil*, reimpresión de la 1ª. Ed. 1971, Editorial Tecnos, Madrid, 1972, pág. 50.

⁴²⁶ LANGLE Y RUBIO, E. op.cit. págs. 44, 45 y ss.

⁴²⁷ Ibid. págs. 46 y 47. Sobre este punto véase MOSSA, L. *Principios del Derecho Económico*, cit. págs. 59 y ss.

⁴²⁸ LANGLE Y RUBIO, E. op.cit. pág. 46.

⁴²⁹ Ibid. págs. 47, 48 y ss.

Partidarios del Derecho de la empresa fueron J. Garrigues,⁴³⁰ A. Polo, quien justifica por razones históricas, económicas, técnicas o sistemáticas que el actual Derecho mercantil es el Derecho regulador de las empresas.⁴³¹ También se adhirieron a la Teoría del Derecho de la empresa R. Uría⁴³² y J. Girón Tena.⁴³³

La teoría de la empresa se mostró pronto insuficiente. Desde el punto de vista ideológico-político tenemos que, nacida dicha doctrina en una época de profundas tensiones y conflictos sociales, políticos y económicos y animada de un fuerte componente antiliberal y corporativo (ideal de someter la economía al fin político del Estado). La mencionada teoría fue perdiendo interés y fuerza dialéctica al hilo de la desaparición o cambio de los regímenes de corte fascista y autoritario de Europa y el triunfo y expansión de los nuevos planteamientos y aspiraciones neoliberales. Desde una perspectiva estrictamente científica la doctrina cayó en la cuenta que la empresa no era la idea adecuada para construir y explicar desde la misma el concepto y la función del Derecho mercantil.

A este respecto explica M. Broseta Pont: “Esta simple identificación (Derecho mercantil como Derecho de la empresa) no parece, sin embargo, absolutamente convincente, ni tampoco exacta. Porque si desde un punto de vista económico la empresa es ‘organización de capital y de trabajo’, destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado’, fácilmente se descubre que aquélla está integrada por dos factores productivos esenciales: capital y trabajo. Pues bien, -añade Broseta- si el Derecho mercantil no regula uno de los elementos integrantes de la empresa (el trabajo, cuyo régimen corresponde al Derecho laboral), no puede afirmarse sin más que el Derecho mercantil es el Derecho de la empresa. Para que esta afirmación fuera exacta sería necesario –como ha puesto de manifiesto el Profesor Garrigues- que fueran mercantiles todas las disposiciones que inciden sobre la empresa. Lo cual no es cierto, porque el Derecho mercantil se detiene y no penetra en la organización interna de la empresa, cuya regulación corresponde a varias disciplinas y especialmente al Derecho del trabajo. Por lo demás –continúa argumentando el Prof. Broseta- tampoco puede afirmarse la identificación entre Derecho mercantil y Derecho de la empresa, porque

⁴³⁰ GARRIGUES, J. *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Ed. “F.E.”, Madrid, 1939, en especial las págs. 39 y ss, 69 y ss; *Instituciones de Derecho mercantil*, S. Aguirre, Impr. Madrid, 1943, págs. 15 y ss, 17 y ss.

⁴³¹ POLO, A. *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la Legislación y la Jurisprudencia Españolas*. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 9 a 11. Véanse las págs. 11 y ss, 20 y ss.

⁴³² URÍA, R. *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, pág. 6.

⁴³³ GIRÓN TENA, J. “Concepto de Derecho Mercantil” en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1954, cit. por A. Polo, págs. 6 y 21.

para ser exacta esta afirmación sería imprescindible que todas las empresas se sometieran al Derecho mercantil, cosa que tampoco es cierta”.⁴³⁴

3.2.5. Abandono de la Teoría de la empresa y construcción de una nueva concepción del Derecho mercantil.

Superada y abandonada por las razones expuestas la teoría de la empresa ésta sin embargo sirvió para aguzar la vista de los estudiosos del Derecho mercantil los cuales, observando atentamente la realidad económica con la que opera el Derecho mercantil se dieron perfecta cuenta de que el contenido del Derecho mercantil se articulaba en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos.

1. El empresario mercantil es la “persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejercita organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”.
2. La empresa consiste en la “organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado”. La empresa es pues el medio o instrumento técnico del que se sirve el empresario para realizar su actividad económica. La empresa como medio de la actividad mercantil del empresario está sometida en su organización y funcionamiento a un régimen jurídico plural y complejo. (Además del Derecho mercantil y Civil, el Derecho del Trabajo, el Derecho financiero...).
3. La actividad económica del empresario realizada por medio de la empresa. Dicha actividad consiste en la producción o mediación de bienes y servicios (dimensión económica). En su dimensión jurídica, la actividad del empresario es relevante para el Derecho mercantil, dice Broseta Pont, “porque al ser profesionalmente realizada atribuye al sujeto agente un ‘status’ especial; porque para hacerla posible surgen principios e instituciones también especiales; y, finalmente, porque la explotación de esta actividad se concreta en la realización de un conjunto de actos y en la

⁴³⁴ BROSETA PONT, M. op.cit. págs. 50 y 51.

estipulación de negocios jurídicos con quienes se ponen en relación con el empresario, por razón de la actividad económica explotada por éste”.⁴³⁵

Desde estos supuestos surge una nueva concepción del Derecho mercantil que parte del empresario y de su actividad empresarial teniendo en cuenta a la empresa como instrumento de dicha actividad y dato externo de la significación mercantil de ambos. En este sentido M. Broseta Pont define el Derecho mercantil diciendo que es “el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa”.⁴³⁶

Resulta importante reseñar aquí la posición desarrollada en esta línea de pensamiento, por el Prof. Manuel Olivencia Ruiz. Esa posición puede ser incluso precursora de otras pues se elaboró y fue expuesta en la preceptiva “Memoria sobre el Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho Mercantil”, expuesta y defendida por él en 1960, en la oposición a la Cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Sevilla, y que permaneció inédita.

En su Discurso de apertura del Curso Académico 1999-2000 el Prof. Olivencia recordó sucintamente cual era su posición respecto del objeto del Derecho mercantil en 1960. En dicha memoria afirmaba Olivencia, refiriéndose al abandono por parte de la doctrina de la Teoría de la empresa a la que se culpaba de ser causante de la crisis del Derecho mercantil. En este sentido dice el Prof. Olivencia: “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 (...) la empresa no puede servir nunca como elemento delimitador de ninguna rama jurídica, porque no es objeto exclusivo de ninguna de ellas”.⁴³⁷ Hecha esta afirmación el Prof. Olivencia Ruiz adelanta una nueva concepción del Derecho mercantil que, con variaciones y matices, es la que hemos visto en Broseta Pont, Sánchez Calero y otros. En su revisión de la doctrina de la empresa el Prof. M. Olivencia desarrolla una nueva conexión entre empresario, su actividad mercantil y la

⁴³⁵ Ibid. págs. 53 y 54.

⁴³⁶ Ibid. pág. 55.

En análogo sentido se pronuncia SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 8ª. Ed. Editorial Clares, Valladolid, 1981, págs. 14 y ss.

⁴³⁷ OLIVENCIA RUIZ, M. “De nuevo, la lección 1ª, (Sobre el Concepto de la Asignatura)”. Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999, pág. 21.

empresa. En este sentido dice 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 –añade Olivencia-, 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”.⁴³⁸

Este fue el punto de partida del Prof. Olivencia Ruiz. Desde ahí, como luego veremos, ha llegado a pergeñar una teoría más novedosa, clara y luminosa del Derecho mercantil.

III. HACIA UNA CONCEPCIÓN HISTORICISTA DEL DERECHO MERCANTIL (La posición científica del Prof. F. JAVIER CONDE: Un último esfuerzo por desvelar y comprender la esencia del acto de comercio): **HISTORICISMO FRENTE A CONCEPTUALISMO**

En la atrevida y aguda incursión del Prof. D. Francisco Javier Conde García en el ámbito del Derecho mercantil,⁴³⁹ tratando de buscar la esencia, la idea o concepto central que caracteriza al mismo, el prestigioso Catedrático de Derecho Político inicia su búsqueda desde los siguientes supuestos:

1. Crítica de la doctrina tradicional del Derecho mercantil, poniendo de relieve las razones de su insuficiencia y del fracaso científico de dicha teoría.
2. Replanteamiento del tema del objeto del Derecho mercantil tomando como referencia fundamental la significación del acto de comercio en la economía capitalista.

1. Crítica de la doctrina tradicional del Derecho mercantil.

⁴³⁸ Ibid. pág. 22.

⁴³⁹ CONDE, F. Javier, “La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo”, *Revista de Derecho Mercantil*, vol. IV, Núm. 11, septiembre-octubre, Madrid, 1947.

1.1. El objeto del Derecho mercantil.

Piensa F. J. Conde que no son correctos ninguno de los planteamientos metodológicos que se han hecho para configurar el Derecho mercantil como ciencia autónoma.⁴⁴⁰

Según Conde dichas vías o ensayos metodológicos poseen un elemento común y otro diferencial.

El elemento común reside en la idea de que lo que permite construir una disciplina científica autónoma es “la existencia de un campo de la realidad propio y singular sobre el cual incide la ciencia en cuestión”.⁴⁴¹

El elemento diferencial consiste en que para un sector de la doctrina “el ámbito de la realidad propio del Derecho mercantil” está constituido por “la urdimbre de un tipo de actos específicos” denominados actos de comercio,⁴⁴² mientras que para otra corriente doctrinal más novedosa –después de que la doctrina hubiese puesto de relieve la insuficiencia de las teorías tanto del acto de comercio individual como la de los “actos de comercio en masa”⁴⁴³- el ámbito propio del Derecho mercantil aparece constituido por “un mundo de unidades económicas organizadas” que se denominan empresas.⁴⁴⁴

1.2. Consideraciones críticas.

Según F. Javier Conde estas concepciones del Derecho mercantil plantean, cada una por un lado, difíciles problemas y no adelantan nada. En este sentido cabe señalar:

1. La imposibilidad de definir por sus notas esenciales el acto de comercio.⁴⁴⁵
2. La existencia de serias dificultades a la hora de explicar y concretar la idea de empresa, de dar un concepto de la misma como realidad económica y posible objeto del Derecho mercantil, pues existen diferentes formulaciones de ella (Wieland, Gierke, Mossa,...)⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ Ibid. pág. 168.

⁴⁴¹ Ibid. pág. 168

⁴⁴² Ibid. pág. 168

⁴⁴³ Ibid. pág. 169 y 170.

⁴⁴⁴ Ibid. págs. 168 a 170. Sobre la teoría de la empresa véase MOSSA, L. *Principios del Derecho Económico*, cit. págs. 59 y ss; POLO, A. *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la Legislación y la Jurisprudencia*, cit. págs. 5 y ss, 10 y ss, 16 y ss.

⁴⁴⁵ CONDE GARCÍA, F. Javier, op.cit. págs. 168 y 169.

⁴⁴⁶ Ibid. pág. 169 y 170.

3. Las teorías del acto de comercio y de la empresa en realidad aportan poco y no aclaran el problema. Lo que sí hacen dichas teorías, afirma Conde, es ocultar la naturaleza dinámica de la vida comercial cambiando el sujeto titular de la actividad mercantil. Así, mientras que en la teoría del acto de comercio (individual o en masa) el sujeto de la actividad mercantil es siempre la persona humana,⁴⁴⁷ en la doctrina de la empresa el sujeto de dicha actividad es una organización (la empresa) que se sobrepone a la persona propiamente dicha, reduciendo al hombre a la condición de pieza de dicha organización.⁴⁴⁸
4. Con la doctrina de la empresa quedarían fuera del Derecho mercantil los actos ocasionales, aislados, lo cual no es cierto. La vida mercantil de cada día, explica F.J. Conde “se actualiza en cierta parte a través de una serie incontable de actos menudos puramente ocasionales, no imputables en modo alguno a empresas organizadas”.⁴⁴⁹ De ahí se deduce, viene a decirnos F. J. Conde, que parte de la actividad mercantil (los actos de comercio ocasionales, aislados, de cada día) escapa al concepto de empresa que no resulta una idea suficiente, una categoría válida para aprehender en su totalidad la actividad mercantil.⁴⁵⁰

2. Razones de la insuficiencia y del fracaso de la doctrina tradicional del Derecho mercantil.

Las causas de la insuficiencia y fracaso de las dos líneas de pensamiento que han creído encontrar el objeto del Derecho mercantil en el “acto objetivo de comercio” y en la “empresa”, respectivamente, hay que buscarlas según F. J. Conde en los ámbitos conceptual y metodológico.

2.1. Razones de orden conceptual.

En este plano nos encontramos, según Conde, con la falta de precisión de la idea de acto de comercio⁴⁵¹ y con la poca madurez que tiene el término empresa,⁴⁵² el cual,

⁴⁴⁷ Ibid. pág. 170.

⁴⁴⁸ Ibid. pág. 170 y 171.

⁴⁴⁹ Ibid. pág. 171.

⁴⁵⁰ Ibid. pág. 171.

⁴⁵¹ Ibid. pág. 168 y 169.

además, añadimos nosotros, posee un carácter polisémico que, como veremos luego, va a dar mucho juego, en el ámbito de nuestra disciplina.

A ello debe sumarse la pretensión de comprender y explicar el mundo mercantil mediante un aparato conceptual esclerotizado; esto es, a través de categorías abstractas, ahistóricas y eternas, como acontece en el mundo de las ciencias físico-naturales.⁴⁵³

Esta es la crítica que F. Javier Conde hace a J. Garrigues al comienzo de su trabajo. Escribe Conde: “En su reciente *Tratado de Derecho Mercantil*, tras no pocas páginas de apretada discusión y forcejeo polémico, nos descubre Garrigues la raíz más íntima de su actitud intelectual este breve juicio, que envuelve una profesión de fe en la perenne validez de las viejas categorías formales del Derecho civil, a la vez que una reserva prudente frente a cualquier tesis innovadora que pudiera amenazar la unidad del Derecho privado. Dice así: «Y la verdad es que todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil», (*Tratado*, cit. Tomo I, pág. 36). Si apuramos el sentido de esta confesión metódica, al hilo de los problemas y de las soluciones en que su propio autor la inserta, pronto vemos a dónde se quiere ir a parar: a fin de cuentas –ésta es la última consecuencia lógica del aserto- el cuadro de categorías formales con que el Derecho mercantil opera para configurar su sustancia propia es reducible al sistema de categorías del Derecho patrimonial clásico”.⁴⁵⁴

2.2. Razones de orden metodológico.

En el ámbito metodológico Conde critica la inadecuación del método empleado por los mercantilistas. F. J. Conde, tratando de llegar al fondo de las cosas, entiende que las dos posiciones de la doctrina del Derecho mercantil ya indicadas (teorías del acto de comercio y de la empresa) “ambas coinciden en lo tocante al método. Con mente igualmente ahistórica –dice-, las dos pretenden forjar un concepto genérico –acto objetivo de comercio, en su caso; empresa, en otro- capaz de reducir a unidad toda la gama de fenómenos que integran la realidad mercantil, a la manera como el físico trata de reducir los fenómenos de la realidad física a una ley general. El intento fracasa, pero

⁴⁵² Ibid. pág. 172. Véanse las págs 169 y ss.

⁴⁵³ Ibid. pág. 172 y 181.

⁴⁵⁴ Ibid. pág. 167,

la razón del fracaso no se busca en el método empleado, sino en la inmadurez del concepto logrado”.⁴⁵⁵

F. J. Conde entiende que la clave de la insuficiencia de la Ciencia del Derecho mercantil es la consecuencia de un doble error:

- El primero ha sido no entender la realidad mercantil como lo que sustancialmente es: Una realidad histórica en constante transformación.

- El segundo error ha consistido en no haber utilizado un método adecuado capaz de permitir el acceso a la comprensión de la realidad mercantil como realidad histórica.⁴⁵⁶

En este sentido puntualiza F.J. Conde: “Menester es que pongamos en tela de juicio el método mismo, común a ambas posiciones, en pos de una tercera y más *diritta via* que nos de acceso a la realidad mercantil. Podría muy bien ocurrir y, a nuestro entender, ocurre, que esa realidad sólo sea aprehensible por el único medio capaz de captar la realidad histórica. La realidad mercantil no es sino un tipo específico de realidad económica, en cuanto económica, humana, y en cuanto humana, histórica. Histórica en un doble y entrañable sentido: primero, porque todo acto humano, también el económico, es esencialmente histórico; y segundo, porque lo que llamamos realidad mercantil, objeto del Derecho mercantil, es un tipo de realidad económica que ha ‘nacido en un determinado momento histórico’. No es una realidad permanente que está ahí ‘desde siempre’, ofrecida al jurista como la realidad natural al físico, susceptible de ser aprehendida en un concepto genérico. Es una realidad económica eminentemente histórica, vinculada en su nacimiento a una forma concreta e histórica de la economía: el capitalismo. El Derecho mercantil –concluye diciendo- es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo”.⁴⁵⁷

3. Objeto y posibilidad del Derecho mercantil como Ciencia jurídica.

⁴⁵⁵ Ibid. pág. 172.

⁴⁵⁶ Ibid. pág. 172. Sobre la concepción del Derecho mercantil como categoría histórica véase LANGLE Y RUBIO, E. op.cit. págs. 54 y ss.

⁴⁵⁷ CONDE GARCÍA, F. Javier, op.cit. págs. 172 y 173. Véanse también las sustanciosas págs. 188 y 189.

3.1. El Derecho mercantil como resultado de la transformación del Derecho Civil Patrimonial en el sistema económico capitalista.

Para F. J. Conde el Derecho mercantil actual constituye “una forma histórica específicamente moderna del Derecho Civil patrimonial”.⁴⁵⁸ Desde esta perspectiva el objeto de estudio del Derecho mercantil no puede ser ya “un acto de comercio genéricamente entendido, sino un tipo singular de acto de comercio históricamente cualificado”.⁴⁵⁹

Dicha cualificación histórica le viene dada por el capitalismo como sistema económico singular e históricamente concreto y cualitativamente diferenciado de otros sistemas y formas históricas de organización económica.⁴⁶⁰

Desde estos supuestos el objeto del Derecho mercantil no puede consistir en la construcción de un “concepto genérico de acto de comercio” sino en la búsqueda de un concepto concreto, idiográfico, en el sentido de H. Rickert,⁴⁶¹ especificamos nosotros, capaz de intuir y aprehender la estructura y significación idiográficas, concretas, del “tipo de acto económico históricamente singular que compone la trama de la economía capitalista”.⁴⁶²

Se trata en definitiva -explica Conde- de un acto mercantil en el que se dan de forma necesaria, como elemento cualificador, “las notas históricas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista”.⁴⁶³

3.2. Caracterización del acto económico capitalista.

Tras analizar las teorías de Simmel, Sombart, Max Weber y von Martin,⁴⁶⁴ entiende F.J. Conde que la significación del Derecho mercantil no puede entenderse sin tener en consideración el paso de la economía precapitalista (preocupada sólo por cubrir necesidades y allegar bienes para integrar un patrimonio) a la economía capitalista, en

⁴⁵⁸ Ibid. pág. 173.

⁴⁵⁹ Ibid. pág. 173.

⁴⁶⁰ Ibid. pág. 173.

⁴⁶¹ RICKERT, H., *Ciencia cultural y Ciencia natural*, trad. esp. de M. García Morente, Biblioteca de Ideas del Siglo XX, Ed. Calpe, Madrid, 1922, págs. 55 y ss, 83 y ss; LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de la 4ª. Ed. alemana por M. Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, págs 114 y ss, 126 y ss, 447 y ss, 451 y ss.

⁴⁶² CONDE GARCÍA, F. Javier, op.cit. págs. 173.

⁴⁶³ Ibid. pág. 173.

⁴⁶⁴ Ibid. pág. 174 y ss.

la cual la idea de atención a las necesidades naturales de la persona humana es desplazada por el “afán de lucro”, de “ganancia ilimitada” en virtud de un específico “cálculo racional”.⁴⁶⁵

Subraya Conde que el orden económico capitalista, como indica Max Weber, constituye un sistema y un estilo de vida enraizado en un *ethos* específico cuyos rasgos definatorios serían:

1. El afán de lucro, de ganancia sin límite, sentido y vivido como vocación.⁴⁶⁶
2. Y fundamentado sobre un “cálculo racional” (racionalismo) que permite y hace posible una expectativa de ganancia lícita.⁴⁶⁷

Desde los supuestos del pensamiento de M. Weber, F.J. Conde realiza una penetrante y sugerente caracterización del acto económico capitalista cuyo espíritu o sentido esencial reside, como ya se ha indicado, en estar impulsado por una “expectativa de lucro”, por un afán de ganancia sin límites,⁴⁶⁸ y cuyas notas esenciales, constitutivas, serían:

1. La comparación entre el dinero que se tiene al iniciar el acto y el resultado que se espera conseguir, estimado también en dinero. En esta operación aparecen implicados los términos de ganancia, pérdida y riesgo.⁴⁶⁹
2. El cálculo racional incluido en el proceso de comparación, que constituye lo que M. Weber denomina cálculo de capital y que tiene como fin la obtención de una ganancia o lucro.⁴⁷⁰

Profundizando en el análisis y en la significación del acto económico capitalista, Conde escribe: “El cálculo de capital es una forma altamente racional de adquisición

⁴⁶⁵ Ibid. pág. 174 y 175.

⁴⁶⁶ WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. esp. de L. Legaz Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, en especial las págs. 37 y ss, 77 y ss, 199 y ss; TROELTSCH, E. *El protestantismo y el mundo moderno*, trad. esp. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1958.

⁴⁶⁷ Ibid. pág. 175 y 176.

⁴⁶⁸ Ibid. pág. 177.

⁴⁶⁹ Ibid. pág. 177.

⁴⁷⁰ Ibid. pág. 177 y 178. Conde recoge la distinción de M. Weber entre cálculo especulativo y cálculo de capital, que es el propio de la economía capitalista. Escribe F. J. Conde al respecto: “La comparación es, ni más ni menos, una operación de cálculo. Aquí viene a cuento la segunda nota esencial: dicho cálculo es más menos racional. El caso óptimo de racionalidad se da en el tipo de cálculo que Weber llama ‘de capital’. El otro extremo está constituido por el cálculo ‘especulativo’, que se orienta por probabilidades, cuya realización se estima ‘casual’ y, por tanto, ‘incalculable’. El tránsito de uno a otro es fluido. Weber se inclina a considerar como acto capitalista propiamente dicho el determinado por el cálculo de capital”. Op.cit. pág.- 177.

económica fundada sobre una estimación y control de las probabilidades y resultados lucrativos hecha en virtud de una operación de cálculo que compara entre sí el importe en dinero del conjunto de bienes con que se inicia el acto y el importe de los existentes a su terminación. El elemento racional (cálculo de capital) junto con el fin que el acto persigue (ganancia) integran plenamente el sentido peculiar del acto económico capitalista”.⁴⁷¹

3.3. Del acto de comercio al acto económico capitalista: Significación del Derecho mercantil.

Antes de pasar a la consideración del significado del Derecho mercantil y de su objeto parece conveniente detenernos -dentro del esquema del pensamiento de F. J. Conde- en la distinción entre acto de comercio o actividad mercantil en sí mismos considerados, y los sujetos que realizan dicha actividad mercantil.

3.3.1. Caracterización de acto de comercio como acto económico capitalista.

1º. Noción.

F. J. Conde parte de la distinción entre dos tipos de actos: el acto patrimonial o de hacienda y el acto mercantil.

El acto patrimonial, según Conde, es el acto típico del sistema económico precapitalista caracterizado por el principio de “cobertura de necesidades” (consumo) y por el cálculo natural para allegar los bienes necesarios para la satisfacción de esas necesidades. Dicho acto desconoce la idea de ganancia o lucro.⁴⁷²

El acto mercantil propiamente dicho, explica Conde, es el acto en el que concurren las notas esenciales del acto económico capitalista: la expectativa de ganancia o lucro ilimitados y el cálculo de capital. Se trata de lo que los mercantilistas denominan “acto objetivo de comercio” o “acto de empresa”.⁴⁷³

2º. Características esenciales y naturaleza.

⁴⁷¹ Ibid. pág. 177.

⁴⁷² Ibid. pág. 178 y 180.

⁴⁷³ Ibid. pág. 178 y 180.

Lo que caracteriza al acto de comercio, según Conde, no es que el acto proceda de un comerciante, que se trate de un acto “repetido” o en “masa” o del acto de una “empresa”, sino que aparezca determinado por las notas del acto económico capitalista: la expectativa de ganancia y el cálculo de capital.⁴⁷⁴ Desde estos supuestos observa Conde que “el acto mercantil es la forma moderna del acto patrimonial civil cualitativamente transformado por las notas esenciales del acto económico capitalista”.⁴⁷⁵

El acto mercantil, así caracterizado, indica Conde, constituye el “tipo ideal”, perfecto, del acto de comercio. Pero según el principio de analogía recogido en el Código de Comercio (artículo 2, párrafo segundo), los actos de comercio no constituyen un *numerus clausus* sino un *numerus apertus*.⁴⁷⁶ Como indica F.J. Conde “la realidad mercantil, en cuanto realidad histórica (capitalista), no está simplemente integrada por actos perfectos. Junto a ellos -dice- hay una gama fluida e infinita de actos mercantiles ‘imperfectos’, más o menos perfectos, en los cuales no concurren todas y cada una de las notas singulares de los actos típicos”.⁴⁷⁷

En dichos actos no perfectos, nos indica Conde, parece darse, con desigual intensidad, alguno o los dos rasgos constitutivos del tipo ideal.⁴⁷⁸ Así, explica Conde, parece predominar el principio de ganancia aunque no concorra bajo la forma pura de cálculo de capital; puede predominar el cálculo de capital aunque no se perciba dinero, etc. La economía capitalista es un orden económico histórico y, por tanto, mudable. “El concepto de acto mercantil perfecto -puntualiza F.J. Conde- sirve solo para dar razón del orden económico capitalista considerado como tipo o concepto puro. El tejido real de actos que realiza continuamente ese orden económico es un proceso histórico cambiante y mudadizo”.⁴⁷⁹

La realidad es que el proceso de desarrollo y maduración del orden económico capitalista empuja, arrastra de modo inexorable “a convertir todos los actos económicos en mercantiles y a aproximar gradualmente los actos mercantiles imperfectos al tipo puro de acto mercantil perfecto”.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ Ibid. pág. 189.

⁴⁷⁵ Ibid. pág. 188.

⁴⁷⁶ Ibid. pág. 189.

⁴⁷⁷ Ibid. pág. 180.

⁴⁷⁸ Ibid. pág. 180 y 181.

⁴⁷⁹ Ibid. pág. 180.

⁴⁸⁰ Ibid. pág. 180 y 181.

3.3.2. Sujetos de la actividad mercantil.

En la evolución y desarrollo del orden económico hasta su transformación en orden económico capitalista se ha configurado un nuevo “tipo humano”, el *homo oeconomicus* -en la conocida tipología de E. Spranger⁴⁸¹-, en parte protagonista de dicho proceso económico y en parte resultado u obra del mismo. Se trata del “modelo humano” que hoy denominamos comerciante, empresario u “hombre de negocios”, sin más. Se trata, insistimos, de la persona que hace de su vida y profesión una continua dedicación a la obtención de ganancias (lucro) mediante un trabajo cuya esencia consiste en el cálculo racional de capital.

Ese sujeto puede ser una persona física o individual, al que se suele denominar comerciante o empresario, o una persona jurídica. En este caso estamos ante la sociedad mercantil o empresa.⁴⁸²

La empresa -que es un término polisémico y, por ello -de difícil definición- se nos presenta aquí, desde el punto de vista jurídico, como ya se ha indicado, como persona jurídica.

La empresa constituye una realidad específicamente moderna y esencialmente vinculada, en su origen, génesis y finalidad al orden económico capitalista⁴⁸³ y cuyos estudiosos, con la excepción de algunos economistas y sociólogos, adolecen de una carencia absoluta de conciencia histórica.⁴⁸⁴

La empresa, explica Conde, no es más que el resultado del proceso de desarrollo y maduración de la economía capitalista. Profundizando en esta idea explica F.J. Conde: “La realidad económica, como la política, no son obra de un gigantesco demiurgo. Su *substratum* último es siempre «un acto humano». El tejido económico, como el político, es un entramado de actos humanos. La empresa no es una realidad ‘que está ahí’, a la manera de un monolito, sino una unidad organizada de actos económicos. Su *substratum* real es «el acto mercantil». La realidad mercantil es una trama infinita de

⁴⁸¹ SPRANGER, E. *Formas de vida (Psicología y ética de la personalidad)*, trad. esp. de R. de la Serna, 7ª. Ed. Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1972, págs. 182 y ss.

⁴⁸² CONDE GARCÍA, F. J. op.cit. págs. 181 y 182.

⁴⁸³ Ibid. pág. 182.

⁴⁸⁴ Ibid. pág. 181 y 182.

actos mercantiles. Claro que el acto mercantil, sobre todo el acto mercantil perfecto, propende por su propia naturaleza a producir ‘organizaciones’. El predominio del elemento racional hace muy fácil la unificación de actos mercantiles en «unidades de acción». En este sentido, el «acto mercantil» perfecto tiene la tendencia a plasmar en la organización racional de la empresa, pues es en ella donde se realizan con máximo rigor los dos postulados inmanentes al acto mercantil: expectativa de ganancia y cálculo racional”.⁴⁸⁵ Más adelante añade Conde: “Es evidente que el proceso de consolidación del orden económico capitalista va desplazando gradualmente el «centro de gravedad» del «acto mercantil aislado» hacia el lado de los «actos mercantiles organizados en empresa». Ahora bien, tan evidente como esta afirmación es la otra que antes hacíamos: el último *substratum* de la realidad mercantil es, en cualquier caso «el acto mercantil». Por eso, el objeto propio y eminente del Derecho mercantil es el «acto mercantil». El mundo de la empresa no cubre enteramente la realidad mercantil. Es sólo una parte mayor o menor de ella, en función del grado de madurez del capitalismo. En la actual situación económica, constituye, sin duda, la mayor parte. Pero tampoco la agota”.⁴⁸⁶

La empresa, en cuanto institución mercantil constituye, explica F.J. Conde:

1. Una organización (no un organismo). Esto es, una creación técnica del hombre la cual “supone el paso de la simple unidad ordenada a una verdadera unidad de acción duradera. Organizar es, pues, crear una unidad de operaciones colectiva”.⁴⁸⁷

La empresa, en cuanto organización que interviene en la vida económica, supone siempre: a) La existencia de un plan previo, un proyecto racional de actuación, y b) Un órgano u órganos de planificación, dirección y ejecución de lo planificado.⁴⁸⁸

2. Una realidad objetiva, independiente de los individuos que la integran y dotada de vida propia, a la que se pueden imputar los actos que ella, a través de sus órganos, realiza.⁴⁸⁹

3. Una “unidad organizada para la realización de actos mercantiles”; esto es, para obtener ganancias sin límite mediante un método racional (cálculo de capital).⁴⁹⁰ En este

⁴⁸⁵ Ibid. pág. 185 y 186.

⁴⁸⁶ Ibid. pág. 186.

⁴⁸⁷ Ibid. pág. 183.

⁴⁸⁸ Ibid. pág. 183.

⁴⁸⁹ Ibid. pág. 184.

⁴⁹⁰ Ibid. pág. 182 y 183.

lugar añade, con términos equívocos: “La empresa no es sino una urdimbre de actos mercantiles”.⁴⁹¹

Hablamos en términos equívocos porque identificar la empresa con los actos de comercio parece que es equiparar, igualar el sujeto que actúa con la actuación por él realizada.

3.4. Significación y naturaleza del Derecho mercantil.

Indica F.J. Conde que el ingente proceso histórico de desarrollo y constitución de la realidad mercantil, que culmina en el orden económico capitalista, ha “contribuido esencialmente a la creación de un orden jurídico singular y nuevo, perfectamente unitario y sistemático, (y) altamente racional”.⁴⁹² Concretamente, escribe F.J. Conde, que “Los postulados del orden económico capitalista han contribuido esencialmente a la creación de un «orden jurídico singular y nuevo», perfectamente unitario y sistemático, altamente racional, donde todo se halla previsto y garantizado, sobre todo el orden económico mismo. Esos mismos postulados han ido introduciéndose gradualmente en los moldes del Derecho patrimonial civil y los han transformado insensiblemente al rellenarlos de su dinámica propia”.⁴⁹³

El resultado inmediato de ello ha sido un doble proceso de signo inverso: De un lado, la progresiva retracción, encogimiento de la actividad patrimonial civil y, de otro lado, y en proporción inversa, el progresivo crecimiento y expansión de la actividad mercantil de cuño marcadamente capitalista.

Momentos fundamentales del mencionado proceso son:

1. En primer lugar, el viejo sistema de contratación civil, fundado sobre los “actos de hacienda” o de “patrimonio” (determinados, como ya se ha indicado, por el principio de “cobertura de necesidades” (consumo) y el “cálculo natural”), se ha transformado interna y cualitativamente en el nuevo sistema de contratación mercantil, fundado sobre los actos mercantiles de signo capitalista.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Ibid. pág. 185.

⁴⁹² Ibid. pág. 186.

⁴⁹³ Ibid. pág. 186.

⁴⁹⁴ Ibid. pág. 187. Ello significa, explica F.J. Conde que “El contrato civil, fundado sobre lo que antes llamábamos «actos de hacienda» o de «patrimonio», determinados por el principio de cobertura de necesidades (consumo) y el calculo natural, se convierte paulatinamente en contrato mercantil, fundado sobre los actos mercantiles de signo capitalista”. Ibid. pág. 187.

2. En segundo lugar, el progresivo desplazamiento de los contratos civiles o patrimoniales por los mercantiles y la reducción, casi a la nada, de la esfera de la contratación patrimonial. Explica Conde al respecto: “Lentamente, a medida que el orden económico se ha ido consolidando, los actos mercantiles han ido desplazando a los actos patrimoniales o civiles. El ámbito de la contratación patrimonial se va contrayendo en razón inversa al de la contratación mercantil. Llegado el capitalismo a plena madurez, el área de la contratación patrimonial queda tan reducida que puede considerarse prácticamente inexistente”.⁴⁹⁵

3. En tercer lugar, y dentro ya del ámbito de la realidad mercantil, “el mismo proceso de maduración capitalista restringe también cada vez más el recinto de los actos mercantiles sueltos o aislados a favor de los actos mercantiles organizados en empresa”.⁴⁹⁶

Esto último significa que la maduración y consolidación del orden económico capitalista ha desplazado gradualmente el centro de gravedad del Derecho mercantil desde el estudio del acto mercantil aislado hacia la investigación y examen de la “constelación de actos mercantiles organizados en empresa”⁴⁹⁷ (esto es, realizados por la empresa).

Ante la consideración de los fenómenos descritos F.J. Conde concluye explicando dos cosas: De un lado, la verdadera significación de las palabras de J. Garrigues con cuya cita comenzaba su trabajo; de otro lado, el origen y fundamento del Derecho mercantil.

Respecto de las palabras de Garrigues recordemos que éste había afirmado: “La verdad es que todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil”. (*Tratado de Derecho mercantil*, Tomo I, 1, pág. 36). F.J. Conde vio en la posición de Garrigues “una profesión de fe en la perenne validez de las viejas categorías formales del Derecho civil,

⁴⁹⁵ Ibid. pág. 187.

⁴⁹⁶ Ibid. pág. 187.

⁴⁹⁷ Ibid. pág. 186.

a la vez que una reserva prudente frente a cualquier tesis innovadora que pudiera amenazar la unidad del Derecho privado”.⁴⁹⁸

Pero Conde no se quedó en esta apreciación meramente superficial sino que profundiza en sus análisis buscando las razones últimas de la afirmación de Garrigues. En este sentido dice: “Es cierto que todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares que no pueda encajar en las «categorías conservadas secularmente por el Derecho civil». Pero la razón de esa perdurable validez no está en que dichas categorías sean perennes o absolutas. Está en plano más modesto”. Y aclara: “Cuando el Derecho patrimonial clásico se encuentra ante la tarea ingente de acoger en sus moldes a una realidad económica totalmente nueva y hostil a la tradicional, como era el capitalismo, pudo darla cima sin romper las estructuras tradicionales porque aquel Derecho patrimonial tenía detrás de sí, más bien dentro de sí, la gigantesca hazaña racional del Derecho romano. «El proceso de racionalización», fácilmente observable en todos los campos de cultura occidental, no sigue en todos un ritmo simultáneo y paralelo. La racionalización del Derecho privado había llegado ya a su máxima perfección en el Derecho romano, mientras la realidad económica no alcanza el grado equivalente de racionalidad hasta el advenimiento del capitalismo. No es extraño, aunque sí hazaña soberana, que un Derecho tan altamente racional haya sido capaz de absorber sin romper sus moldes la realidad, también altamente racional, del nuevo orden económico”.⁴⁹⁹

Respecto del origen y fundamento del Derecho mercantil escribe F. J. Conde, subrayando la dimensión histórica del Derecho en general, y del Derecho mercantil, en particular: “Por eso el Derecho mercantil ha nacido del Derecho patrimonial civil por obra de un despliegue natural de sus posibilidades internas. Este despliegue espléndido acredita la validez y la inagotable fecundidad del viejo Derecho patrimonial. Mas no su perennidad absoluta. El Derecho positivo, aunque alguna vez haya merecido llamarse *ratio scripta*, es obra humana y, en cuanto humana, perecedera. Sólo es eterno lo que trasciende del hombre y en él ha sido puesto por una instancia trascendente. Atento a lo

⁴⁹⁸ Ibid. pág. 167.

⁴⁹⁹ Ibid. pág. 189 y 190.

eterno, el jurista no debe tampoco descuidar el lado histórico y cambiante del material que tiene en sus manos”.⁵⁰⁰

Entiende F.J. Conde, por último, que el estudio de “la realidad mercantil actual, en su infinita variedad de formas y figuras”, así como el análisis y la consideración de la “transformación lenta y sutil de cada una de las instituciones de Derecho patrimonial hasta su conversión en instituciones mercantiles”, abre un novedoso y sugerente horizonte para la investigación y el estudio de los mercantilistas⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Ibid. pág. 190.

⁵⁰¹ Ibid. pág. 187.