



*Revista de Fomento Social*, 48 (1993), 513-533

## Legitimación y ajuste constitucional del derecho mercantil

---

*La Constitución española de 1978 establece por primera vez, en la historia del constitucionalismo español, una Constitución económica propiamente dicha, dotada de un importante bloque de normas de contenido específicamente socioeconómico, configuradoras de un sistema de economía social de mercado en el que la libertad de empresa se halla sujeta a las exigencias de la economía del país y al programa constitucional de objetivos socioeconómicos. De ahí la necesidad que tiene hoy el Derecho mercantil de revisar su legitimación histórica actual y ajustar su modelo de justicia a los imperativos socioeconómicos constitucionales, lo que obliga a una relectura constitucional del concepto y misión del Ordenamiento jurídico mercantil.*

---

Juan Ignacio FONT GALAN (\*)

(\*) Catedrático de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de Córdoba y Profesor de E.T.E.A. El autor agradece y destaca las valiosas aportaciones e inestimable colaboración de Javier PAGADOR LOPEZ y Luis M<sup>a</sup> MIRANDA SERRANO, Profesores de Derecho mercantil de la Universidad de Córdoba.

---

ESTUDIOS

## I. El impacto conceptual de la Constitución española de 1978 sobre el Derecho Mercantil. Introducción

El considerable empeño de la doctrina de nuestro siglo de superar la ya antigua fractura jurídica y económica entre Derecho mercantil y su materia regulada, determinada por la desviada y "desviante" concepción objetiva del Derecho mercantil, vertebrada en torno a la abstracción del "acto de comercio", tuvo como eje, ya desde principios de siglo, la *doctrina de la empresa*. En ella pretendió aislarse el "proprium" sistemático-conceptual del Derecho mercantil, su razón de ser, en cuanto rama autónoma del Ordenamiento jurídico. De esta suerte intentó la doctrina, no sin vacilaciones; ver en la empresa la institución básica de la organización económica del capitalismo y el esquema de racionalización y ordenación de la economía, encargado, además, de vertebrar y aglutinar la materia mercantil.

Sin embargo, el agudo pensamiento doctrinal generado por tal empeño no dejó de apreciar, igualmente, un considerable conjunto de quiebras y desajustes sistemático-conceptuales en las nacientes construcciones, que forzaron un replanteamiento de la cuestión.

En nuestros días, los fundamentos normativos y las líneas de fuerza conceptuales del armónico conjunto de principios de orden que presiden -o, mejor, han de presidir- la regulación de la *materia mercantil*, esto es, las guías e índices que han de informar y orientar toda tentativa de recomposición normativa y conceptual del sistema del Derecho mercantil, vienen establecidos -o, si se prefiere- prefigurados en la Constitución española de 1978, y, más precisamente, en el *sistema económico constitucional*.

Significa esto, por emplear otras palabras, que el ya viejo problema de la delimitación de la materia mercantil debe hoy plantearse en diferentes términos; debe, esto es, reconducir su solución a través de la legitimación y ajuste constitucional, toda vez que es justamente en este *encuentro y comunión constitucional* donde, con mayor rigor conceptual y con mayor facilidad hermenéutica, es posible recomponer la adecuación económica y normativa entre el Derecho mercantil y la materia económica que es o ha de ser regulada por éste. Supone ello, además de una verdadera exigencia metodológica, una considerable ayuda en el plano de la labor hermenéutica.

## II. La constitucionalización del sistema ordenador de la materia mercantil actual: retrospectiva crítica del sistema del Código de Comercio de 1885 en la búsqueda del nuevo Derecho Mercantil

La Codificación mercantil del siglo XIX supuso el intento de integración económica y jurídica de la materia y Ordenamiento mercantiles, con sujeción a un sistema o unidad de orden jurídico, que, de un lado, pretendía delimitar su campo de acción o materia regulada con un criterio objetivo (acto de comercio) y, de otro, sólo llegó a establecer un conjunto de normas de *corte liberal*, muchas de ellas de carácter dispositivo. Esos criterios delimitadores de la materia regulada y esos principios forjadores de la materia reguladora se han visto sujetos, desde la promulgación de nuestro Código de comercio de 1885, a fuertes tensiones, provocadas, de una parte, por la fijeza ahistórica y desorientada de dicha materia mercantil en el Código de comercio de 1885 vigente, y, de otra, por el incesante curso histórico de factores de cambio y progreso apreciados a lo largo del último siglo en la Sociedad y en la Economía, y, por ello, reflejados en la misma materia mercantil *metamorfoseada*.

Tales tensiones entre materia mercantil regulada y Código de comercio (1885), surgidas desde el mismo momento de la promulgación del Código de comercio de 1885 y mantenidas a lo largo del ciclo centenario, han tenido una decisiva trascendencia conceptual y metodológica en la larga y penosa búsqueda del sistema jurídico conceptual -autónomo- del Derecho mercantil de los últimos siglos, y, finalmente, un resultado o desenlace sistemático-conceptual *rompedor*: la actual desintegración sistemático-conceptual y ordinamental del Derecho mercantil de la Codificación.

Baste apuntar que un Código de comercio rabiosamente liberal, formalmente igualitario, desestatalizado, inhibicionista y escasamente democrático en lo político, racionalista y fisiocrático en lo filosófico, preindustrial y preempresarial, desconocedor del "mercado" y las "finanzas" en lo económico, individualista e insolidario en lo social, y sistemáticamente desorientado por la falsa y misteriosa señalización del acto de comercio, no es un ordenamiento constitucionalmente sistematizado y legitimado, no sólo por su centenaria *"ineptitud funcional"*, sino por su falta de *"comunidad ordinamental"*, con los índices o valores normativos y los esquemas de racionalización y organización económica, surgidos jurídicamente en la *sementera constitucional* de 1978, abonada -

en lo jurídico- con las ideas de un rico pensamiento doctrinal esforzadamente aquilatado desde los albores de nuestro siglo.

Desde una crítica conceptual retrospectiva se conviene unánimemente que el Código de comercio de 1885 es hoy un Código conceptualmente desorientado y desorientador, víctima de sus clamorosas pretensiones y contradicciones revolucionarias burguesas, (por ejemplo) negadoras del profesional pero no de la profesión, lo que le condujo, inspirado en la Codificación napoleónica, a ocuparse sólo del problema de su aplicación jurídica, pero no del problema de su causación y finalidad ordinamental (su porqué, qué y para qué), articulando un sistema conceptual sobre la base del acto de comercio, y desconectándose así del incesante curso de la realidad histórico-económica, al no llegar a establecer y asegurar, en su sistema conceptual, una relación histórico-funcional entre las instituciones jurídicas y la materia regulada (GIRON TENA).

Este ocaso ordinamental del sistema jurídico conceptual del Derecho mercantil de la Codificación, este desconectarse del mundo, cambiante e histórico, sólo contemplado y regulado a través del acto de comercio, como único mecanismo de apertura y cierre de su sistema conceptual, este cerrarse a la nueva realidad mercantil, industrial y financiera -y no ya exclusivamente comercial-, es la razón fundamental que abona más cualificadamente el punto de arranque intelectual de búsqueda del sistema del Derecho mercantil actual.

Para constatar el ocaso ideológico y político del sistema ordinamental del Código de comercio de 1885, es preciso detenerse en la lectura rompedora y direccional de los factores de cambio y progreso que se aprecian en la época de la poscodificación y que culminan en 1978 con la constitucionalización formal de un nuevo sistema ordinamental de Derecho mercantil, que, recogiendo y aprovechando en parte el del pasado, habrá de ir progresivamente vertebrándose y desarrollándose en el curso del devenir histórico.

A) Es cosa obvia que el tiempo histórico que marcó la revolución francesa y su proyección jurídica codificadora de leyes civiles y mercantiles no se detuvo, tal como, por el contrario, predicaban los postulados ideológicos y las pretensiones políticas revolucionarias.

Esa utopía revolucionaria se vino abajo tan pronto como en el decurso histórico de las ideologías deja progresivamente de aceptarse el Derecho Natural irracional como fuente u origen del Derecho vigente, y como ordenamiento vinculante metahistórico. Pero la cuestión de cuál sea la concep-

ción jurídico-ordinamental que sucede y sustituye al Derecho Natural es cosa harto complicada y confusa. Desde luego, lo que no puede dudarse es que esa quiebra de la concepción iusnaturalista golpea fuertemente al Derecho mercantil del Código de comercio de 1885, cuestionándosele su efectividad histórico-ideológica y política, lo que merma su autoridad y su eficacia ordinamental; esto es, ni más ni menos que su capacidad de satisfacer las exigencias normativas de los hombres, de la Sociedad y de la Economía, al menos, a partir del primer tercio del siglo XX. En cierto modo, la Codificación sobrevivió a la quiebra del iusnaturalismo gracias al Estado, esto es, por ser "Derecho del Estado", aunque ese Derecho estuviera empapado de esa concepción caduca. Pero si el Estado salvó ese Derecho codificado o estatalizado, la caducidad de parte de su concepción ideológica lo irá exiliando, poco a poco, de la conciencia jurídica del nuevo tiempo histórico.

Cosa sabida es que, en su estrepitosa caída, la quiebra de la concepción iusnaturalista y racionalista dividió a la teoría jurídica en dos concepciones radicalmente contrarias: una, la marxista, y otra denominada burguesa o humanista o, simplemente, la de los países occidentales. La alineación del Derecho privado español y de nuestro pensamiento jurídico dentro de esta segunda concepción de la teoría jurídica es clara (GIRON TENA).

B) Pero lo que ya no está tan claro es la determinación de las nuevas líneas de fuerza conceptuales que a partir de ahí se van afirmando. Cabe, no obstante, señalar la aparición de dos fenómenos de diversa naturaleza que marcan decisivamente la orientación general de los sistemas jurídicos de los países occidentales: el primero estriba en la afirmación de una corriente ideológica que ha dado en llamarse *nuevo humanismo* que logra asentarse con firmeza en el plano superior de las Constituciones occidentales. Esta corriente ideológica expresa que el "*ser del hombre*", la personalidad como objeto de la *dignitas* constituye un valor jurídico normativo que ya no es sólo presupuesto filosófico, sino exigencia del programa de objetivos del nuevo Derecho y resultado de éste. Un humanismo que evoluciona rápidamente hacia la solidaridad social (GIRON TENA).

Y el segundo consiste en la afirmación de un nuevo modelo de relación entre Derecho y Estado y entre Estado y Sociedad. Se entiende ya que el Derecho privado no vive en un mundo abstracto metafísico, sino en la sociedad terrenal civil e histórica. El rumbo y el destino del Derecho privado se une al de la

civilización moderna, al del Estado de Derecho y al Estado social.

Este nuevo diálogo y relación del Derecho con el mundo, lleva a éste a contactar con la Economía y los economistas, quienes van conformando la noción y el esquema racionalizador del sistema económico, lo que supone un avance o progreso de gran envergadura para el entendimiento del Derecho privado y público (de la Economía). Son los economistas quienes desmienten que una "mano invisible" pueda conducir y promover toda la vida económica hacia objetivos de máximo bien común, como resultado colectivo final de todos los esfuerzos e incentivos individuales y egoístas. El fracaso de la utopía de la "mano invisible" alentó su sustitución por otra mano bien visible: la de la Administración pública. La intervención estatal en la economía y la libre iniciativa económica pública constituyen demoledores factores de cambio de las concepciones económicas liberales, sustentadas en la Codificación mercantil. Es el fin de la Economía del *laissez faire* (J.M. KEYNES) y del liberalismo de los Códigos, y el comienzo de la administración pública de la economía (T. ASCARELLI). Pero todavía en esta primera fase interventora pública, la acción intervencionista del Estado resulta asistemática, ocasional y, con frecuencia, animada por un mero afán asistencial (Estado-proveedor) (MENENDEZ).

Sin embargo, tanto la orientación política concreta de la función del Estado en la economía y su programa de objetivos institucionales y socioeconómicos se van a concretar tan pronto como en la conciencia social y en la voluntad popular o colectiva se decida encomendar al Estado una función de control y dirección de la economía, y también tan pronto como se perciben los resultados del desarrollo de la Ciencia económica.

Con este doble apoyo, uno político-jurídico, y otro técnico-económico, el Estado adopta una actitud política sistemática, dentro de un orden público económico asentado en la racionalidad y la calculabilidad fiable que le va ofreciendo la Ciencia económica.

En el campo del Derecho, los conceptos de "*Constitución económica*", "*orden público económico*", "*planificación económica*", expresan esta nueva actitud política sistemática del Estado en el orden de la economía (GONDRA ROMERO).

C) Finalmente, no puede dejar de señalarse otros factores de cambio ulteriores, que contribuyen a desencajar el panorama económico y el sistema jurídico del Derecho mercantil de la Codificación. Así, entre otros:

- El cambio industrial y tecnológico, presidido por el tránsito de una economía agraria y artesanal a una economía industrial y tecnológica; tránsito que transforma la morfología y funcionamiento tradicionales de los mercados profundamente determinados, ahora, por el fenómeno de la *producción industrial en masa* y el *correlativo jurídico de la contratación en masa*.

- El cambio sociológico, marcado por la aparición de la sociedad de consumo, ingenuamente señoreada por un nuevo modelo de adquirente o cliente -el *homo consumens*-, dotado de una considerable fuerza política, siquiera sea desde el punto de vista político-electoral.

- El cambio técnico-empresarial promovido por la mecanización y despersonalización de las relaciones económicas y jurídicas en el mercado y en el tráfico, las nuevas formas de contacto social y jurídico entre empresarios y consumidores, la publicidad, el *marketing*., los sistemas agresivos de promoción y ventas al consumo, y la informatización de los sistemas o técnicas de producción, distribución, comercialización y adquisición en el mercado.

- El cambio ideológico y político-jurídico en la concepción del Derecho privado, que queda condensado y expresado en la idea del Estado social.

- Y, finalmente, el cambio jurídico en el plano de la libertad contractual y en el de la responsabilidad civil del empresario que, en su esencia, viene presidido por la quiebra de dos grandes dogmas clásicos que han dominado poderosamente *de facto* y *de iure* el funcionamiento jurídico-privado del tráfico en el mercado: el dogma de la *autonomía de la voluntad* y el dogma de la *culpa como presupuesto del ilícito civil aquiliano* (responsabilidad extracontractual).

D) Pero también ha quebrado el modelo de delimitación y sistematización de la materia mercantil establecido en el Código de comercio. Fue, primero, una quiebra real-económica, por cuanto que dicho modelo delimitador y sistematizador de la materia mercantil está hoy carente de legitimación constitucional.

Sabido es que el codificador mercantil de 1885 opta abiertamente por el sistema objetivo de los actos de comercio. Se trata de la última opción codificadora europea en favor del sistema objetivo, como concepción normativa del Derecho mercantil. Pocos años después la corriente normativa-objetiva del ordenamiento mercantil quiebra, entronizándose, de nuevo, el sistema subjetivo (fundado sobre el comerciante) con la promulgación del Código de comercio alemán (HGB) a fines de siglo.

En un ambiente político apasionado, la doctrina jurídica francesa y, luego, la

que se inspiró en el modelo codificador de Napoleón, recurre a un artificio revolucionario que cumplía con la pretensión de delimitar la materia mercantil, negando al profesional, aunque sin negar, en el fondo, la profesión. Este artificio revolucionario es el *acto de comercio*: con este artificio se pretendía delimitar todas las instituciones propias del Derecho mercantil, marginando de dicho esquema delimitador al comerciante.

Pero, en verdad, la pretensión normativa que abrigó el legislador francés de 1807 con el artificio del *acto objetivo de comercio* fue, sin duda, mucho más modesta y funcional: se trataba sólo de un mecanismo técnico para delimitar la competencia judicial mercantil.

Sólo los prejuicios revolucionarios anticorporativos de la doctrina jurídica pueden explicar un concepto de Derecho mercantil como ordenamiento de los actos de comercio, sean o no comerciantes quienes los realicen (GIRON TENA, GONDRA ROMERO).

Pero el acto de comercio, como esquema delimitador de la materia mercantil produce una quiebra real o efectiva entre la materia mercantil y el Derecho regulador, porque con tan abstracto parámetro esquematizador y delimitador de la materia mercantil no era posible abarcar la nueva realidad económica industrial y empresarial que afluyó con ímpetu en unos nuevos escenarios que no son otros sino los mercados. Resulta que la materia mercantil se ha ensanchado de tal modo que excede en mucho de la materia medieval contemplada por el *ius mercatorum* y desde luego también, la abarcada por el Derecho de los actos de comercio. Una densa realidad económica que se arremolina en nuevas células de trabajo y organización económica -la empresa- y que afluye a través de los impulsos que deparan el juego de los incentivos de los operadores económicos -la competencia- a los mercados hasta contactar con los destinatarios finales de la producción y la oferta, esto es, los consumidores y usuarios.

He aquí ya tres conceptos sistemáticos que esquematizan y ordenan racionalmente la materia mercantil correspondiente al presente histórico: *empresa, mercado y competencia*. La constitucionalización formal y material de estos conceptos metódicos y sistemáticos de la economía actual explica con rotundidad la quiebra actual de la legitimidad normativa del modelo de delimitación y sistematización de la materia mercantil establecido en el Código de comercio de 1885: una quiebra o fractura que se produce, como veremos, por su falta de comunión ordinamental con la Constitución española de 1978.

### III. Los esquemas constitucionales de delimitación y ordenación de la materia regulada por el Derecho Mercantil: Empresa, Mercado y Competencia

Como hemos apuntado con anterioridad, en nuestra vigente Constitución económica se ha consagrado -en muy directa correlación con la realidad económica- tres categorías económico-institucionales que vertebran, en su sustancia, el entero *sistema económico constitucional* y que se nos presentan hoy como *los más fundados y legitimados criterios o esquemas de delimitación y ordenación de la materia mercantil*. Tales categorías, que presentan, simultáneamente, los caracteres de verdaderos valores normativos, son *la empresa, el mercado y la competencia*.

Son estos, por consiguiente, los ejes en torno a los cuales ha de vertebrarse hoy la materia mercantil y su disciplina jurídica reguladora. Se observarán, sin duda, que se trata de categorías económicas bien presentes y esenciales en la vida económica y, ciertamente, sometidas, en lo que va de siglo, a un intenso proceso de maduración y elaboración doctrinal (destacadamente, como se sabe, la primera de ellas, o sea, la empresa: WIELAND, MOSSA, GARRIGUES, GIRON TENA, BROSETA), en el intento de configurar el Derecho mercantil como el ordenamiento de la empresa. No poco mérito tiene, al respecto, nuestra Carta Magna, por haber recogido sabiamente la realidad -el armazón económico-institucional- preexistente -*die vorgegebene Wirklichkeit*-, a la que viene a asignar, en rigor, *verdaderas y propias funciones ordenadoras de la economía, esto es, del sistema económico institucional*.

*Mercado y empresa*, en particular, constituyen dos instituciones fundamentales de nuestro sistema económico constitucional. Recuérdese ahora que, no en vano, el art. 38 de la Constitución reconoce "*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*"; se podrá apreciar, así, el considerable impulso histórico-jurídico que el nuevo Derecho mercantil recibe de la Constitución de 1978. Se podrá apreciar, en particular, que el *comercio*, en cuanto realidad social y esquema de organización económica del Derecho mercantil codificado (-no se olvide que el *empresario* de hoy es el *comerciante* de nuestro Derecho mercantil codificado-) queda definitivamente superado y sustituido por *nuevos esquemas de racionalización y organización económica y social*, entre los que figuran, destacadamente, *la empresa y el mercado*. Son estos dos últimos, por

consiguiente, esquemas de racionalización y organización económica y social, también de naturaleza político-jurídica; constituyen, sin duda, en el presente histórico, dos de los tres pilares básicos del sistema económico constitucional español que nuestra jurisprudencia constitucional no ha dudado en considerar -manejando categorías doctrinales provenientes de la experiencia alemana- *sistema de economía social de mercado (Soziale Marktwirtschaft)*.

De este modo, si la *empresa* es -baste con ello, por ahora- “la unidad económica de producción que asume la relación entre los mercados de bienes y servicios, la demanda y el consumo de los factores productivos de trabajo y capital” y conjuga “los intercambios monetarios y crediticios”, el *mercado* es el ámbito institucional que decide -y donde se realizan- los “movimientos de los factores de producción” (GIRON TENA).

Nótese, sin embargo, que la correlación entre empresa y mercado queda sustancialmente indefinida e invertebrada en ausencia del tercer pilar básico del sistema económico constitucional, esto es, *la competencia económica de las empresas en el mercado*. Empresas y mercado había y hay en la experiencia estadounidense; y empresas y mercado, de algún modo, había en las extintas experiencias del denominado *socialismo real*, y, sin embargo, existían notables diferencias entre ambas. Es este tercer factor -*la competencia económico-empresarial* en el mercado- el que dota de especificidad a nuestro sistema económico constitucional. Mediante la competencia se insufla a nuestro sistema económico, en su conjunto, y, de modo fundamental, *al mercado y a las empresas*, un hálito de vida social y económica que mueve el curso de los intercambios y determina, incluso, la configuración estructural del mercado y la configuración dominical de las empresas (*propiedad industrial*, en cuanto instrumento al servicio de las empresas en su lucha competitiva en el mercado, y cuya propia configuración y régimen jurídico se explican, justamente, en función de esa circunstancia) y su actividad externa en el tráfico concurrencial y negocial del mercado.

Por consiguiente, *mercado, empresa y competencia* se erigen hoy en los *esquemas de racionalización y organización económica* que más adecuadamente sistematizan esa realidad económica -lo que denominamos *materia mercantil*- que debe regular el nuevo Derecho mercantil, en cuanto “Derecho del mercado, de las empresas y su actividad en régimen de competencia” (GIRON TENA). En este contexto socioeconómico e institucional, la *compe-*

tencia se sitúa justamente en el punto de intersección del *mercado* y de las *empresas* determinando sus estructuras y sus funcionamientos específicos. Porque la competencia no sólo constituye, en el plano normativo-constitucional, un elemento institucional que contribuye a colorear la nebulosa noción del *contenido esencial* de la libertad de empresa (arts. 38 y 53.1 de la Constitución) y un elemento económico natural del “marco” en el que esta libertad se ha de ejercitar (la economía de mercado”), sino, también, como enseña la realidad diaria, el más potente “motor” de las economías desarrolladas, animador impulsor y administrador del juego de incentivos de los operadores económicos en su incesante búsqueda de mayores cotas de productividad y eficiencia económicas del sistema económico en su conjunto.

#### IV. Fundamentos constitucionales del Derecho Mercantil español del presente histórico

##### A) Constitución económica y reforma del Derecho mercantil codificado y preconstitucional.

En el actual -y, por cierto, en absoluto novedoso- proceso de reforma del Derecho mercantil del que da suficiente idea la “*avalancha legislativa*” que en los últimos tiempos viene caracterizando a nuestra disciplina, la Constitución económica de 1978 desempeña un relevante papel. En ella cabe ver, en efecto, una poderosa *razón* y un sólido y capital *fundamento* para justificar y alentar dicha reforma.

Ha de notarse, sin embargo, que la razón y el fundamento constitucional de la reforma del Derecho mercantil se sustancian en un *programa de objetivos institucionales y socioeconómicos* diverso, en términos generales, del propuesto por el movimiento reformista anterior a la Constitución de 1978, y, sobre todo, se sustancian en lo que bien se puede considerar un *nuevo sistema de índices ordinamentales*, conforme a los cuales ha de operarse, en la medida de lo necesario, la remodelación o transformación del Derecho mercantil codificado y preconstitucional, e, indudablemente, la edificación del nuevo Derecho mercantil posterior a 1978.

En efecto, no es difícil advertir que la *constitucionalización* de todo un *programa de objetivos institucionales y socioeconómicos*, exigible, por mor de

su rango constitucional, a cualesquiera instancias (públicas o privadas) que intervengan en el proceso económico con fines *jurídico-ordenadores, procuradores-asistenciales o empresariales*, y, particularmente, la *constitucionalización* de un sistema de *índices o directrices ordinamentales* enderezados, en lo sustancial, a la conformación de un sistema económico al que debe adecuarse y con el que debe corresponderse el correlativo *sistema jurídico*, alumbran *una nueva razón y un poderoso fundamento*, no ya para justificar o legitimar la reforma del Derecho mercantil, sino también, y destacadamente, para *provocarla, orientarla y hacerla avanzar y progresar dinámicamente*, con vistas a la realización del “orden económico y social justo” y al establecimiento y consolidación de la “sociedad democrática avanzada” predicados ya en el propio Preámbulo de la Constitución.

El carácter novedoso de esta razón o fundamento (y requerimiento constitucional provocador de la reforma del Derecho mercantil) estriba en el reconocimiento jurídico de la exigencia constitucional de dar cumplida satisfacción al *principio de congruencia interna del ordenamiento*, derivado del -ahora unánimemente reconocido- carácter *plenamente normativo* del texto constitucional, principio que propugna y exige la adaptación de todas las normas sistematizadas en el ámbito del Derecho mercantil a la *norma fundamental* o *lex superior*, esto es, a la norma *ex Constitutione*.

No se trata, por consiguiente, tan sólo de un afán modernizador o de *aggiornamento* del instrumental jurídico del Derecho mercantil o de alcanzar la adecuación de sus normas a las nuevas realidades económicas, que se agotaría en una operación de mera actualización técnico-jurídica, sino de un *aggiornamento ex Constitutione* del *modelo de organización económica*, del *modelo social* y, en definitiva, del *modelo jurídico de justicia* que ha de regir el sistema jurídico del Derecho mercantil. Dicho con otras palabras, se trata, en suma, de una mutación en la base axiológica del Derecho mercantil, consistente en la adecuación del *sistema jurídico* y del *modelo de justicia* (en la ordenación de los intereses en juego) del Derecho mercantil codificado al *sistema económico* y al *modelo de justicia económica constitucionales*.

La promulgación, por vez primera entre nosotros, de una verdadera *Constitución económica* (en sentido formal), esto es, como “conjunto de normas que, con rango constitucional, establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y los poderes que se deriven de esta

*legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico” (DUQUE), pugna frecuentemente, por razón de la incongruencia interna que ella misma genera entre sistema económico constitucionalizado y sistema jurídico-mercantil codificado, con la (artificial) estabilidad ordinamental de la Codificación mercantil.*

En ello no cabe dejar de observar, ciertamente, algún trasfondo político. La idea de la aséptica neutralidad político-económica de la ciencia del Derecho y del Derecho mismo pertenece ya al pasado. En cuanto ahora nos afecta, es obvio, además, que la Constitución económica forma parte de la *Constitución política* y que tanto una como otra son fruto de una *decisión política* de los constituyentes (VALLE SANCHEZ). He aquí otra importante *razón o fundamento constitucional exigente o motor de la reforma del sistema jurídico del Derecho mercantil codificado*, cuya predicada neutralidad se ha visto cada vez más rotundamente desmentida, en particular, a raíz de la importante producción doctrinal de la Escuela de Friburgo. Y es que, como señala MENENDEZ, los Códigos de comercio, son, hasta cierto punto, hijos de la Revolución política, y su aureolada tendencia objetivadora manifiesta más una preocupación política -explicable en su contexto socioeconómico e histórico-político- que una preocupación científica o técnica, y se corresponde con un *modelo de organización económica, un modelo social y un modelo de justicia en la ordenación de intereses contrapuestos* exacerbadamente liberal y, hoy, netamente superados e inequívocamente desautorizados por los índices y directrices ordinamentales derivados de la Constitución económica: la *economía social de mercado (Soziale Marktwirtschaft)*, regida por un “gobierno de la economía”, en marcha histórica hacia la realización plena de un *Estado Social y Democrático de Derecho*, en el que España ha querido constituirse e históricamente realizarse, según enseña el propio art. 1º de la Constitución.

Pues bien, para la consecución del predicado Estado Social y Democrático de Derecho se ha constitucionalizado todo un sistema de *índices o directrices económicas y sociales* y se ha establecido, con idéntico rango, un denso *programa de objetivos socioeconómicos e institucionales* que, coordinadamente, ejercen una poderosa *función transformadora o remodeladora del Derecho mercantil preconstitucional* (y, sobre todo, codificado), al que incorporan

medularmente un amplio, comprometido y novedoso temario de cuestiones, objetivos y realidades socioeconómicas que han de ser abordados y ordenados jurídicamente, conforme a las guías o directrices que el propio sistema económico constitucional proporciona (protección de consumidores y usuarios, cogestión en la empresa, cooperativismo, etc.).

Supone ello, como se inferirá con facilidad, una nueva afirmación de la *historicidad* (o, mejor, *hiperhistoricidad*) del Derecho mercantil, que se ve radicalmente transformado e impulsado en una dirección de avance y progreso socioeconómico por el empuje, a veces rompedor, de la Constitución económica. De este modo, la ya desde antaño desacreditada pretensión racionalista de *atemporalidad* de los Códigos recibe el definitivo embate, con la correlativa reafirmación de la *temporalidad o historicidad* como característica esencial de esta rama del ordenamiento, en cuanto Derecho del mercado y la economía, y de la *funcionalidad* de sus normas, determinadas por el sistema de *índices o valores ordinamentales* de la Constitución económica, rectamente enderezadas a la plena realización de su *programa de objetivos socioeconómicos*.

Por último, ha de notarse que la función transformadora y remodeladora que la Constitución económica ejerce sobre el Derecho mercantil viene, además, *garantizada* por el compromiso jurídico-institucional que la misma hace asumir al ordenamiento del mercado y, en general, a todo el Derecho privado regulador del tráfico económico y del orden del mercado. Tradúcese este compromiso en una *radical transformación del espíritu e "indirizzo" político e ideológico del nuevo Derecho mercantil*: éste ya no es ni podrá ser un Derecho neutral, inhibido, liberal, sino *combatiente activo de la lucha por la consecución del programa de objetivos socioeconómicos e institucionales de la Constitución económica, conforme a su sistema de valores ordinamentales*. Asistimos, con otras palabras, parafraseando a MENENDEZ, a una *"instrumentalización del Derecho privado, en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía"*.

#### *B) Los principios normativos constitucionales de la reforma e innovación del Derecho mercantil*

Ahora bien, ¿cuáles son esos índices normativos constitucionales, repetidamente aludidos, que propician e impulsan la reforma del Derecho mercantil a

la luz de los nuevos parámetros axiológicos?. No haremos ahora, con toda certeza, una exposición detallada del contenido esencial de la Constitución económica, conformado, en suma, por la conjugación de tales índices con el programa de objetivos socioeconómicos de la Constitución. Nos limitaremos, a continuación, a esbozar los *principales índices o directrices normativas del sistema económico constitucional*.

\* **Principio del Estado Social (Sozialstaatsprinzip)**. Como ha subrayado la doctrina, el valor normativo de la cláusula del Estado Social es un elemento motor de la reforma del Derecho mercantil que expresa, en el plano de la política jurídica, las transformaciones del Derecho mercantil característico del Estado liberal, esto es, del Derecho mercantil inhibido y neutral, de carácter predominantemente dispositivo. El Estado Social, al que el Derecho mercantil ha de servir, compromete socialmente a éste y le impele a experimentar una radical mutación interna, cuyo resultado es un Derecho fundamentalmente imperativo, con aspiraciones a ejercer una función de ordenación del devenir económico de la sociedad civil. La cláusula del Estado social propugna, en suma, una total reinterpretación del Derecho privado clásico, con vistas a su plena adecuación al ideal social.

\* **La cláusula-marco de la economía de mercado** (art. 38 CE). Obviando ahora toda referencia a la problemática generada por la formal o literal desadjetivización de esta cláusula (se dice "economía de mercado" y no "economía de libre mercado", "economía social de mercado" o "economía de mercado socializada"), es preciso subrayar que esta cláusula propone, en el plano de las instituciones económicas y sociales, un determinado, aunque flexible, sistema económico, cuyo orden jurídico ha de buscarse en la autointegración del texto constitucional, en las "claves" o "señas de identidad" contenidas en la propia Constitución económica. Particular interés ofrecen ahora, a nuestros efectos, dos importantes *claves o señas de identidad*, contenidas en la Constitución económica y expresadas en la cláusula de la "economía de mercado", que contribuyen a la conformación del sistema jurídico del Derecho mercantil constitucionalmente *remozado*.

En primer lugar, en la cláusula-marco de la economía de mercado se contiene un importante *índice normativo-conceptual e institucional* para orientar y fundamentar aquella tendencia que concibe el Derecho mercantil como *Derecho del mercado* (OLIVENCIA, DUQUE). Es esta una nueva perspectiva que

da plena satisfacción a la aspiración a profundizar en la *democracia económica*, cuyo escenario es el mercado, en cuanto ámbito económico y social al que acuden los diversos sujetos económicos en el desempeño de las funciones propias (*empresarial, laboral y consumidora*). Se erige, así, el mercado en "*eje de rotación*" del proceso económico, que tiene como polos (económicamente opuestos pero recíprocamente atractivos), de un lado, *los actos de empresa*, y de otro, *los actos de consumo*: se abre así un importante portillo a la irrupción de consumidores y usuarios en el ámbito del Derecho mercantil (POLO A., BERCOVITZ, POLO E.).

En segundo lugar, se sustancia en la cláusula marco de la economía de mercado el capital *principio de la competencia económica*, definidor de la esencialidad básica de la economía de mercado. Se presenta la competencia económica como el "*magma conceptual*" de todo el sistema económico: porque no puede haber, en rigor, mercado sin competencia empresarial, ni libertad de empresa sin competencia. Una economía de mercado es, en su elemento, una economía competitiva.

Pues bien, la posición central que la competencia económico-empresarial ocupa en el entero sistema de la Constitución económica y en su sistema jurídico explica que haya sido precisamente el Derecho de la competencia una de las parcelas disciplinares del Derecho mercantil más necesitadas de renovación y adecuación a los índices normativo-concurrenciales constitucionalizados. Bastará para valorar en su justa medida esto último con una somera lectura de las *Exposiciones de Motivos* de las recientes Leyes de Defensa de la Competencia (1989) y de Competencia Desleal (1991). Empero, la tendencia a la elaboración de leyes diversas para regular el fenómeno unitario de la competencia ha interpuesto un algo de frustración en el ya consolidado intento doctrinal de conformar el Derecho de la competencia a los índices normativo-concurrenciales constitucionalizados, conducentes, en último término, a la elaboración de un nuevo *ilícito concurrencial unitario y paradigmático*, propiciado y aun exigido desde el sistema de índices y valores ordinamentales de la Constitución económica.

Por último, la constitucionalización de la cláusula-marco de la economía de mercado ha supuesto la consagración de un importante principio o índice jurídico informador del sistema del Derecho mercantil: nos referimos al principio de *paridad de tratamiento y sujeción a las mismas reglas de juego*.

tanto de las empresas públicas como privadas.

**\* Principio de iniciativa pública y privada en la actividad económica** (arts. 38 y 128 CE), mediante el que se sienta las bases de una democracia económica empresarial, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada, de la empresa, pero, en todo caso, en régimen de igualdad y en el marco de la economía de mercado. Ello significa que los índices normativos del sistema económico constitucional se aplican también a las empresas públicas. Ha de notarse, por último, que en nuestra Constitución, la iniciativa económica pública, dentro de los márgenes antecitados, no está, en principio, requerida de *legitimación causal*.

**\* Principio de intangibilidad del “contenido esencial” de la libertad de empresa y de la limitabilidad de su contenido ordinario.** La tensión hermenéutica fundamental estriba en la determinación del “*contenido esencial*” de la libertad de empresa, que es, por decirlo de algún modo, el *área de intangibilidad pública en la economía*. Superando las confusas formulaciones de nuestra jurisprudencia constitucional, es ROJO quien, con indudable acierto, repara en que la delimitación del *contenido esencial* de la libertad de empresa precisa de la descomposición de esa libertad en tres dimensiones básicas, que se complementan recíprocamente:

- *Libertad de acceso al mercado*, esto es, libertad de creación de empresa, lo que presupone el derecho de propiedad y el de libre elección de profesión, e, incluso, la libertad contractual:

- *Libertad de decisión empresarial* (con proyección fundamentalmente interna, referida a la organización empresarial) y *libertad de competencia*;

- *Libertad de cesación empresarial en el mercado*.

**\* Principio de productividad empresarial o eficiencia socioeconómica, tanto del sistema económico institucional en su conjunto, como de la actividad (de competencia) empresarial, en particular (art. 38 CE).** Condensa este valor normativo empresarial importantes índices o criterios de enjuiciamiento de las actividades o conductas empresariales y de las políticas económicas de intervención en la materia, de suerte que, tanto unas como otras, han de promover, por imperativo de este valor normativo constitucional, la productividad o eficiencia socioeconómica de la actividad de las singulares empresas, tanto públicas como privadas, y del propio funcionamiento del sistema económico en su conjunto.

**\* Principio de adecuación socioeconómica de la actividad empresarial** (art. 38 CE). Supone este principio que tanto la libertad de empresa como la libre competencia se han de ejercitar "de acuerdo con las exigencias de la economía general"; esto es, impone un compromiso a la actividad empresarial para con las necesidades objetivas de la economía general y, en suma, con los objetivos socioeconómicos propuestos y con los intereses tutelados por la Constitución económica. Se traduce, por tanto, en una *funcionalización socioeconómica del ejercicio de la libertad de empresa y del desarrollo de la competencia empresarial en el mercado*.

Nótese, sin embargo, la acusada ambigüedad de este mandato constitucional. Considerando su origen consensual o transaccional parece, por ello, que más que ante un mandato constitucional determinante de una funcionalización socioeconómica absoluta y vinculante de todas las posibles manifestaciones de la actividad empresarial, nos encontramos ante una *autorización constitucional* para legitimar una *política económica de intervención de la actividad empresarial*, enderezada -sin merma del contenido esencial de la libertad de empresa- a fijar las condiciones o modalidades de la actividad de competencia y los intereses y objetivos socioeconómicos que, en razón de las "exigencias de la economía general", no pueden ser transgredidos o perjudicados en el ejercicio de la actividad empresarial.

**\* Principio de defensa de los consumidores y usuarios** (art. 51 CE). Se hace eco, de este modo, el legislador constituyente de una extendida demanda social que ha tenido amplio eco ya desde la década de los sesenta, y que resulta así elevada al rango de *principio general del Derecho español*. Este valor normativo ha tenido ya desarrollo a nivel legislativo, mediante la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* de 1984, especialmente protectores de las clases medias y más débiles.

**\* Principio de unidad de mercado**, particularmente relevante en el marco de la problemática generada por la difícil articulación entre la competencia legislativa estatal y la de las Comunidades autónomas. Este principio no resulta afirmado formalmente en la Constitución, aunque se infiere del conjunto de su articulado y ha sido proclamado inequívocamente por nuestra jurisprudencia constitucional.

## V. Legitimación y ajuste constitucional del Derecho Mercantil

Existe, como se ha visto, una necesaria relación histórico-funcional del Derecho mercantil con la economía y la sociedad. Y en el momento actual, esa relación histórico-funcional del Derecho mercantil se halla recepcionada y racionalizada en el sistema económico constitucional, en cuanto reflejo de la realidad económica del presente histórico. Es posible afirmar, por tanto, que la realidad económica está "atentamente observada" en la Constitución económica. Se impone, por ello, la observación detenida de la Constitución y la extracción, a partir de ella, de los fundamentos y las líneas de fuerza conceptuales -e incluso el norte de las nuevas tendencias- del Derecho mercantil del presente histórico.

Hoy, el Derecho mercantil debe estar al servicio del sistema económico constitucional. De ahí que los criterios delimitadores de su materia regulada y los índices o valores normativos deban fundarse, esto es, legitimarse *ex Constitutione*.

## VI. Ensayo de un concepto de Derecho Mercantil

Es obvio que, dentro del complejo sistema económico constitucional, la materia regulada y el cometido esencial del Derecho mercantil estriba en la ordenación de la "libertad de empresa" y de las instituciones económicas que se "enmarcan" en la economía de mercado. Cabe afirmar, en este sentido, que el Derecho mercantil es aquella parte del ordenamiento jurídico privado que regula el ejercicio de la libertad de empresa en sus instituciones y relaciones de mercado. Y, de acuerdo con esta perspectiva conceptual, corresponde al Derecho mercantil la regulación de los instrumentos realizadores del ejercicio de la libertad de empresa en el mercado (empresa y empresario, instrumentos financieros y negociales) y de los instrumentos de control público y social del ejercicio de esa libertad económica (Registros públicos, contabilidad, instituciones de vigilancia y control de la actividad económica de las empresas y de mercado). Se observará, sin duda, que, dentro de esta concepción, la mercantilidad de la materia regulada por el Derecho mercantil se funda en el esquema económico-estructural que forma la correlación mercado-empresa, realizada a través de la racionalización del sistema económico constitucional. Es este un

nuevo Derecho mercantil, que, más que de los empresarios, lo es para los empresarios, en cuanto ordenamiento emanado del Estado. Es un Derecho que rehuye todo privilegio, y que sólo encuentra legitimación ordinamental, hoy, en su servicio al sistema económico constitucional.

### BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, T. (1970). "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales", Barcelona.
- BERCOVITZ, A. (1978). "La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil", en *Lecturas sobre la Constitución española, II*, UNED. Madrid.
- BROSETA, M. (1965). "La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil", Madrid.
- DUQUE, J. (1967). "Empresas y planificación", en *Sindicalismo y Política Social*, Madrid.
- DUQUE, J. (1977). "Iniciativa privada y empresa", en *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales*, Madrid.
- GARRIGUES, J. (1947). "Tratado de Derecho mercantil". Tomo I. Madrid.
- GIRON TENA, J. (1986). "Tendencias actuales y Reformas del Derecho mercantil", Madrid.
- GONDRA ROMERO, J.M. (1992). "Derecho mercantil I. Introducción", Madrid.
- KEYNES, J.M. (1926). "The End of Laissez Faire", Hogarth Press.
- MENENDEZ, A. (1982). "Constitución, sistema económico y Derecho mercantil", Madrid.
- MOSSA, L. (1942). "Trattato del nuovo Diritto Commerciale", Milano.
- OLIVENCIA, M. (1993). "Lecciones de Derecho mercantil". Madrid.
- POLO, A. (1978). "Reflexiones sobre la reforma del Ordenamiento jurídico mercantil", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid.
- POLO, E. (1980). "La protección del consumidor en el Derecho privado", en *Cuadernos Civitas*. Madrid.

- ROJO, A. (1983). "Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 169-170. Madrid.
- VALLE SANCHEZ, V. (1978). "Reflexiones sobre los aspectos económicos del Anteproyecto de Constitución", Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- WIELAND (1931). "Handelsrecht", München-Leipzig.