

DERECHO ECONOMICO Y DERECHO MERCANTIL

SUMARIO.—1. *Introducción.*—2. *El origen y la identificación del Derecho económico como fenómeno histórico.*—3. *Concepciones «metodológicas» del Derecho económico.*—4. *Concepciones del Derecho económico en que cabría tener en cuenta el sector de relaciones objeto de sus normas. En particular, la concepción amplia.*—5. *Concepción restringida.*—6. *La inevitable referencia a la empresa.*—7. *El Derecho económico en los países socialistas.*—8. *El carácter «instrumental» del Derecho económico.*—9. *La irreductibilidad a ciertas categorías o demarcaciones usuales de la ciencia jurídica y la complejidad de los intereses en juego.*—10. *La cuestión relativa a la naturaleza del contenido del llamado «Derecho económico».*—11. *Sobre la materia que integra ese contenido.*—12. *Derecho económico y Derecho mercantil desde el punto de vista de las realidades materiales que constituyen su objeto y del enfoque con que son tratadas.*—13. *Puntualizaciones para la distinción y relaciones entre Derecho económico y Derecho mercantil.*

1. INTRODUCCIÓN

El «Derecho de la Economía» o «Derecho económico»¹ constituye

¹ Ambas expresiones pueden considerarse sinónimas o utilizables como sinónimas. Por poner un ejemplo representativo del posible uso intercambiable de una u otra expresión, remitiríamos al lector a RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, Ediciones Nauta (1969), pp. 167 y 170-179.

No obstante, hay quien intenta distinguir entre una y otra expresión o mostrar su preferencia por la una o por la otra.

Así, entre nosotros, BAENA DEL ALCÁZAR declara que prefiere usar la expresión «derecho de la economía» mejor que «derecho económico», «a ejemplo de lo que sucede en la doctrina italiana, toda vez que es una traducción más correcta de la



hoy una realidad innegable². Y no sólo en el ámbito de la literatura jurídica y los estudios universitarios³, sino también, por supuesto, en el ámbito legislativo, dentro del cual el nivel constitucional se muestra hoy a este respecto como uno de los más interesantes⁴. Pero la aten-

palabra alemana *Wirtschaftsrecht*» (*Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, Editorial Tecnos (1966), p. 49, nota 10).

Fuera de España, JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, segunda edición, París, Presses Universitaires de France, 1974, p. 8, distinguen entre una locución y otra y entienden que tal distinción no carece de importancia. A juicio de estos autores, la noción de «Derecho de la Economía» es esencialmente *descriptiva* y puede designar el conjunto bastante heterogéneo de las reglas de Derecho que se aplican a la actividad económica; mientras que la noción de «Derecho económico» sería, según ellos, más *cuificativa* e insistiría sobre la perspectiva de un encuentro interdisciplinario que transforma la regla de Derecho. Por «encuentro interdisciplinario» hay que entender aquí el encuentro o conexión entre ciencia del Derecho y ciencia de la Economía (*vide*, en efecto, pp. 87 y ss., especialmente 91; también, pp. 70 y 125-126) (Otras alusiones a la cuestión terminológica pueden verse en las pp. 63 —a propósito de la expresión alemana *Wirtschaftsrecht*— y 69 —a propósito de la expresión italiana *diritto dell'economia*.) También FARJAT: *Droit économique*, París, Presses Universitaires de France (1971), p. 10, distingue entre «Derecho económico» y «Derecho de la economía»: ve tras esta última expresión una concepción vaga, que podría aplicarse a todos los tiempos.

Ahora bien, quizá haya un exceso de sutileza en la distinción, propugnada por estos autores, entre «Derecho de la Economía» y «Derecho económico». Y además, puestos a distinguir (lo que no parece aconsejable por no perderse en una académica, quizá bizantina, *quaestio nominis*), ¿no reflejaría mejor la conexión interdisciplinaria la presencia del sustantivo «Economía» que su sustitución por el adjetivo «económico»? Pero es que, en fin, esa misma concepción «interdisciplinaria» no deja de ser discutible, en cuanto pueda resultar excluyente de concepciones más decididamente «jurídicas», como podrá advertirse en el desarrollo de este trabajo.

² *Vide* FARJAT: *Droit économique*, París, Presses Universitaires de France (1971), página 9.

³ Aunque para verlo más nítida o detalladamente hay que dirigir la mirada más allá de nuestras fronteras.

No obstante, recordemos que entre nosotros ya el profesor Antonio POLO impartiría un curso sobre «El Derecho económico como nueva disciplina jurídica», en el año académico 1932-33 (del 14 de febrero al 11 de marzo de 1933), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (*vide* Antonio POLO, *Ensayo de un sistema de Derecho de la empresa...*, Barcelona, Ariel, 1953, p. 158, así como notas a «Las Conferencias del Profesor Mossa en la Universidad Central», en *RDPriv*, 1933, p. 253, nota 5, y «El profesor J. W. Hedemann», en *RDPriv*, 1943, p. 274, nota 2; en este último lugar se anunció también la creación, en la Facultad de Derecho de Granada, de un «Instituto-Seminario de Derecho económico»).

⁴ «No parece hoy problemático hablar de Derecho económico —observa KOPFENSTEINER—. Desde 1925 emerge esta palabra en una ordenación de exámenes para juristas. Conforme a ello, se concede desde hace tiempo la venia para el Derecho económico, hay cátedras para esta especialidad, las listas de los cursos de las Uni-



ción hacia la llamada «Constitución económica» (que —quizá convenga advertirlo— no ha de coincidir necesariamente con la «Constitución» en sentido formal, y que tanto interés puede tener para el Derecho de la Economía) se hace presente cada vez más resueltamente entre nuestros juristas⁵, como se ha hecho ya presente en la doctrina extranjera, especialmente en la alemana.

Frente a estas realidades legislativas, doctrinales y prácticas, el jurista formado en las categorías tradicionales de la ciencia jurídica y, en general, el estudioso que vaya adquiriendo y desarrollando un sistema de conocimientos sobre la pauta que esas categorías ofrecen, puede y debe legítimamente preguntarse por la incidencia que sobre esa trama tradicional haya de tener el nuevo «Derecho de la Economía». Piénsese, por ejemplo, en disciplinas tan sensibles a esos planteamientos innova-

versidades aluden a conferencias designadas así. En los anuncios de los periódicos se busca a «juristas-economistas» o se ofrecen tales juristas. Hasta la Ley fundamental ha recibido la expresión «Derecho de la Economía» (*Wirtschaftsrecht, Inhalts- und funktionsbezogene Überlegungen zu einer umstrittenen Kategorie*, en *Rechtstheorie*, tomo 4, 1973, cuaderno 1.º, p. 1). V., también, JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, cit., p. 63.

⁵ Buena prueba de ello es la mesa redonda celebrada en Madrid los días 29 y 30 de junio de 1977, dedicada a estudiar la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales y «con vistas a esclarecer la previsible discusión del problema en el cuadro de una nueva Constitución española» —según palabras de SÁNCHEZ AGESTA—. Las ponencias se han recogido en el libro *Constitución y Economía, La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas (Madrid, 1977), y van precedidas de una «Introducción» de SÁNCHEZ AGESTA (a la que pertenecen las palabras que hemos transcrito) y de la intervención de SÁNCHEZ CALERO en el acto de apertura, y seguidas de las palabras de clausura de Ignacio LOJENDIO. Los autores de las ponencias (no todos españoles) son PREDIERI, Díez-PICAZO, DUQUE, LOJENDIO, RUBIO (Francisco), SÁNCHEZ AGESTA, SOLÉ VILLALONGA, DONGES, ESTAPÉ, ESTEBAN ALONSO, LINZ, MURILLO FERROL, PADILLA SERRA y SUÁREZ (Fernando).

Pero ya antes el tema de la «Constitución económica» aparece entre nuestros mercantilistas; especialmente ha sido tratado por el profesor DUQUE. De los trabajos de nuestros mercantilistas cabe citar, por ejemplo: DUQUE: «Problemas de la constitución económica», en *Derecho y Paz*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (separata, s. d., pero 1964), pp. 305-319; FERNÁNDEZ-NOVOA: «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», en *RDM*, núm. 95 (1965, primer semestre), pp. 7 y ss., particularmente 29-30 (v., especialmente, nota 86); DUQUE: «Empresa y planificación», en *Sindicalismo y Política Social*, Madrid, 1967, pp. 37 y ss., particularmente 43 y ss.; DUQUE: «Iniciativa privada y empresa», ponencia inserta en el citado libro colectivo *Constitución y Economía*, pp. 49 y ss.; GIRÓN TENA: *Apuntes de Derecho mercantil (Introducción)*, Madrid, 1977-78, pp. 92 y 96 y ss.; DUQUE: «Consideraciones sobre el modelo económico del Anteproyecto de Constitución», en *Sal Terrae*, tomo LXVI, núm. 777, febrero de 1978, pp. 97 y ss.



dores como pueden ser el Derecho administrativo⁶ o el mercantil. Es a éste al que aquí hemos de referirnos.

Pues bien, cuando se pretende establecer el contraste o examinar las relaciones entre el «Derecho económico» y nuestras disciplinas jurídicas tradicionales —en nuestro caso, el «Derecho mercantil»— se necesita resolver, ante todo, una cuestión de planteamiento no exenta de dificultad. Entra en juego en ella el propio sentido en que el «Derecho económico» haya de ser entendido. Así, siguiendo las recientes puntualizaciones de MERTENS, cabría hablar de tal Derecho como movimiento social, como área jurídica delimitable, y aun como símbolo para determinadas tendencias de la moderna fijación o establecimiento del Derecho⁷. Y dentro de la concepción del Derecho económico como área jurídica delimitable, cabría aún distinguir entre estas dos tendencias: una, la que considera a tal Derecho como un sistema de normas a las que fuera común una determinada característica; otra, la que intenta delimitarlo como una esfera jurídica dominada por principios metódicos especiales⁸. Más aún: cabe hablar de un «proceso de fermentación» que aún continúa⁹, y que entorpece la precisión misma de los confines, precisión no ya deseable, sino imprescindible a los fines aquí propuestos.

Sin embargo, sea cual sea la dificultad, no es fácil tampoco escapar del atractivo que el tema presenta. En rigor, la aparición y desarrollo de un «Derecho de la Economía» o «Derecho económico» interesa, en profundidad, como antes se ha apuntado, desde el punto de vista del

⁶ Es quizá la inquietud por la perturbación que la irrupción y el desarrollo del Derecho económico pueda producir sobre las configuraciones tradicionales de las ramas jurídicas lo que le lleva a GUAITA a considerar a tal Derecho como «*hodie, nunc fantástico*» (v. su *Derecho administrativo especial*, III, segunda edición, Zaragoza, 1967, pp. 22-23).

⁷ MERTENS: *Wirtschaftsrecht*, en *Die Aktiengesellschaft*, 21 (1976), pp. 62 y ss.

⁸ MERTENS: *Wirtschaftsrecht*, pp. 63-64.

⁹ MERTENS: *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 63, primera columna.

La imagen de la «fermentación» (*Gärung*) aparece ya en HEDEMANN, citado aquí por MERTENS con referencia al prefacio de la segunda edición, 1943, del *Deutsches Wirtschaftsrecht, Ein Grundriss*.

Aunque el empleo de la expresión «Derecho económico» como «medio de entenderse» y como «etiqueta jurídica» —según observa KOPPENSTEINER— parecería indicar que el sentido y contenido de ese concepto están firmes, alejados de toda duda, la verdad es que «no sólo la intensiva discusión del problema durante los años veinte y los primeros treinta no ha originado ningún consenso», sino que «todavía hoy el Derecho económico es caracterizado ya por el método que utilizar en él, ya por su objeto, ya por la especialidad de los principios jurídicos que han de actuar en él»; su ámbito se identifica con todo lo económico o con la economía dirigida... (*Wirtschaftsrecht*, cit., p. 1).

futuro del Derecho mercantil y, en general, de la articulación de muy diversas ramas jurídicas delimitadas con arreglo a pautas tradicionales¹⁰.

2. EL ORIGEN Y LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO COMO FENÓMENO HISTÓRICO

Pero es menester preguntarse qué es, en definitiva, y —si es posible precisarlo— cuál es el ámbito de este «Derecho económico»¹¹, cuyos orígenes quizá puedan situarse a fines del siglo XIX¹² o, más precisamente

¹⁰ Cfr. GIRÓN TENA: *Apuntes de Derecho Mercantil (Introducción)*, Madrid, 1977-78, página 86; BAENA DEL ALCÁZAR: *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, cit., p. 54.

¹¹ Una información y, dado el caso, sistematización, acerca de las concepciones del Derecho de la Economía no es difícil de hallar en la literatura de diversos países.

Así, aparte de la sistematización que ya en 1929 hiciera HEDEMANN (*vid.* la información que ofrece POLO en el trabajo seguidamente citado, p. 384, nota 9), puede verse, al respecto, por ejemplo, Antonio POLO: «El nuevo Derecho de la Economía, Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho mercantil», en *RDM*, vol. I (1946, primer semestre), pp. 373 y ss. (especialmente 383 y ss.); HUBER, Ernst Rudolf: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, segunda edición, tomo I, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1953, páginas 8 y ss.; LONGO, Mario: «Il diritto dell'economia nella recente dottrina», en *Saggi critici di diritto dell'economia, Problemi di parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 37 y ss. (y ya antes, con el título «Diritto dell'economia», en *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1959, y en *Il diritto dell'economia*, 1959, pp. 951 y ss.); SANTOS BRIZ, J., *Derecho económico y Derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (1963), pp. 31 y ss.; CHAMPAUD, C., «Contribution à la définition du droit économique», en *Il diritto dell'economia*, 1967, pp. 141 y ss.; RUBIO, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, Ediciones Nauta (1969), pp. 170 y ss.; JACQUEMIN, A., y SCHRANS, G., *Le droit économique*, deuxième édition mise à jour, París, P.U.F., 1974, páginas 52 y ss.; MERTENS, H.-J., «Wirtschaftsrecht», en *Die Aktiengesellschaft*, 21 (1976), pp. 62 y ss.; GIRÓN TENA, J., *Apuntes de Derecho mercantil (Introducción)*, Madrid, 1977-78, pp. 87-88.

¹² No hay que olvidar, al menos, que ya en 1895 se publica la primera edición de *Das Recht der Wirtschaft* de SCHROEDER (la segunda edición, en 1904), obra que quizá pueda considerarse pionera del nuevo Derecho: *vide*, a este respecto, HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, segunda edición, tomo I, Tübingen, 1953, p. 4.

De todos modos, tampoco hay que desconocer la significación que en orden a la promoción del «Derecho de la Economía» corresponde a HEDEMANN, fundador de un *Institut für Wirtschaftsrecht* en la Universidad de Jena, en 1918 (trasladado más tarde a Berlín) y autor de una copiosa literatura sobre la materia, como tampoco deben ignorarse los antecedentes en PROUDHON —que emplea ya la expresión *droit économique*— y en LEVI —autor de una obra titulada *Il diritto economico*, publicada en Roma en 1886—. Véase sobre todo esto la interesante información que ofrece Antonio POLO, «El nuevo Derecho de la Economía», en *RDM*, vol. I (1946, primer



tal vez —con la identidad con que ahora lo conocemos—, hacia la Guerra europea de 1914-1918 o los años subsiguientes¹³, y cuya evolución ha de ser luego diversa según los países¹⁴.

Pues bien, ya en su propio emplazamiento histórico —y, cabe añadir, funcional— el Derecho económico parece presentarnos su tarjeta de identidad.

Así, ya en aquellos lejanos trabajos de SCHROEDER y de LEHMANN aparece un «Derecho de la Economía» —aunque no siempre reciba este nombre, sino el de «Derecho de la industria»— como un Derecho que resulta de las tensiones entre una concepción económica individualista y otra colectivista, o —si así se prefiere— entre individualismo y colectivismo¹⁵.

semestre), pp. 384-385, nota 10, y p. 378, texto y nota 3. Algún otro dato, en JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, segunda edición, París, 1974, pp. 5 y ss.

¹³ De todos modos, no parece fácil precisar el momento en que pueda decirse que nace tal Derecho. Dificultad que, por supuesto, nada tiene de sorprendente.

Sobre los orígenes y desarrollo del Derecho de la Economía pueden verse, por ejemplo: POLO, A., «El nuevo Derecho de la Economía, Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho mercantil», en *RDM*, cit., pp. 373 y ss.; LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, tomo I, Barcelona, 1950, pp. 57 y ss.; SANTOS BRIZ, J., *Derecho Económico y Derecho Civil*, cit., pp. 2 y ss.; RUBIO: *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 179; GIRÓN TENA: *Apuntes de Derecho mercantil (Introducción)*, cit., pp. 86-87; del mismo autor, *El concepto del Derecho Mercantil*, edición separada del *ADCiv*, Madrid, 1954, pp. 163-164; del mismo autor, *Introducción al Derecho mercantil inglés de la Economía de guerra*, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho (1950), pp. 17 y ss.; HEDEMANN: «El Derecho económico, Un dominio fundamental de la vida jurídica europea» (traducción de A. POLO), en *RDPriv*, 1943, pp. 278 y ss.; HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., páginas 3 y ss.; RAUSCHENBACH, *Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht*, Stuttgart y Düsseldorf, 1965, pp. 17 y s.; PIEPENBROCK, R., *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg*, Colonia, 1964.

Sobre los estímulos históricos que han influido en la configuración del Derecho de la economía, vide LONGO: «Per una costruzione del diritto dell'economia: spunti problematici», en *Saggi critici di diritto dell'economia, Problemi di parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 52 y ss. (trabajo que antes se publicó en *Il diritto dell'economia*, 1960, pp. 209 y ss., y en *Studi in memoria di Mossa*, Padova, 1961, pp. 549 y ss.).

¹⁴ Vid. GIRINO: «Aspetti dell'evoluzione del "diritto economico" in sistemi diversi», en *Il diritto dell'economia*, 1967, pp. 161 y ss.

Para un estudio acerca del origen y desarrollo del Derecho de la Economía en diversos países, véase la exposición de BONET CORREA: «Las transformaciones contemporáneas del ordenamiento patrimonial», en los *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo I, Madrid, Tecnos (1976), pp. 280 y ss.

¹⁵ SCHROEDER: *Das Recht der Wirtschaft*, primera edición, 1895, segunda edición, 1904, y LEHMANN: «Grundlinien des deutschen Industrierechts», en el *Festschrift für Zitelmann*, 1913, pp. 1 y ss., cits. por HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 3 y

Ahora bien, aunque esta antítesis, de sabor político, entre individualismo y colectivismo, se deje a un lado, no obstante cabe referir la tarea de un moderno Derecho económico al juego —y contraposición— de los conceptos de libertad y disciplina¹⁶. Es lo que, tiempo después, hará HUBER.

Ante todo hay que advertir, al hilo de estos planteamientos cronológico-funcionales, la referencia de HUBER a la economía industrializada. HUBER nos dirá que, entendido en un sentido concreto y preciso, el «Derecho económico» es un concepto coordinado con la economía moderna, especialmente con el moderno sistema industrial —o industrialismo—¹⁷. El «Derecho económico» es «el Derecho especial de la Economía, el cual se desarrolla sobre la base de una economía altamente industrializada; está determinado en su problemática por las crisis y conflictos que con la introducción del tecnificado y racionalizado mundo de la masificación (*Massenwelt*), se han producido en la ordenación social y económica». Es el Derecho de una Economía que, aun cuando implantada en un sistema de mercado, libre y competitivo, ha llegado, bajo la presión de las transformaciones sociales y económicas de la Era industrial, a un arreglo crítico entre la libertad individual y la contención o control colectivo¹⁸. Este conflicto entre libertad y control es, según HUBER, el principio determinante o estimulante (*das bewegende Prinzip*) del moderno Derecho económico¹⁹.

especialmente 4-5, y por RAUSCHENBACH: *Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht*, cit., páginas 17-18.

¹⁶ Así viene a explicarlo RAUSCHENBACH: *Wirtschaftsrecht mit Kartelle*, cit., páginas 17-18, con cita, seguidamente, de HUBER.

¹⁷ HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 7. Advertimos que el autor se refiere aquí a ese sentido concreto y preciso, que, lógicamente, es el que nos interesa para la pesquisa de lo que sea tal Derecho. Porque se podría hablar también de «Derecho económico» en un vago sentido abstracto y general. En este sentido —observa HUBER, *ibidem*— se comprenderían bajo la expresión «Derecho económico» todas las normas jurídicas que se refieran a la regulación o régimen de las relaciones económicas, lo mismo si estas normas se encuentran en las leyes generales civiles que en leyes específicas relativas a lo económico. Un Derecho económico en este sentido general y abstracto lo hay —añade HUBER— en cualquier sistema jurídico imaginable. Es claro —podemos añadir— que nada podría aportar ese sentido abstracto y general para precisar lo que, como fenómeno histórico-jurídico, representa el llamado «Derecho económico»; por tanto, procede prescindir aquí de tal planteamiento. *Vide* también RAUSCHENBACH: *Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht*, cit., pp. 19-20.

¹⁸ HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, p. 8. El texto dice en esta parte últimamente citada: «eine kritische Auseinandersetzung zwischen individueller Freiheit und kollektiver Bindung».

¹⁹ HUBER, *ibid.* También en este lugar (así como en la p. 12, apartado e) véanse,



En otros términos, el Derecho económico debe ser entendido, según HUBER, como un «Derecho conflictual» o «de conflictos» (*Konfliktsrecht*)²⁰. Es un Derecho originado por la fuerza de los empresarios y la de los trabajadores, en la medida en que se refleja en él el arreglo para la ordenación de la economía según los principios de la libertad y de la disciplina, control o sujeción²¹. Y como esa contraposición y arreglo entre libertad y sujeción requiere, por regla general, la intervención estatal con medios administrativos para defender los intereses comunes públicos y asegurar el equilibrio social, se explica que HUBER considere al Derecho administrativo económico como la zona-núcleo o ámbito esencial (*der Kernbereich*) del Derecho económico. Pero el Derecho económico es, en sentido específico, *Derecho de conflictos*, aun cuando la resolución del conflicto pueda recaer preponderantemente en favor del principio de libertad —economía de mercado— o preponderantemente en favor del principio de sujeción —economía estatalizada—²².

Mas, aunque así haya unas referencias que puedan servir para hallar o identificar a este Derecho, parece conveniente ocuparnos de otras perspectivas y puntualizaciones. Más aún teniendo en cuenta el interés que pueden presentar para concretar la significación del Derecho económico frente al marco tradicional de las disciplinas jurídicas y, muy especialmente, frente al Derecho mercantil —objeto preferente de nuestra atención.

3. CONCEPCIONES «METODOLÓGICAS» DEL DERECHO ECONÓMICO

Advirtamos, en efecto, antes de intentar otras precisiones, que del Derecho económico se puede tener una concepción «metodológica»²³. Se trataría —como lo explica RUBIO— de «un modo nuevo y más adecuado de analizar jurídicamente la problemática económica de nuestro tiem-

para la precisión de su pensamiento, las referencias cronológicas.

²⁰ HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, cit., p. 10. Concepción que es aceptada por RAUSCHENBACH: *Wirtschaftsrecht mit Kartellrecht*, cit., p. 18.

²¹ «Unter Wirtschaftsrecht —dice literalmente— wird hier verstanden das Sonderrecht der in der Wirtschaft tätigen Kräfte, also der Unternehmer und der Arbeitnehmer, insoweit sich in ihm die Auseinandersetzung um die Ordnung der Wirtschaft nach den Prinzipien der Freiheit und der Bindung widerspiegelt» (*ob. cit.*, p. 10).

²² Así viene a explicarlo, con particulares matizaciones, HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, p. 11.

²³ Pueden verse a este respecto, por ejemplo, las informaciones y puntualizaciones de RUBIO: *Introducción...*, cit., pp. 170-172; GIRÓN TENA: *Apuntes...*, cit., páginas 87-88; MERTENS: *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 63-64.



po»; pero no se acotaría así un sector de relaciones sociales, más o menos objetivamente. Se parte de una nueva actitud del Estado respecto de la economía —actitud directora—, cuyas manifestaciones podrán hallarse tanto en el Derecho público como en el privado. No podrá, así, ser estudiado y aplicado el nuevo Derecho con los esquemas lógico-formales acostumbrados, sino atendiendo a las necesidades de las nuevas finalidades económicas ²⁴.

El Derecho de la Economía es —dice LONGO— una «disciplina rebelde a toda rígida predeterminación de confines, porque fundamentalmente desarrolla (una) función integradora de las materias tradicionales, en cuanto, procediendo según esquemas teleológico-prácticos... recoge cuanto escapa o cuanto es mal considerado en el ámbito de las disciplinas tradicionales mismas» ²⁵; se trata de una materia de confines variables según el momento económico-social ²⁶; el Derecho de la economía «rechaza la calificación de disciplina especializada porque tiende a una generalidad integradora de las disciplinas tradicionales, y se contrapone a dichas disciplinas no tanto por la diversidad del objeto cuanto por el método de estudio» ²⁷.

En otros términos: cabe partir de la multiplicidad y diversidad de normas concernientes a la vida económica (Derecho mercantil, Derecho tributario, Derecho laboral, Derecho administrativo...) y advertir cómo, pese a esa diversidad, o como superación de ella, es menester llevar a cabo una aplicación simultánea y aun coordinada de tantas normas; pues bien, ante tal planteamiento, JACQUEMIN y SCHRANS observan que «el Derecho económico, a través de sus técnicas, toma y unifica (*saisit et unifie*), en sus relaciones con lo económico, estas diversas reglas jurídicas» ²⁸. «Abandonando una perspectiva demasiado dependiente de

²⁴ Así viene a explicarlo RUBIO: *Introducción...*, pp. 170-171. V. también LONGO: «Il diritto dell'economia nella recente dottrina», en *Saggi critici di diritto dell'economia, Problemi di parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 43 y ss. (particularmente 46); del mismo autor: «Per una costruzione del diritto dell'economia: spunti problematici», en los mismos *Saggi...*, cit., pp. 63 y ss.; también del mismo autor: «Sulle prospettive concrete del diritto dell'economia», en *Saggi...*, cit., pp. 138, 142 y ss., 153 y 155.

²⁵ LONGO: *Sulle prospettive concrete del dir. dell'economia*, cit., p. 142.

²⁶ LONGO: *Sulle prospettive concrete...*, p. 143.

²⁷ LONGO: *Sulle prospettive concrete...*, p. 155. Véase también la síntesis que de algunas de sus tesis hace en la página 18 de las *premesse* de los *Saggi*, por los cuales citamos estos trabajos suyos, síntesis que recogemo *infra*, texto correspondiente a la nota 78; igualmente, v. p. 19 del propio LONGO.

²⁸ JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, pp. 87-88.

las categorías jurídicas tradicionales, pensamos, en efecto —añaden luego—, que el Derecho económico no es una nueva materia jurídica, sino una nueva óptica frente a materias tradicionales»²⁹. Es —dicen también— «menos una rama de la ciencia jurídica que una disciplina científica formada por los vínculos entre ciencia del Derecho y ciencia de la Economía»; viene a ser un método de acercamiento (*approche*), una técnica...; «implica un verdadero encuentro interdisciplinario y, por consiguiente, una comprensión de las relaciones fundamentales entre el Derecho y la Economía...»³⁰.

Mas, a pesar de la raigambre y de la «vigencia» parcial de las concepciones metodológicas³¹, procede prescindir aquí de ellas. En principio, porque —recogiendo observaciones de MERTENS³²— podríamos decir que tales diferenciaciones metodológicas apenas son adecuadas para delimitar un ámbito jurídico: el Derecho no es nunca, simplemente, una «fuerza cultural» autoritaria e investida de autoridad³³, sino que también —y siempre— supone un «programa de fines», de modo que entre la interpretación teleológica y la consideración de la política de la ley no hay una tajante diferencia. La apetencia de una mayor precisión —podríamos añadir— conduce a preguntarnos si un más *específico* contraste no se lograría interesándonos por las realidades materiales objeto de las normas. Porque si nos detenemos en aquella perspectiva «metodológica» quizá no se pueda sobrepasar una consideración genérica de la relación o del contraste entre el llamado «Derecho económico» y las ramas o sectores del Derecho concebidos según los criterios tradicionalmente utilizados. Y dado que el Derecho mercantil se configura, al menos desde una perspectiva bien caracterizadora (aunque no sea única), atendiendo a un criterio objetivo o material, parece legítimo preguntarnos por las realidades materiales que sean objeto de ese pretendido «Derecho económico» o «Derecho de la Economía».

²⁹ JACQUEMIN y SCHIRANS: *Le droit économique*, p. 90. El parangón que establece seguidamente con el llamado «Derecho comparado» refuerza o confirma la calificación de «metodológica» que, a nuestro modo de ver, procede atribuir a la posición de estos autores.

³⁰ JACQUEMIN y SCHIRANS: *Le droit économique*, p. 91.

³¹ V. sobre esto RUBIO: *Introducción...*, p. 171, texto y nota 61 (pp. 171-172).

³² MERTENS: *Wirtschaftsrecht...*, cit., p. 64.

³³ La expresión de MERTENS es: «autoritäre und autoritative Kulturmacht».

4. CONCEPCIONES DEL DERECHO ECONÓMICO EN QUE CABRÍA TENER EN CUENTA EL SECTOR DE RELACIONES OBJETO DE SUS NORMAS. EN PARTICULAR, LA CONCEPCIÓN AMPLIA

Procede, en fin, preguntarnos por aquellas otras concepciones que, al menos desde cierto punto de vista, ofrecen una mayor precisión. Especialmente interesaría, según lo apuntado, que esa precisión permitiera acotar un sector de relaciones sociales —y siempre que, por supuesto, tal acotamiento fuera viable y estuviera legitimado³⁴.

Pues bien, sin perjuicio de que luego volvamos más decididamente al intento de precisar las realidades materiales objeto de las normas, debe tenerse ya en cuenta que se pueden distinguir, con unos matices u otros, dos concepciones, una amplia y otra restringida o más precisa³⁵:

A) Según la concepción amplia, todas las normas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, en cuanto referidas a la vida económica, integrarian este Derecho. O, al menos, en cuanto supongan la participación del Estado —de un modo u otro— en la vida económica o la renuncia a la actitud abstencionista del Estado.

Dentro de una concepción amplia podrían distinguirse luego tres orientaciones³⁶:

a) la que entiende el Derecho económico como una extensión del Derecho mercantil clásico, al cual se añadirían la «disciplina de la economía y la organización profesional»;

b) la que, prescindiendo del Derecho mercantil como punto de partida, centra el Derecho económico en la noción de empresa: el Derecho económico sería así el conjunto de reglas, de Derecho público o de Derecho privado, aplicables a las empresas;

c) la que distingue entre un Derecho económico «general», que comprendería las instituciones jurídicas fundamentales de la actividad económica, y un Derecho económico «especial», que comprendería las

³⁴ Cfr. GIRÓN TENA: *El concepto del Derecho mercantil*, cit., p. 165; LONGO: *Sulle prospettive...*, cit., pp. 142-143.

³⁵ Cfr. las exposiciones de RUBIO: *Introducción...*, cit., pp. 170 y ss., y ahora especialmente, 172-174; GIRÓN TENA: *Apuntes...*, cit., pp. 87-88; CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, cit., pp. 142 y ss.; JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, cit., pp. 52 y ss. y, por su valor de síntesis y precisión, páginas 84 y ss.

³⁶ Como hacen JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, cit., p. 85, cuya síntesis recogemos ahora en el texto.



diversas medidas mediante las cuales los Poderes públicos intervienen activamente en la vida económica.

5. CONCEPCIÓN RESTRINGIDA

B) Según la concepción restringida, la expresión «Derecho económico» tiende a reservarse para el Derecho administrativo de la economía. Más precisamente, sería el Derecho de la economía dirigida. «Derecho económico —dirá sintéticamente RINCK— es el Derecho de la dirección de la economía»³⁷. Es —según JOHNSON— «el conjunto de medidas de soberanía por las cuales el Estado limita y controla la actividad económica; es el instrumento jurídico con cuya ayuda el Estado dirige y fomenta la economía»³⁸.

La concepción del Derecho económico como Derecho de la dirección de la Economía puede considerarse hoy predominante³⁹.

De acuerdo con ella, el contenido normativo será eminentemente público, aunque se utilicen también en él instituciones originariamente jurídico-privadas⁴⁰. Ha llegado incluso a decirse que el Derecho económico pertenece a los dos ámbitos —al jurídico-público y al jurídico-privado— y que precisamente en él guardan Derecho público y Derecho privado la más estrecha conexión⁴¹. Pero parece que han de ser los planteamien-

³⁷ «Wirtschaftsrecht ist das Recht der Wirtschaftslenkung» —RINCK: *Wirtschaftsrecht*, segunda edición, Köln y otras, 1969, p. 1—. «Objeto del Derecho económico —dice también, *ibidem*— es la dirección estatal de la Economía.» Más precisamente define RINCK el Derecho de la Economía como «el sistema de leyes y leyes-cuadro estatales (*staatliche Massnahmen*) para la dirección (*Lenkung*), la promoción (*Förderung*) o la limitación de la actividad productiva (*Erwerbstätigkeit*) independientes» (*ob. cit.*, pp. 3, núm. 7, y 9).

Véanse, para el Derecho inglés, las puntualizaciones de Clive M. SCHMITTHOFF: «Le concept de droit économique en Angleterre», en *Il diritto dell'economia*, 1967, páginas 19 y ss., especialmente 27 y ss.

³⁸ JOHNSON, E. L., «Economía. El derecho regulador de la economía», en *Marxismo y Democracia*, serie *Derecho*, tomo 2 (Madrid, Ediciones Rioduero (1975), p. 47, refiriéndose al concepto del Derecho económico en Occidente.

³⁹ Vide GIRÓN TENA: *Apuntes...*, cit., p. 88. Sin embargo, JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, cit., p. 87, creen que «la concepción estricta del Derecho económico es abandonada cada vez más». De todos modos, tal vez tengan una noción demasiado restrictiva de esa concepción estricta (*vide* pp. 84-85) y, aparte de eso, lo que pretendan sea justificar su concepción metodológica del Derecho económico, a la que llegan partiendo de la concepción amplia (*vide* pp. 87 y ss.).

⁴⁰ RUBIO: *Introducción...*, p. 174. Cfr. JOHNSON: *ob. cit.*, pp. 47-48.

⁴¹ RINCK: *Wirtschaftsrecht...*, cit., pp. 6, núm. 16, y 9. «Gerade hier sind öffentliches und privates Recht auf das engste verzahnt», advierte RINCK, p. 6.



tos y los contenidos jurídico-públicos los verdaderamente representativos.

Hay que advertir, por lo demás, que una concepción como la que acaba de indicarse, no excluye necesariamente una perspectiva en que se tengan en cuenta las valoraciones y la metodología especial que el Derecho económico pueda llevar consigo o pueda proyectar sobre el Ordenamiento. Así, el propio RINCK nos dirá también que el Derecho económico desarrolla sus propias valoraciones y un especial método técnico-jurídico, y que ha llegado así a ser una disciplina científico-jurídica independiente ⁴².

6. LA INEVITABLE REFERENCIA A LA EMPRESA

Pero, por el interés que tiene para la relación entre Derecho económico y Derecho mercantil, no hay que olvidar la necesaria presencia de la empresa en uno y otro, y cómo también la empresa pueda jugar como referencia objetiva a la hora de las concepciones o las delimitaciones ⁴³.

Así, puede considerarse ya clásico el punto de vista de KASKEL ⁴⁴, quien, allá por los años en que WIELAND formulara su concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa ⁴⁵, entendía al Derecho económico como un ámbito jurídico limitado al Derecho de los empresarios económicos ⁴⁶; se trataba de distinguir al Derecho económico, como Derecho de la empresa, frente al Derecho del trabajo.

Ya en nuestros días, KOPPENSTEINER (sin dejar de mencionar a otros autores en relación con este punto de vista) considera como lo más provechoso ver el «núcleo de cristalización» (*Kristallisationskern*) del

⁴² RINCK: *Wirtschaftsrecht...*, cit., p. 2, núm. 3.

⁴³ Téngase en cuenta la sistemática que, dentro de la concepción amplia, hemos expuesto *supra*, siguiendo a JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, p. 85.

⁴⁴ KASKEL: «Gegenstand und systematischer Aufbau des Wirtschaftsrechts...», en *Jur. Wochenschrift*, 1926, pp. 11 y ss., citado por HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, página 3 y, especialmente, 10; de esta autorizada exposición tomamos las precisiones del pensamiento de KASKEL, ante la imposibilidad de consultar directamente la fuente original. Añadamos que ya en 1921 publica KASKEL el trabajo «Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrecht», en *Recht und Wirtschaft*, 1921 (v. POLO: *El nuevo Derecho de la economía*, p. 300, texto y nota 26).

⁴⁵ La concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa se formula por WIELAND, como es bien sabido, en el tomo I de su *Handelsrecht*, en 1921. Véase la depurada exposición que de la doctrina de WIELAND ha hecho entre nosotros GRÓN TENA: *El concepto del Derecho mercantil*; cit., pp. 91 y ss.

⁴⁶ «Ein Rechtsbereich, der auf das Recht der wirtschaftlichen Unternehmer begrenzt ist», según la exposición de HUBER: *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, p. 10.

Derecho económico en la empresa (*Unternehmen*); pero este principio, sistematizador ha de ser completado —advierte el propio KOPPENSTEINER— con un segundo principio que apunta a la regulación de las condiciones-marco de lo económico todo⁴⁷.

Y CHAMPAUD, considerando a la empresa como «el objeto fundamental» del Derecho económico correspondiente al sistema económico de la Europa occidental, o «el centro del Derecho Económico», distingue tres sectores: 1.º, el de las estructuras y funcionamiento internos de la empresa; 2.º, el de las relaciones con las otras empresas (colaboración y competencia); 3.º, el de las relaciones con el Poder público (dividido en dos subsectores, según que el Estado intervenga como guardián del Orden público o como «director» de la Economía). Pues bien, según explica el mismo autor, estos sectores corresponden *grosso modo* a las diferentes concepciones del Derecho económico. El tercer sector corresponde a las concepciones restrictivas, mientras que la adición de los otros dos sectores corresponde a concepciones cada vez más amplias⁴⁸.

Ahora bien, tiene razón FARJAT cuando se opone a la tendencia a identificar Derecho económico y Derecho de la empresa. «Entendida en su sentido estricto —advierte FARJAT— esta definición ignora una esfera particularmente importante de los nuevos fenómenos: la organización global de la Economía»⁴⁹.

Si de la literatura extranjera⁵⁰ pasamos a la española, la cita de GIRÓN TENA resulta ineludible. En efecto, GIRÓN TENA, uno de los más característicos representantes de la concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa⁵¹, llega a apuntar, «extremando la actitud de síntesis», que el Derecho mercantil y el Derecho de la Economía sean «la misma cosa», esto es, «el Derecho especial de la organización empresarial productiva de bienes y servicios». «Si delegado en par-

⁴⁷ KOPPENSTEINER: *Wirtschaftsrecht...*, cit., p. 18. Puede distinguirse así, en la concepción de KOPPENSTEINER, entre una parte especial —la relativa a la empresa— y una parte general, partes que, sin embargo, según la crítica de MERTENS (*Wirtschaftsrecht...*, cit., p. 63, segunda columna), resultarían dispares (*disparat*).

⁴⁸ CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, cit., pp. 147-148.

⁴⁹ FARJAT: *Droit économique*, cit., pp. 14-15. El autor recuerda aquí la distinción, indicada por SAVATIER, entre el Derecho microeconómico y el Derecho macroeconómico.

⁵⁰ En la que, por supuesto, otras fuentes podrían ser aportadas. Vide las alusiones de KOPPENSTEINER: *loc. cit.*, y las de JACQUEMIN y SCHRANS: *ob. cit.*, p. 61 (con referencia aquí a la literatura belga).

⁵¹ Vide GIRÓN TENA: *El concepto del Derecho Mercantil*, cit., *passim*, pero especialmente pp. 154 y ss.



ticulares —añade—, será el Derecho Mercantil de Occidente; si llevado a cabo por empresas nacionalizadas, con mayor o menor autonomía, será el Derecho de la Economía de los países de Sistema económico de dirección central»⁵².

Parece haber aquí, en efecto, un recurso quizá exagerado a la síntesis, en el que se pierden los propios contornos antes atribuidos al Derecho económico. Si por éste ha de entenderse el Derecho de la dirección del sistema económico por el Estado⁵³, no parece que pueda quedar tal Derecho reducido a la regulación de la organización empresarial productiva (a menos que por tal se entienda un contenido que extravasa, sin duda, lo que ordinariamente se entiende por empresas u organizaciones productivas). En cuanto la dirección de la Economía no suponga necesariamente la asunción por parte del Estado de las actividades productivas, parece compatible con el Derecho económico la subsistencia de una normativa —todo lo reelaborada que se quiera— concierne a los empresarios y sus organizaciones y, sobre todo, a las formas jurídicas en que se traduce la actividad de aquéllos. Todo ello no excluye, sino que presupone la incidencia del nuevo Derecho de la Economía sobre las instituciones del Derecho mercantil, hasta llegar, incluso, a un replanteamiento de ellas en aras de un mejor servicio a la justicia y al bien común. Pero la admisión de esta incidencia no supone necesariamente un proceso de cancelación del Derecho mercantil.

⁵² GIRÓN TENA: *Apuntes de Derecho mercantil (Introducción)*, cit., p. 91.

En otro lugar («Dos conferencias sobre el estado de nuestra legislación mercantil», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XV, 1971, número 40, p. 29) el mismo autor dice que «el Derecho Mercantil... es Derecho de la Economía, referente al aparato empresarial productivo de bienes y servicios, correspondiente a un sistema económico en que el Estado confía el interés público al ejercicio privado de la actividad económica por las organizaciones empresariales. El Derecho Mercantil es un Derecho de la Economía de una época y, hoy, de un sistema». Tal modo de expresarse quizá permita pensar que el Derecho mercantil no totaliza el contenido del Derecho económico, y que no puede identificarse, sin más, con éste; sería un Derecho económico, pero el Derecho económico no se confundiría con el Derecho mercantil... Sin embargo, poco después el autor alude al «contenido» o «instituciones» en términos que permiten pensar también en una pura y simple identificación entre Derecho mercantil y Derecho económico.

⁵³ Y tal concepción es admitida por el propio GIRÓN TENA como «la más congruente con los tiempos» y la que «ofrece una mayor eficacia individualizadora a efectos de delimitar una rama jurídica y no simplemente expresar una dimensión que afecte al ordenamiento todo»; con arreglo a ella —añade— «debe hacerse el cotejo con el Derecho Mercantil» (*Apuntes de Derecho Mercantil*, cit., pp. 88-89).



7. EL DERECHO ECONÓMICO EN LOS PAÍSES SOCIALISTAS

Pero, llegados a este punto, es hora de que nos preguntemos ya por el Derecho de la Economía en el marco de un sistema económico socialista o de rigurosa dirección central ⁵⁴.

Ante todo hay que tener en cuenta que la diferencia entre el Derecho económico occidental y el de los Estados socialistas se funda más bien en el objeto o fin a que sirve que en los métodos o instrumentos jurídicos aplicados —según observa JOHNSON—. Las limitaciones, reglamentaciones y medidas de supervisión del Derecho económico occidental sirven al fin de crear el marco adecuado dentro de la libre actividad empresarial; se trata de dificultar el abuso del poder económico, de garantizar la capacidad funcional de la Economía... En cambio, el Derecho económico de los Estados socialistas sirve como instrumento con cuya ayuda todo el proceso económico puede ser sometido a control estatal, mediante un sistema en el que toda la vida económica del Estado es planificada ⁵⁵.

Pues bien, sobre la base de estas diferencias y también sobre la base de una estructuración de las disciplinas jurídicas que puede diferir de la occidental, hay que advertir que se ha planteado el problema de la

⁵⁴ Sobre el Derecho económico en los países socialistas pueden verse, entre las fuentes recientes y fácilmente asequibles, FARJAT: *Droit économique*, cit., pp. 11-12 y 321 y ss.; JOHNSON, Eduard L., «Economía. El Derecho regulador de la economía», en la colección *Marxismo y Derecho*, cit., pp. 47 y ss.; JACQUEMIN, A., y SCHRANS, G., *Le droit économique*, cit., pp. 81 y ss.; EÖRSY, G., «Réflexions sur le problème du droit commercial et du droit économique», en M. ROTONDI: *Inchieste di diritto privato*, 3, *L'unità del diritto des obligations...*, Padova, Cedam, 1974, pp. 63 y ss., especialmente 74 y ss.; GIRÓN TENA: *Apuntes de Derecho mercantil*, cit., pp. 93 y ss.; VICENT CHULIA, F., «El Derecho mercantil del neocapitalismo», en *RDM*, núm. 139 (1976), pp. 7 y ss., especialmente 25-28; TALLON, D., «Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial», en *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (1974), p. 650 (se trata, aquí, de una simple referencia).

También, véanse otras fuentes que luego citamos.

⁵⁵ JOHNSON: «Economía. El Derecho regulador de la Economía», cit., pp. 54-55. Según este mismo autor, *ob. cit.*, p. 51, por Derecho económico se entiende generalmente en la URSS «el conjunto de preceptos legales sobre planificación económica, relaciones entre autoridades administrativas y organizaciones económicas, y estas organizaciones económicas entre sí». Una definición más detallada, en la página siguiente.

FARJAT, esquematizando, apunta esta definición del Derecho económico socialista: «Derecho de la propiedad colectiva de los medios de producción y de la organización económica» (*Droit économique*, cit., p. 11).



autonomía del Derecho económico. Así, en la URSS, nutrido de normas procedentes del Derecho administrativo, del Derecho tributario y del Derecho civil⁵⁶, no parece que haya adquirido la autonomía o independencia que la doctrina —o un sector importante de la doctrina— ha propugnado; en cambio, sí parece lograrla en Checoslovaquia —donde es bien significativo el Código Económico de 4 de junio de 1964, independiente del Código civil del mismo año— y en la República Democrática Alemana⁵⁷.

⁵⁶ Sobre el significado del Derecho civil soviético puede verse la colaboración de René DEKKERS, en la colección citada *Marxismo y Democracia*, vol. cit., sub voce «Derecho privado», especialmente pp. 29 y ss.

En general, procede tener en cuenta, como es obvio, el sentido que a la expresión «Derecho civil» se atribuye en los países socialistas. Véase, por ejemplo, Aurelian IONASCO: «Le caractère uniforme du droit des obligations dans la plupart des pays socialistes», en M. ROTONDI: *Inchieste di diritto comparato*, 3, *L'unità du droit des obligations...*, Padova, Cedam, 1974, pp. 228-229.

⁵⁷ Vide JOHNSON: *ob. cit.*, pp. 51-52; DEKKERS: *ob. cit.*, p. 31; GIRÓN TENA: *Apuntes...*, cit., pp. 94-95; JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, cit., pp. 82-84; FARJAT: *Droit économique*, cit., pp. 357-358; EÖRSI: *Réflexions sur le problème...* cit., pp. 76 y ss.; IONASCO, A., «Le caractère uniforme du droit des obligations dans la plupart des pays socialistes», en M. ROTONDI: *Inchieste di diritto comparato*, 3, cit., pp. 223 y ss., especialmente 228 y ss.

En Checoslovaquia las relaciones jurídicas patrimoniales se encuentran reguladas en tres Códigos independientes y separados: el Código Civil (de 5 de marzo de 1964), el Código Económico (de 4 de junio de 1964) y el Código del Comercio Exterior (de 18 de diciembre de 1963). Véase sobre esto la información que ofrecen Theodor DONNER: «La sistemazione dei rapporti giuridici patrimoniali nel diritto cecoslovacco», en ROTONDI: *Inchieste di diritto comparato*, 3, cit., pp. 45 y ss.; Viktor KNAPP: «La réglementation juridique des rapports commerciaux en Tchécoslovaquie», en el mismo libro colectivo, pp. 219 y ss., y Aurelian IONASCO: «Le caractère uniforme du droit des obligations dans la plupart des pays socialistes», cit., páginas 223 y ss.

En Polonia —según informa Witold WARKALLO: «L'unité du droit des obligations en droit polonais», en el mismo libro colectivo, p. 594— ha triunfado, en cambio, el principio de la unidad del Derecho civil, esto es, se han suprimido las tendencias a constituir bajo la forma del «Derecho económico» una rama del Derecho separada. Pero —advierte también el mismo autor, p. 596— «se garantiza cierta libertad o —me atrevería a decirlo— autonomía al Derecho que no regula más que las relaciones entre unidades de la economía socialista, al Derecho que se podría llamar más brevemente Derecho económico. Esta "libertad" del Derecho llamado económico resulta del hecho de que el Consejo de Ministros tiene el derecho de regular las relaciones entre las unidades... de un modo distinto que el previsto en el C. C., si las necesidades de la economía socializada lo exigen». Con base en éste y en algún otro dato se puede decir que «el Derecho económico —según concluye WARKALLO— goza de cierta libertad, o incluso autonomía, en el ámbito del Derecho substancial y en el del procedimiento».



Bajo las condiciones socialistas —llega a decir EÖRSI, profesor de la Universidad de Budapest— «la concepción del Derecho económico desempeña las mismas funciones que las del Derecho mercantil: emprende una separación del Derecho de la actividad económica». Difiere, no obstante —advierte el mismo autor—, en dos aspectos: a) es propio de su esencia el unir a priori elementos del Derecho administrativo y del Derecho civil; b) rompe integralmente con el Código civil: no recurre a él ni aun a título subsidiario⁵⁸. Dentro del Derecho económico deben incluirse temas como la planificación de la Economía, la dirección y el control ejercido por el Estado, el estatuto jurídico de los *trusts*, de las uniones y de las empresas, los contratos celebrados en esta esfera, la responsabilidad por las «rupturas» de contrato...⁵⁹.

Sea como sea, parece advertirse en los países socialistas la existencia de un Derecho económico privado que mantiene un gran paralelismo con el Derecho económico privado de los países capitalistas, esto es, con el Derecho mercantil en sentido amplio o con el Derecho mercantil concebido «sustancialmente»⁶⁰; se trata de una legislación que, en el marco de una economía planificada, aspira a normalizar las relaciones de producción sobre la base de la igualdad y aun de una cierta libertad en la contratación entre las organizaciones productivas⁶¹.

8. EL CARÁCTER «INSTRUMENTAL» DEL DERECHO ECONÓMICO

En relación con todo lo apuntado, procede referirse, aunque sea brevemente, a la perspectiva de instrumentalización que el Derecho económico ofrece⁶².

No hace falta, a nuestro modo de ver, reducirse a la concepción metodológica para advertir en este Derecho su «fundamental» carácter «instrumentalista» —según la expresión que emplean, por ejemplo, JACQUEMIN y SCHRANS⁶³—. Cuando estos autores advierten que «la regla

⁵⁸ EÖRSI: «Réflexions sur le problème du droit commercial et du droit économique», cit., p. 76.

⁵⁹ EÖRSI: «Réflexions sur le problème du droit commercial et du droit économique», cit., pp. 78-79.

⁶⁰ Vide VICENT CHULIA: *El Derecho mercantil del neocapitalismo*, cit., pp. 28 y 68.

⁶¹ VICENT CHULIA: *El Derecho mercantil del neocapitalismo*, cit., p. 28.

⁶² Perspectiva con la que hay que contar no sólo en los países de economía socialista, sino también en los de economía de mercado. (Vide la observación de FARJAT: *Droit économique*, cit., p. 16.) No obstante aquí volvemos de nuevo a tener presente como referencia básica los sistemas de economía de mercado.

⁶³ JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, p. 96. V. también FARJAT: *Droit économique*, pp. 16, 381, 387.



de Derecho se presenta, en efecto, como un instrumento destinado a ejercer lo más eficazmente posible ciertas funciones frente a la Economía» y que el Derecho se concibe «al servicio de la Economía»⁶⁴, expresan una característica que, aunque planteada en una concepción metodológica del Derecho económico, puede valer también —así nos parece— para una concepción de éste como Derecho de la dirección de la Economía.

Entendido en este sentido, parece obligado contar, junto con las leyes en el sentido tradicional de la expresión, con las «leyes-cuadro» y las previsiones y medidas de (posible) diversa índole⁶⁵. No será raro hallar, en el ámbito de tal Derecho, el recurso a las delegaciones legislativas o a las delegaciones de competencias⁶⁶. El Derecho económico se caracterizará por su movilidad⁶⁷. Será terreno propicio para las normas y medidas de corta duración⁶⁸ y, en suma, para aquel fenómeno que Carl SCHMITT llamara de la «motorización de la ley» o del «legislador motorizado»⁶⁹.

La movilidad del Derecho de la Economía puede afectar, incluso, a los supuestos de hecho o, en general, a las concretas realidades materiales sobre las que se proyecte la acción directora del Estado. En otros términos, el ámbito de aplicación puede cambiar, y es natural que cambie conforme a las tendencias y necesidades sociales⁷⁰.

La dimensión «instrumental» del Derecho económico ha de repercutir igualmente sobre el plano de la interpretación y aplicación de las normas⁷¹. Tanto las normas como las medidas del Poder público no pueden ser entendidas sino en función de unos determinados fines

⁶⁴ JACQUEMIN y SCHRANS: *ibid.*

⁶⁵ Recuérdese la referencia de RINCK a las *staatlichen Massnahmen* en su definición del Derecho de la Economía, recogida en nota *supra*.

Cfr. José Luis de los Mozos, *Derecho civil español*, I, *Parte general*, vol. I, Introducción al Derecho civil, Salamanca, 1977, pp. 114-117.

⁶⁶ Vide JOHNSON: trabajo cit., pp. 48-49. Cfr. MARTÍN MATEO y SOSA WAGNER: *Derecho administrativo económico*, segunda edición, Madrid (1977), pp. 20-21.

⁶⁷ JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, pp. 55-56, citando a JEANTET, y páginas 97 y ss; FARJAT: *Droit économique*, pp. 385, 391-392.

⁶⁸ Vide, igualmente, JOHNSON: *ob. cit.*, p. 48.

⁶⁹ SCHMITT, C.: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag (1950), pp. 18 y ss.; también publicado en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot (1958), pp. 386 y ss., y, especialmente, para lo citado en el texto, pp. 404 y ss.

⁷⁰ José Luis de los Mozos, *Derecho civil español*, I, *Parte general*, vol. I, cit., página 115.

⁷¹ Así lo advierten también JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, p. 97.

u objetivos. Diríase que la necesidad de atender «al espíritu y finalidad» de las normas, apuntada en el artículo 3, párrafo 1.º *in fine*, de nuestro Código civil, se refuerza en este caso. El recurso a la «naturaleza de las cosas» no puede ser olvidado⁷². Por otra parte, fijándonos en las repercusiones orgánicas, la incidencia del Derecho económico puede traer la consecuencia de que se reduzca el papel del juez y que se incremente, en cambio, el papel de las autoridades administrativas, a la hora de interpretar las normas⁷³. No hay que olvidar, en fin, la importancia que la Administración pública ha de tener a la hora de aplicar y desarrollar las previsiones del Derecho económico.

En general, puede decirse que el Derecho económico manifiesta lo que se ha llamado la «desjuridización» del Derecho⁷⁴.

9. LA IRREDUCTIBILIDAD A CIERTAS CATEGORÍAS O DEMARCACIONES USUALES DE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA COMPLEJIDAD DE LOS INTERESES EN JUEGO

Junto al carácter «instrumentalista» detectado en el Derecho económico, otros caracteres o particularidades —que no dejan de estar relacionados con aquél— deben igualmente tenerse en cuenta cuando se intenta acceder al conocimiento de tal Derecho.

A) Así, ante todo, debe advertirse que se ha entendido al Derecho económico como algo irreductible a las categorías o demarcaciones usuales de la ciencia jurídica.

En efecto, en primer lugar, frente a la clásica distinción entre un «Derecho privado» y un «Derecho público», HEDEMANN observaba que el Derecho económico «está por encima de aquel viejo y clásico contraste» y que «científicamente se ata a sí mismo las manos quien aferrándose fuertemente a esta contraposición pretenda caracterizar como *Derecho público o como Derecho privado* las poderosas manifestaciones del Derecho económico», que es «una manifestación absolutamente

⁷² Conviene recordar la sugerencia de BOBBIO en el sentido de que «el recurso a la naturaleza de las cosas no difiere de la interpretación llamada teleológica» («Droit et nature des choses dans la philosophie du droit italienne», en *Droit et Nature des Choses*, Travaux du colloque de Philosophie du droit comparé, París, Dalloz, 1965, p. 206; *vide* también las dos páginas anteriores).

⁷³ *Vide* JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, p. 97; puede verse también el desarrollo que hace en las pp. 107 y ss., aportando datos bien precisos del Derecho europeo.

⁷⁴ FARJAT: *Droit économique*, pp. 385, 389 y, sobre todo, 392 y ss. (*La «déjuridicisation» du droit*).

peculiar»⁷⁵. Nos parece que es preciso admitir —dirá bastantes años después CHAMPAUD— que el Derecho económico no es ni «privatista» ni «publicista»; «se sitúa precisamente fuera de estas antiguas categorías»⁷⁶. Estas u otras manifestaciones semejantes que puedan hallarse en la literatura⁷⁷ nada tienen de sorprendente si se cuenta, por un lado, con el replanteamiento sistemático y metodológico que el advenimiento del Derecho económico supone y, por otro lado, con la actual obsolescencia y la obligada superación de la distinción entre un Derecho público y un Derecho privado.

En términos quizá más moderados o matizados se puede decir, asimismo, con LONGO, que «el Derecho de la economía es público y privado, se sitúa con funciones de coordinación de disciplinas diversas y hace de parte general para muchas disciplinas más particularistas; se contrapone a las tradicionales ramas jurídicas no tanto por la diversidad del objeto cuanto por la diversidad de método y de sistemática; propone toda una serie de temas generales; y muestra, en fin, una destacada vocación por la política legislativa»⁷⁸.

Incluso se ha hablado del «error» de querer definir al Derecho económico como disciplina jurídica, esto es, como un cuerpo de reglas particulares y homogéneas cuyo estudio y enseñanza constituirían una especialidad; más que una disciplina —se ha dicho—, es «un orden jurídico» que responde a las normas y necesidades de una civilización aún en formación; «no es una nueva rama del Derecho, sino un Derecho nuevo que coexiste con los cuerpos de las reglas jurídicas tradicionales...» (CHAMPAUD)⁷⁹.

Cierto es que a través de estas, o de muchas de estas, observaciones, cabe llegar a una concepción «metodológica» del Derecho económico. Pero, a nuestro modo de ver, hay ahí la detección de ciertas

⁷⁵ HEDEMANN: «El Derecho económico. Un dominio fundamental de la vida jurídica europea» (traducción de A. POLO, en *RDPriv*, 1943, p. 279.

⁷⁶ CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, cit., p. 146, articulando estas observaciones con una concepción amplia del ámbito de este Derecho.

⁷⁷ Vide LONGO: *Il diritto dell'economia nella recente dottrina*, cit., pp. 45-46; del mismo autor: *Per una costruzione del diritto dell'economia...*, cit., pp. 66 y ss. —número 9—, especialmente p. 69. Cfr. LEVI: «Una nuova classificazione giuridica: diritto dell'economia», en *Riv. di dir. agrario*, año 51.º (1972), pp. 485-487.

⁷⁸ LONGO, en las *premesse* de los *Saggi critici di diritto dell'economia*, p. 18, sintetizando sus tesis a este respecto.

⁷⁹ CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, cit., p. 146, número 4.



particularidades que también pueden admitirse desde una concepción de tal Derecho apoyada en otras referencias, por ejemplo, en la referencia a la dirección de la Economía por los Poderes públicos. Más aún: en algunas de esas observaciones puede descubrirse —como hemos apuntado antes— alguna nota que puede considerarse común a la elaboración y desarrollos actuales del Ordenamiento jurídico todo.

B) También hay que tener en cuenta —y con esto se desarrollan en parte algunas de las observaciones anteriores— que se ha reconocido al Derecho económico no ya la función de resolver conflictos entre dos intereses, sino entre tres. CHAMPAUD lo explica así: el Derecho público ha de resolver el conflicto entre el interés general y los intereses particulares; el Derecho privado, el conflicto entre intereses particulares; el Derecho económico, en cambio (en una economía de empresa), se encuentra ante tres intereses: el interés general, el interés propio de cada empresa y los intereses particulares de los individuos que concurren a su realización. Es un equilibrio triangular el que debe realizar y el que hace singularmente complicada la tarea de tal Derecho⁸⁰.

Observaciones éstas que son particularmente interesantes a la hora de aclarar las semejanzas y las desemejanzas entre el Derecho económico y el Derecho mercantil e intuir el futuro de este último.

Pero, a los fines de concretar mejor la relación entre un Derecho y otro desde la óptica de la articulación de las diversas ramas y sectores del Ordenamiento —y, por tanto, desde el punto de vista, asimismo, de la articulación de las diversas disciplinas y sectores del conocimiento jurídico— procede tener en cuenta lo que sigue.

10. LA CUESTIÓN RELATIVA A LA NATURALEZA DEL CONTENIDO DEL LLAMADO «DERECHO ECONÓMICO»

No hay que olvidar que el llamado «Derecho económico» plantea también o puede plantear el problema relativo a la naturaleza misma, primaria y caracterizadora, de su contenido. ¿Es éste exclusivamente jurídico? En caso de que lo sea, ¿es un contenido homogéneo o heterogéneo desde el punto de vista de las usuales demarcaciones de la ciencia jurídica? ¿Qué relación guarda el Derecho económico con las ramas del Derecho hasta ahora conocidas?

En cuanto a lo primero, no nos resistimos a transcribir la «fórmula» o «receta» de C. DEL MARMOL: «Póngase una medida de Derecho mer-

⁸⁰ CHAMPAUD: *Contribution à la définition...*, cit., pp. 149-150.



cantil; coloréese con pigmentos de Derecho social; añádase una buena dosis de Derecho fiscal y de Derecho administrativo; sazónese con una pizca de Derecho civil; espolvoréese abundantemente de Sociología y de Economía política; agítese a discreción y sírvase fresco bautizando este brevaje jurídico con una denominación: Derecho económico»⁸¹. Pero de este modo el «Derecho económico» es entendido, más bien, como un «Derecho de los negocios» (*droit des affaires*)⁸². Y hay que dejar constancia, ante todo, de esta posible confusión entre un concepto y otro⁸³. De la cual, no obstante, conviene salir. Se ha dicho por CHAMPAUD que no hay distinción real entre estos dos «Derechos nuevos», pero que el «Derecho de los negocios» representa esencialmente el aspecto práctico del «Derecho económico»: desembarazado al máximo de todo dogmatismo, se esfuerza en ser una «regla de acción», mientras que el «Derecho económico» aborda los mismos problemas desde un ángulo mucho más especulativo⁸⁴. Y JACQUEMIN y SCHRANS advertirán que el «Derecho de los negocios» parece no constituir más que una parte del «Derecho económico»: el «Derecho microeconómico» de las empresas, por oposición al «Derecho macroeconómico» del conjunto de la economía⁸⁵. En todo caso, entendidos el Derecho económico y el Derecho de los negocios en la misma línea conceptual, estaríamos en la noción amplia de aquél. Noción que no parece aceptable por su vaguedad y porque no refleja una coordinación o unidad de acción legislativa. Noción que, además, no justificaría el abandono, a efectos científicos, de las demarcaciones ya existentes en la ciencia jurídica, demarcaciones de cuyo contenido se nutriría tal Derecho pretendidamente «nuevo»⁸⁶.

⁸¹ C. DEL MARMOL, en *La Revue Nouvelle*, octubre de 1954, p. 260, cit. por DE CALUWÉ, DELCORDE y LEURQUIN: *Les pratiques du commerce*, tomo I, cit., p. 12, núm. 13, y por JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, cit., p. 61. No solamente los problemas de Derecho económico no son jamás simples —dice CHAMPAUD—, sino que no pueden ser resueltos por la sola aplicación de las técnicas jurídicas y por un razonamiento puramente jurídico; el «especialista» del Derecho económico no podría ser solamente jurista (*Contribution à la définition du droit économique*, cit., página 151; v. todo este núm. 7, pp. 150-151).

⁸² Efectivamente, en esta línea conceptual se encuentra situado el autor citado.

⁸³ Son interesantes a este respecto las observaciones de RUBIO: *Introducción...*, cit., pp. 173-174, nota 64, y de CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, pp. 141-142, texto y nota 2.

⁸⁴ CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, cit., nota 2, pp. 141-142.

⁸⁵ JACQUEMIN y SCHRANS: *Le droit économique*, p. 59 (al referirse a la doctrina francesa).

⁸⁶ Cfr. RUBIO: *Introducción...*, p. 172.

Con todo esto y con lo que se ha expuesto antes, es posible que quede puntualizado y aclarado un extremo de especial interés para concretar la relación entre Derecho mercantil y Derecho económico: el relativo a la homogeneidad o heterogeneidad de este Derecho desde el punto de vista de las demarcaciones usuales (ramas o sectores) del conocimiento jurídico y la relación de tal Derecho con esas ramas o sectores.

Parece evidente que si se pretende una concepción amplia del Derecho económico entrarán dentro de él normas de la más diversa índole: tanto de Derecho público como de Derecho privado, y, dentro de éste, no sólo de Derecho mercantil, sino de Derecho civil⁸⁷. En cambio, entendido el Derecho económico en un sentido restringido, estará integrado preferentemente por normas y medidas de Derecho público, aunque recurra a instituciones jurídico-privadas y repercuta agudamente sobre éstas⁸⁸.

11. SOBRE LA MATERIA QUE INTEGRA ESE CONTENIDO

Para precisar o detallar mejor la relación entre Derecho económico y Derecho mercantil conviene preguntarse no simplemente por la naturaleza del contenido del Derecho económico, sino por la trama misma de ese contenido, por las materias y temas de que se ocupa, especialmente cuando esto haya llegado a ser objeto de ciertas precisiones, y no sólo de una vaga indicación general.

Pues bien, parece que puede afirmarse con toda tranquilidad, a este respecto, que el Derecho económico extravasa el contenido propio de un Derecho mercantil. Tomemos algunos ejemplos.

En las puntualizaciones de Longo sobre la «trama de estudio» del Derecho de la Economía⁸⁹, podemos observar la presencia de materia de Derecho constitucional y de Derecho administrativo; la atención a los órganos y entes encargados de la disciplina de la economía productiva, así como al tema de la gestión de los bienes patrimoniales del

⁸⁷ Vid. CHAMPAUD: *Contribution à la définition...*, p. 143. Este autor explica, a propósito de la concepción amplia, que el Derecho mercantil, una parte del civil o del Derecho público, son ramas del Derecho económico, ramas cuya existencia ha precedido hace tiempo a la consciencia que los juristas han tomado de este Derecho.

⁸⁸ Vide RUBIO: *Introducción...*, cit., p. 174. Y lo que expusimos antes, al referirnos a esta concepción del Derecho económico como Derecho de la dirección pública de la Economía.

⁸⁹ LONGO: «Per una costruzione del diritto dell'economia: spunti problematici», en *Saggi...*, cit., pp. 73-80.



Estado y de los entes públicos territoriales; la referencia a los tres elementos —tierra, capital y trabajo— de la actividad económico productiva⁹⁰; etc. Pero es que, además, el propio autor se cuida de precisar que el Derecho económico tiene como predominante función práctica estudiar aquellas instituciones que escapan a la atención habitual de los cultivadores de las disciplinas tradicionales, y que se debe articular sobre la trama no de los esquemas lógico-formales de la ciencia jurídica, sino de las finalidades prácticas de las instituciones, y se debe plantear a través de los confines que señalan los tradicionales repartos de ramas jurídicas⁹¹.

En el programa de temas propuesto por CHAMPAUD, podemos hallar también materia que escapa o puede escapar del ámbito de un Derecho mercantil: relaciones entre la empresa y los trabajadores, reglamentaciones de las empresas por razón de su objeto, política de rentas...⁹².

Más recientemente, en la sistemática propuesta por RITTNER para un Derecho económico con inclusión del Derecho de la concurrencia, se puede observar la referencia a temas como los fundamentos jurídico-constitucionales, Administración económica, Derecho penal económico, agricultura y alimentación, minería, industria siderúrgica, industria de la energía eléctrica, artesanado, etc.⁹³, que revela cómo no coinciden el ámbito del Derecho económico con el ámbito del Derecho mercantil, aunque haya contactos entre ambos.

12. DERECHO ECONOMICO Y DERECHO MERCANTIL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS REALIDADES MATERIALES QUE CONSTITUYEN SU OBJETO Y DEL ENFOQUE CON QUE SON TRATADAS

De aquí podemos pasar ya a una puntualización que resulta de suyo particularmente interesante a los fines de establecer la relación entre Derecho económico y Derecho mercantil. El interés es evidente si se tiene en cuenta que el Derecho mercantil se configura básicamente (aun-

⁹⁰ En cuanto al *trabajo*, declara Longo (p. 78, *ob. cit.*) que no hay ninguna razón práctica para traer a este apartado lo que es de tradicional competencia del Derecho mercantil y del Derecho del Trabajo. En cuanto al *capital*, lo plantea también como un tema que excede del marco del Derecho mercantil (v. p. 79).

⁹¹ LONGO: *Per una costruzione del diritto dell'economia*, cit., p. 72.

⁹² CHAMPAUD: *Contribution à la définition du droit économique*, cit., pp. 152-154.

⁹³ RITTNER, F.: «Zur Systematik des Wirtschaftsrechts», en *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik...*, Berlín, Duncker & Humblot (1973), pp. 319 y ss., particularmente 336.



que no exclusivamente) atendiendo a las realidades materiales objeto de las normas. Pues bien, puede decirse que la realidad material a que se refiere el Derecho económico no queda circunscrita dentro de los límites de la realidad material objeto del Derecho mercantil. Este se refiere a la actividad económica de los empresarios en el tráfico, así como a estos mismos sujetos, desde una perspectiva de intereses, primordialmente privados, bien conocida. Aquél se refiere al ámbito económico general, y desde una perspectiva en que se tienen característicamente en cuenta los intereses generales.

Aunque publicadas hace ya más de una treintena de años, nos parece que todavía tienen vigencia las puntualizaciones de POLO y de GARRIGUES a este respecto.

«En un sentido amplio —decía en 1946 el profesor Antonio POLO— podría afirmarse que el Derecho de la economía lo integran los derechos de la producción agraria e industrial, de la circulación o comercio de los bienes y del consumo, sometidos todos ellos con carácter funcional a las exigencias del interés superior de la economía política. Concebido como derecho a través del cual alcanza expresión jurídica aquella vinculación de la economía, se comprende que no pueda desentenderse de ninguno de los ciclos económicos, proponiéndose como misión, por tanto, no solamente la regulación jurídica del proceso industrial y productivo, sino también la del destino ulterior de los bienes producidos en sus restantes fases de distribución y consumo, es decir, el proceso económico en su integridad...»⁸⁴. Y GARRIGUES en 1947 puntualizaba que mientras el Derecho económico está destinado a «ordenar el campo de las relaciones económicas concebidas en su conjunto y precisamente por cuanto dichas relaciones tienen naturaleza económica», el Derecho mercantil contiene «las normas jurídicas privadas destinadas a establecer

⁸⁴ POLO, A., «El nuevo Derecho de la Economía», en *RDM*, cit., pp. 407-408. Hemos prescindido de los subrayados en la transcripción.

A veintisiete años de distancia de aquellas puntualizaciones del profesor Antonio POLO, definen DE CALUWÉ, DELCORDE y LEURQUIN el Derecho económico por referencia al proceso económico en términos semejantes a como fue visto por el mercantilista español: para esos autores, tal Derecho no es sino «l'ensemble des règles (*lex lata*) et des connaissances (données assurant la création normative: *lex ferenda*) régissant ou permettant d'influencer la production, la circulation, la distribution et la consommation de biens» (*Les pratiques du commerce*, tomo I, Bruxelles, Larquier, 1973, p. 22, núm. 26). Hay que advertir, por lo demás, que para estos autores el Derecho mercantil pasaría a ser una parte del Derecho económico (v. *ob. cit.*, página 26).

y regular las instituciones a través de las cuales hayan de canalizarse las actividades de las empresas privadas mercantiles»⁹⁵.

La realidad económica a la que se refiere el Derecho de la Economía es, pues, más extensa que aquella que constituye el objeto del Derecho mercantil. Y es contemplada, además, desde una perspectiva diversa. El Derecho económico atiende al interés social en términos a los que no llega —al menos directamente— el Derecho mercantil⁹⁶. Ocupa, en una de sus más características parcelas, un plano superior, expresa desde allí las directrices de la política económica y delimita el marco y el ambiente dentro del cual habrán de vivir las instituciones jurídico-privadas mercantiles⁹⁷.

No parece, pues, que la proposición y desarrollo de un Derecho de la Economía deba suponer necesariamente la «liquidación» del Derecho mercantil⁹⁸. Por el contrario, éste sigue mostrándose como un conjunto especial de normas y conocimientos que responden a unas efectivas realidades materiales y puede proporcionar al Derecho económico unos cuadros conceptuales y unos instrumentos técnicos que pueden ser de insustituible utilidad para ese nuevo Derecho⁹⁹. El cual, por su parte, puede desarrollar una función integradora y perfeccionadora, pero no necesariamente sustitutiva o excluyente, frente al Derecho mercantil. Recordemos las observaciones de LONGO sobre la función del Derecho

⁹⁵ GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, vol. 1.º, Madrid (1947), número 27, p. 46.

⁹⁶ V. LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, I, p. 59.

⁹⁷ Vide GARRIGUES: *Tratado*, I-1, p. 46; POLO: *El nuevo Derecho de la Economía*, cit., pp. 407 y 410; LANGLE: *Manual...*, I, pp. 59-60; URÍA: *Derecho mercantil*, undécima edición, Madrid, 1976, núm. 3, pp. 7-8.

Dentro del Derecho de la Economía cabe distinguir una importante parcela o rama de Derecho constitucional: véase LONGO: *Per una costruzione del diritto dell'economia*, cit., p. 76, y *Sulle prospettive concrete del diritto dell'economia*, cit., página 147; RITTNER: *Zur Systematik des Wirtschaftsrechts*, cit., pp. 330 y 336; SANTOS BRIZ: *Derecho económico y Derecho civil*, cit., pp. 86 y ss. Téngase en cuenta también lo que expusimos al comienzo de este trabajo y las fuentes allí citadas.

Aquí digamos, por lo demás, que SAVATIER parece contrario a reconocer la presencia de un Derecho económico en el marco del Derecho constitucional; un ámbito que merezca el nombre de «Derecho económico» se situaría, según él, en escalones inferiores —a partir del Derecho administrativo— (v. su trabajo «L'enseignement du droit économique dans les Pays non socialistes», en *Il diritto dell'economia*, 1967, pp. 1 y ss., particularmente p. 6).

⁹⁸ Una previsión de la disolución del Derecho mercantil entre el Derecho civil y el Derecho económico puede verse en SAVATIER: *L'enseignement du droit économique dans les pays non socialistes*, cit., pp. 10 y ss.

⁹⁹ Vid. POLO: *El nuevo Derecho de la Economía*, cit., p. 410.

económico integrando materias tradicionales, en cuanto, procediendo según esquemas teleológico-prácticos, recoge cuanto escapa o es mal considerado en el ámbito de las disciplinas tradicionales¹⁰⁰. El Derecho económico no se sitúa —según LONGO— en una posición de antinomia frente a las materias tradicionales o a las especializadas¹⁰¹. Por otra parte, no hay que olvidar el sistema de fuentes y de delimitación de la materia mercantil que el legislador haya establecido. Con ello inexcusablemente hay que contar. Mas, esto supuesto, la legislación económica puede significar la renovación y perfeccionamiento de los viejos esquemas jurídico-mercantiles, el replanteamiento de la normativa mercantil sobre nuevas bases y una mejor reordenación de este Derecho del tráfico hacia el bien común y la justicia¹⁰². De nuevo habrá que recordar, como ha hecho GROSSO, la distinción entre *ius* y *lex*, entre *ius civile* y *ius honorarium*, entre los Códigos y las leyes especiales¹⁰³. A través de éstas puede llegar, en efecto, la renovación y adaptación del viejo Derecho mercantil. Por obra del nuevo Derecho económico, que ha sido calificado como Derecho dinámico y de acción¹⁰⁴.

13. PUNTUALIZACIONES PARA LA DISTINCIÓN Y RELACIONES ENTRE DERECHO ECONÓMICO Y DERECHO MERCANTIL

Como resultado, aunque sea parcial, de lo que ha quedado expuesto, creemos que se pueden hacer algunas puntualizaciones acerca de la

¹⁰⁰ LONGO: *Sulle prospettive concrete del diritto dell'economia*, p. 142.

¹⁰¹ LONGO: *Sulle prospettive...*, p. 156.

¹⁰² Ya en 1947, al aparecer la *Nuova Rivista*, decía MOSSA que es verdaderamente el Derecho de la Economía el llamado a dictar «los postulados básicos para el desarrollo del Derecho mercantil», y no sólo de éste, sino también del Derecho laboral, y del Derecho más general («Diritto commerciale diritto dell'economia diritto sociale», en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale Diritto dell'economia Diritto sociale*, vol. I (1947-48), I, p. 3).

¹⁰³ GROSSO: «Realtà giuridica effettuale e tradizionalismo giuridico», en *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 898.

¹⁰⁴ «En realidad, la gran distinción entre el Derecho económico y las otras disciplinas jurídicas es que el primero es un Derecho "a priori", un Derecho dinámico, un Derecho de acción, allí donde los otros constituyen un Derecho "a posteriori", un Derecho estático, un Derecho de comportamiento, según normas preestablecidas. Mucho más que el Derecho tradicional, el Derecho económico es una forma de acción política tendente a la realización de un orden jurídico determinado, pero fluctuante en razón de la evolución económica, cuyas leyes, aunque conocidas, contienen sin embargo un porcentaje de incertidumbre» (DE CALUWÉ, DELCORDE y LEURQUIN: *Les pratiques du commerce*, cit., pp. 18, núm. 21).



distinción y la relación entre Derecho económico y Derecho mercantil:

1.º En cuanto a *la situación y realidad actuales* de un Derecho y otro. Parece inaceptable la pretensión de confundir Derecho económico con Derecho mercantil, aunque sea bajo la aceptación del Derecho económico como el resultado de un proceso de transformación o replanteamiento del viejo Derecho mercantil¹⁰⁵. Si nadie podría mantener que el Derecho mercantil permanezca impermeable a los desarrollos de la legislación económica, también parece insostenible, hoy por hoy, la otra posición extrema: la que pretenda reducir todo a Derecho económico. El Derecho mercantil está ahí. El sistema de fuentes, el contenido (aunque renovado), las realidades materiales heredadas de los antiguos supuestos de hecho, todo un conjunto de normas, de jurisprudencia y de doctrina están ahí... El Derecho económico, hoy por hoy, convive con el Derecho mercantil, pero no lo aniquila. El Derecho económico, hoy por hoy, renueva al Derecho mercantil, lo vivifica, pero no lo extingue.

2.º En cuanto a *la naturaleza de las normas y a los intereses en juego*. Planteado tradicionalmente el Derecho mercantil (por lo menos en una tradición bien cercana a nosotros) como un Derecho privado, el Derecho económico, en cambio, se ha considerado como posible receptáculo de normas jurídico-privadas y jurídico-públicas, o, sencillamente, como un Derecho de contenido eminentemente público (Derecho administrativo de la economía o Derecho de la economía dirigida)¹⁰⁶. Ahora bien, así como es relativa y revisable la distinción entre un

¹⁰⁵ Este punto de vista, cuya tentación es fácil de sentir, parece ser el de VAN RYN, por ejemplo. *Vide* sus *Principes de droit commercial*, tomo I, Bruxelles, 1954, números 1 (p. 3), 3 (pp. 5-6), 4 y 5 (pp. 6-8). El «Derecho mercantil» es para este autor el conjunto de reglas jurídicas que, en un país determinado, traducen en términos jurídicos el armazón y los mecanismos de la actividad económica; pero, según él, su dominio invade, en medida variable, los de los Derechos penal, administrativo y procesal. A su juicio, más que una «absorción» del Derecho mercantil por el Derecho público y por el Derecho administrativo, lo que hay, en la evolución actual, es un desarrollo nuevo y una transformación del Derecho económico mismo (núm. 1, p. 3). Parece darse aquí una petición de principio. Si frente a una realidad legislativa y doctrinal que conocemos con el nombre (convencional, eso sí) de «Derecho mercantil», nos hallamos con otra realidad constituida por un conjunto de normas y previsiones del Poder público encaminadas a intervenir y dirigir la Economía en general (no sólo aquella realidad material que, aun ensanchada, venía siendo atribuida al «Derecho mercantil»), parece difícil admitir que estas nuevas normas y previsiones —obra de la acción del Estado, no producto espontáneo del tráfico— sean, simplemente, un desarrollo o evolución de aquel viejo Derecho.

¹⁰⁶ *Vide* de nuevo RUBIO: *Introducción...*, p. 174. Cfr. JOHNSON: «Economía. El Derecho regulador de la Economía», en *Marxismo y Democracia*, cit., pp. 47-48.



Derecho público y un Derecho privado, así también sería relativa y estaría privada de suficiente representatividad una distinción entre el Derecho económico y el Derecho mercantil que pretendiera fundamentarse en esas calificaciones formales de las normas. Si se advierte la inaplicabilidad, al Derecho económico, de las valoraciones o planteamientos propios de un Derecho privado o, más aún, propios de la distinción entre un Derecho privado y un Derecho público, lo mismo habría que decir del Derecho mercantil de nuestros días ¹⁰⁷. Derecho en el que se entremezclan las normas privadas con las públicas. Derecho en el que una misma ordenación jurídica presenta los dos caracteres, público y privado. Derecho, en fin, en cuyo ámbito cabe hallar también esos tres intereses de que habla CHAMPAUD a propósito del Derecho económico: el interés general, el propio de la empresa y el interés particular o individual.

3.º En cuanto a la significación y característica *instrumental* del Derecho económico. Una más clara o evidente instrumentalización de su contenido, su mayor movilidad, el recurso a las leyes-cuadro y a las delegaciones legislativas y de competencias, atribuyen al Derecho económico unas características peculiares. Es cierto que estas características pueden darse también, en mayor o menor medida, en el Derecho mercantil. Pero, aparte de que, a impulsos del legislador económico, puedan aparecer en las zonas en que coinciden un Derecho y otro, no dejan de ofrecer unas posibilidades de distinción, aunque sea relativa.

4.º En cuanto a la *función* atribuida o reconocida a un Derecho y otro. No hay que olvidar la posible atribución al Derecho económico, de un sentido metodológico-interpretativo y de una función integradora.

¹⁰⁷ Refiriéndose al Derecho de la economía, BULLINGER: *Derecho público y Derecho privado*, traducción de Antonio Esteban Drake, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos (1976), pp. 114-115, escribe: «Las normas relativas a la concurrencia económica y a la protección jurídica de la propiedad industrial, las medidas referentes a los cárteles y a las empresas dominadoras del mercado, la protección aduanera y las limitaciones a la importación, la política monetaria y de precios, las subvenciones abiertas o encubiertas, los estímulos y obstáculos de carácter fiscal, entre otras muchas cosas, crean una serie de presupuestos que dificultan el que la actividad económica que los toma como base pueda ser entendida totalmente como actividad prestadora particular y propia, absolutamente exenta de injerencias estatales, o como comportamiento económico puramente privado y libre, que pueda ser valorado conforme a las reglas de un Derecho privado construido según el modelo de relaciones meramente individuales abstraídas del mundo del Estado.» Pues bien, si estas observaciones de BULLINGER se pueden hacer a propósito del Derecho de la economía, ¿no son igualmente aplicables al Derecho mercantil (que, por otra parte, también se ocupa de muchos de los problemas ahí enunciados)?

5.º En cuanto a la *materia* o realidad ordenada por un Derecho y otro. Hay que tener en cuenta el mayor alcance, la posible mayor complejidad y la heterogeneidad de la materia de que puede ocuparse el Derecho económico. El Derecho mercantil, en cambio, a través de su más precisa configuración histórica, y aunque tampoco le falte una cierta heterogeneidad material, se refiere principalmente a las actividades de los empresarios en el tráfico de bienes y servicios¹⁰⁸, a determinados e importantes aspectos concernientes a la estructura y régimen de esos mismos sujetos y a ciertos instrumentos jurídicos utilizados en ese tráfico. Aunque el Derecho económico se aplique a una zona de la realidad social regulada por el Derecho mercantil, también se extiende más allá de esa zona, tanto horizontalmente (supuestos de hecho extramercantiles) como verticalmente (en instancias superiores y distintas de aquellas en que se encuentra lo que venimos llamando «Derecho mercantil»).

VICENTE SANTOS

Profesor Agregado de Derecho mercantil

¹⁰⁸ Recordemos la alusión de GARRIGUES a «las actividades de las empresas privadas mercantiles», precisión que hace al establecer la comparación con el Derecho económico (*Tratado*, I-1, p. 46).





NOTAS Y COMENTARIOS



