

# El Derecho Mercantil como categoría dogmática



**AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ\***

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo.  
Doctor en Derecho por la Universidad Central de Madrid.  
Presidente de Honor de Uría Menéndez.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 125



## SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **El Derecho Mercantil como categoría dogmática.**
- III. **Conclusión.**

\* Texto destinado a los "Estudios en Homenaje al Profesor Aníbal Sánchez Andrés", preparado con motivos de su fallecimiento y que fue presentado como Ponencia del autor en la reunión del Pleno de Académicos Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación celebrada el día 11 de febrero del año 2008.

## I. INTRODUCCIÓN

La evolución del llamado Derecho mercantil como categoría dogmática parece encaminarse hacia lo que podría ser su fragmentación con la permanencia, si acaso, de su subsistencia como categoría académica. Después de tanto esfuerzo a favor de una concepción del Derecho mercantil como derecho de los actos de comercio, Derecho de los actos en masa, Derecho de la empresa como un última tendencia hacia su consideración como un Derecho del mercado que entre nosotros ha merecido un excelente estudio del Profesor OLIVENCIA (“De nuevo la Sección 1º, sobre el concepto de la asignatura”. Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-000 en la Universidad de Sevilla) siempre le queda a uno la duda acerca de si los sectores que integran ese “Derecho Mercantil” utilizan un concepto o noción de contornos diversos, adaptado a la teleología de cada sector y alejados, por tanto, de una concepción radicalmente unitaria de nuestra disciplina la llamada “sectorialización” del Derecho Mercantil”.

Es dudoso, en efecto que haya algo “esencial y común” a todas las instituciones mercantiles que pueda referirse a todos y cada uno de sus componentes o sectores”. Ciertamente, no parece que nos encontremos ante lo que se llama un sistema interno, es decir, un conjunto sistemático de principios, o una combinación de ellos que permita delimitar la “especialidad normativa” del Derecho mercantil, marcando sus diferencias respecto a otras normas del Derecho privado. Lo que hoy entendemos por Derecho Mercantil es, en definitiva, un conjunto de instituciones enmarcadas en el Derecho patrimonial que tiene que ver más bien con el Derecho Privado de ordenación de la económica, o un Derecho privado de ordenación del mercado, pero que carecen, nos parece, de conexiones más específicas entre sí.

Hace cerca de quince años, expresaba ya mis vacilaciones en este sentido. Decía entonces que aún cuando se admitiese la construcción de un Derecho económico o de un ordenamiento del mercado como concepciones del Derecho Mercantil que tienen en común un claro ca-

rácter totalizador, no serán sino esfuerzos de la doctrina para asegurar la supervivencia del Derecho Mercantil y superar la crisis producida en el seno de ese derecho especial y privado; en otros términos me preguntaba si no sería mejor empezar a pensar que ya no resulta tan fácil individualizar un sector de la realidad económica con el que identificar la materia mercantil. Si a ello se añada la necesidad práctica y metodológica de un tratamiento unitario de los aspectos públicos y privados de las instituciones, no ha de sorprender que se pueda llegar a pensar – con más fundamento que en las décadas iniciales del siglo XX – en una futura “disolución” o desintegración del tradicional Derecho Mercantil.

No sé si en lo que acabará este proceso en marcha es – como he recordado en otras ocasiones – en la superación de la “unidad de sistema” del Derecho Mercantil que hemos conocido, por un sistema de unidades, formalmente anclado en la superior estructura económica del mercado. Hablar de un “sistema de unidades”; supone tanto como diferenciar lo que es una mera agrupación informativa (Derecho del deporte, Derecho de la información, Derecho interplanetario, Derecho de la montaña, etc.) de lo que es un “sistema propio” en el que resultan esclarecedores los criterios propuestos por la doctrina, y que se dan con claridad en los sectores o unidades en que se ha venido segregando el tradicional Derecho Mercantil: (Derecho de sociedades, Derechos de los títulos valores, Derecho de la navegación, etc.).

## II. EL DERECHO MERCANTIL COMO CATEGORÍA DOGMÁTICA

La pérdida relativa de la categoría dogmática del Derecho Mercantil no deja de producir algún efecto beneficioso. No podemos silenciar el hecho de que los esfuerzos doctrinales realizados para aglutinar ámbitos jurídicos en mayor o menor medida dispares ha sido una tarea digna de elogio. Pero no parece menos cierto que la construcción dogmática de cada una de las unidades materiales que seguimos enseñando actualmente bajo la signatura del “Derecho Mercantil” ha tenido unos resultados positivos limitados. Cabe entender, en efecto, que una

menor atención hacia los distintos intentos ensayados para construir una categoría unitaria del Derecho Mercantil podría liberar energías para una tarea de la máxima importancia: la elaboración de la parte general (principios y reglas comunes) de cada uno de los sectores que, estos sí, disponen de unidad valorativa o, si se prefiere, una unidad de coherencia interna. Tales sectores, que se corresponden significativamente con un programa al uso del Derecho mercantil, - categoría académica – serían, a nuestro juicio, los siguientes: Derecho mercantil del empresario, Derecho de sociedades; Derecho de los contratos; Derecho de los valores; Derecho de la competencia y la propiedad industrial, Derecho de la navegación y, también unificado con la materia civil y procesal, el Derecho de la insolvencia. A título de ejemplo veamos ahora lo más brevemente posible la significación de cada una de estas unidades sistemáticas.

- a) En la actualidad se va abriendo paso la concepción del Derecho de sociedades como una unidad y categoría sistemática.

La categoría justificada en atención al hecho de que es posible formular y aplicar principios y reglas comunes a todos los tipos sociales, principios y reglas que son, a la vez, distintos y específicos en relación con las reglas aplicables a los contratos basados en el intercambio y no en la consecución el fin común. El Derecho de sociedades aparece así como aquel conjunto de normas que tiene como cometido básico el poner a disposición de los operadores económicos o sociales técnicas de agregación de esfuerzos individuales y de organización de tareas colectivas. Es, ni más ni menos, que *tecnología* de la *organización* que el ordenamiento pone a disposición de los particulares integrando todo el Derecho de sociedades, tanto la llamada sociedad civil como las sociedades mercantiles. En esta dirección se mueve, en efecto, la tendencia hacia un concepto amplio del contrato de sociedad, defendido también por un sector muy autorizado de nuestra doctrina, que excluye de su base negocial la finalidad lucrativa. Siendo esto así, nos parece que

la necesidad de una parte general del Derecho de sociedades en nuestra doctrina resulta ya inaplazable.

- b) En materia de contratos mercantiles, la inexistencia de una teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles diferenciada de la civil y la conveniencia de la unificación es frecuentemente aceptada. Los artículos 50 a 63 del Código de comercio vigente proceden directamente del Código de 1829, donde se encontraban bajo la rúbrica de "Disposiciones preliminares sobre la formación de las obligaciones de comercio", y – según se dice – fueron incluidas por SAINZ DE ANDINO, no para crear un *corpus* o parte general específica de las obligaciones mercantiles, sino porque dichas materias estaban confusas en el Derecho Civil de la época. Se dice también que ese Código de 1829 lo que hace simplemente es anticipar la codificación civil; hasta tal punto que el Código vigente de 1885 recoge tan solo parcialmente esas disposiciones (de 30 artículos en el Código de comercio de 1829 se pasa a 14, artículo 50 a 63 en el Código de comercio de 1885), posiblemente debido – se añade – al conocimiento del texto del proyecto de Código civil, así como su previsible aprobación inmediata.

En todo caso ahí siguen, a pesar de su envejecimiento, los artículos 50 a 63, bien necesitados, ya sea de una reforma o puesta al día de esa disciplina general del Código de comercio, ya sea de una unificación moderna del Derecho de obligaciones. Formulo esa disyuntiva porque la afirmación generalizada a favor de la unificación del Derecho de obligaciones no ha logrado cerrar el camino, al menos de momento, a una modernización de los referidos artículos, sin salir del marco del Código de comercio, con el fin de que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponda de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico – privado.

Siguiendo esta orientación la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación ha redactado una propues-

ta de “Anteproyecto de Ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre la prescripción y caducidad” en que se dedica, entre otros, 30 artículos al régimen jurídico de los contratos mercantiles.

No se puede ocultar que en todo ello están jugando un papel fundamental las normas recogidas en las reglas 1.6. y 1.8. del artículo 149 de la Constitución, a cuyo tenor el Estado tiene competencia exclusiva sobre la “legislación mercantil” y sobre las “bases de las obligaciones contractuales” respectivamente. Si traigo este tema ahora aquí es porque las dudas que suscita la intervención de las comunidades Autónomas en la “legislación mercantil” y en las “bases de las obligaciones contractuales”, con un constante peligro de ruptura de la “unidad de mercado” están aconsejando la superior claridad que puede proporcionar una mayor precisión sobre la materia de las obligaciones mercantiles. Resulta así que, independientemente de la significación mercantil justificada por las nuevas exigencias del mercado, nos encontramos ahora entre nosotros con la presencia de dos criterios de valoración: de un lado la importancia de un criterio técnico o científico que viene abogando por una superación de la distinción entre obligaciones civiles y mercantiles, refundidas en la más amplia normativa de la unificación del Derecho de obligaciones; y de otro lado, un criterio de política legislativa que atienda, tanto a una cierta dimensión mercantil que aún se mantiene y a los términos diferenciados entre el ordenamiento patrimonial mercantil y *civil* tal como se consagra en las citadas reglas 1.6. y 1.8. del artículo 149 de la constitución.

- c) De igual modo que en los sectores anteriormente contemplados es posible también elaborar una teoría general de los títulos valores y las anotaciones en cuenta, y extraer normas y principios aplicables a todos ellos, normas y principios peculiares en relación con el Derecho general de las obligaciones. Se puede afirmar que nue-

vamente es la función económica la que da unidad al sistema. Se trata de principios y reglas aplicables a aquellos instrumentos que permiten la circulación de los derechos, en contraposición con la cesión de créditos regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio. La contraposición proviene – como es sabido – de la tutela de la seguridad jurídica propia de los títulos-valores y las anotaciones en cuenta, principio que encuentra su justificación precisamente en que los valores, sean títulos-valores, sean anotaciones en cuenta, nacen en la voluntad y utilidad de los particulares para circular.

- d) Esa tendencia hacia la autonomía se puede percibir también en el “Derecho de protección de la organización y de la actividad empresarial” tanto en lo referente al Derecho de la propiedad industrial e intelectual como en lo relativo al Derecho de la competencia. En cuanto a la propiedad industrial intelectual en la medida en que lo que constituya un poderoso principio aglutinador no es que dichos bienes o derechos se utilicen por los comerciantes o empresarios, sino que se trate de un tipo de derecho cuyas características justifican la construcción de un conjunto de reglas de configuración y protección diferentes de las que sirven a la protección de los derechos reales sobre bienes materiales. Y en cuanto al Derecho de la competencia por el gran interés que tiene la reconstrucción unitaria de la disciplina relativa al *ilícito* concurrencial (deslealtad) y el *ilícito antitrust* (prácticas restrictivas de la competencia), reconstrucción inspirada en la idea de que la noción de la competencia es la misma o, si se quiere, que a lucha competitiva solo es legítima en la medida en que se desarrolla sobre la base del *principio de rendimiento* o eficiencia.

Pero aún cabe acentuar la importancia que tiene en este sentido el cambio de función experimentado por la disciplina de la competencia en la evolución de las últimas décadas, algo que en relación con el objeto

de la protección se percibe en el paso que estamos viendo de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los empresarios competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los empresarios competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. En efecto, ese Derecho de la competencia dejará de ser un ordenamiento privado para salvaguarda de los derechos subjetivos de los empresarios para pasar a primar la idea de la protección institucional, inspirada en los principios rectores de la política económica y social o, si se prefiere, de la necesidad de tutelar la institución misma del mercado y de la competencia desde la perspectiva de su función social.

- e) Una conclusión semejante ha de predicarse del Derecho concursal. En esta materia hemos pasado de la disciplina de la suspensión de pago y la quiebra como instituciones vinculadas al estatuto del comerciante, a una regulación del concurso cogida en la importante Ley Concursal de 9 de julio de 2003, en la que se da un salto definitivo a un tratamiento de la insolvencia fundado en los *principios de unidad legislativa*, unidad de sistema, y lo que en este momento tenga quizás un mayor interés para nosotros, la *unidad de disciplina* (es decir la unificación del Derecho concursal por razones subjetivas, aplicable a alejar aún más la materia concursal del Derecho Mercantil, potencian la significación civil y procesal de aquella materia, y acentúan la largamente discutida autonomía del derecho concursal.
- f) En un sentido parecido se mueve el Derecho de la navegación. Aquí nos acercamos a una vieja cuestión: la discusión acerca de la autonomía del Derecho de la navegación. El Derecho de la navegación ha sido, sin duda, uno de los sectores jurídicos más proclives a una especulación doctrinal dirigida a justificar, en unos casos, a integración absoluta del Derecho marítimo en el sistema del Derecho mercantil; en otros al *particularismo*

del Derecho marítimo; y en otros, en fin, a la autonomía sustancial del Derecho de la navegación, ya sea simplemente como Derecho de la navegación marítima, ya sea como Derecho integrador de la navegación marítima y aérea. Pero también aquí la tendencia hacia la autonomía se acentúa, a nuestro juicio, en las últimas décadas en las que permanecen en buena parte las razones de su "especialidad" tradicional, se incrementa la autonomía doctrinal o científica del ordenamiento marítimo en consonancia con la súbita transformación técnica de la navegación y el desarrollo de los principios generales capaces de fundar una sistema propio en esta materia. En la actualidad me inclino más bien hacia esta autonomía del Derecho de la navegación, consolidada por la misma "maritimidad", la expansión hacia la navegación no comercial, el proceso integrador del Derecho público y el Derecho privado y los efectos positivos del movimiento de unificación internacional. Si todo ello es así no puede sorprender que ese Derecho acentúa su autonomía y afirme su significación como norma del Derecho que ha de vivir fuera de los límites estrictos del Derecho mercantil.

### III. CONCLUSIÓN

Como decíamos al principio la evolución sufrida por los más diversos sectores de viejo Derecho mercantil deja muchas dudas acerca de la unidad del Derecho mercantil como categoría dogmática. Si hoy nos preguntamos, con una cierta radicalidad, que es lo que queda del Derecho mercantil con tal significación, aparentemente tal vez no queden más que las normas del libro primero del Código de comercio relativo al estatuto del comerciante o empresario.

Siguiendo el ejemplo de otros países próximos al nuestro, cabe entender que dentro del estatuto de empresario habría que regular cuanto se refiera a la noción del empresario, el registro de los empresarios, los efectos de la publicidad legal, la razón empresarial (el nombre comercial), la transmisión de la empresa inter vivos y mortis causa, y la representación

del empresario. El camino a recorrer en nuestro ordenamiento aceleraría el “desguace” de nuestro Código de comercio para proceder a lo que sería, en buena parte, una reforma del libro primero tarea que se propone afrontar ahora la Sección del Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación en los esfuerzos que está realizando para la redacción de un nuevo Código mercantil. Por esta vía se iría, no se puede ocultar, hacia un ordenamiento de las materias propias del estatuto del empresario, tema que siempre ha estado abierto entre nosotros y que podría cuajar en una disciplina más moderna y apropiada de nuestro viejo y codificado ordenamiento mercantil.

Tal vez se estime que la orientación ensayada es, en buena parte, una vieja cuestión. Así sucede

ciertamente. Si la planteo en esta modesta ponencia es porque me parece que responde a una realidad en crecimiento. Pero lo hago también para que la tendencia de nuestra doctrina a centrarse en el Derecho de sociedades parece olvidar la existencia de otros sectores del viejo Derecho mercantil que acentúan su autonomía y reclaman mayor atención al estudio del contenido propio de alguna disciplina escasamente prestada hasta este momento. Por ahí, entiendo, se producen ciertas dudas acerca de la concepción del Derecho mercantil como categoría dogmática. Eso es lo que hemos pretendido ensayar, forzando tal vez la argumentación para llamar la atención sobre la necesidad actual de nuevas reflexiones acerca de la autonomía de los sectores que integraban el viejo Derecho de los mercaderes.