

XVII. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO MERCANTIL

MANUEL BROSETA PONT

NADA puede comprenderse de lo que actualmente está ocurriendo en el seno del derecho mercantil, y quizá de lo que vaya a ocurrir, sin tener en cuenta varios datos, circunstancias y reflexiones fundamentales. Podemos señalar sintéticamente los siguientes: *i*) el derecho mercantil como garantía histórica y como resultado de los factores económicos y político-sociales, antes, ahora y siempre; *ii*) la generalización del derecho mercantil; *iii*) la unificación del derecho privado de las obligaciones y la unificación formal del derecho privado; *iv*) la crisis de la codificación del derecho mercantil; *v*) la superación de la dicotomía de derecho público y derecho privado y la economía social de mercado, y *vi*) la subsistencia y expansión del derecho mercantil.

EL DERECHO MERCANTIL COMO GARANTÍA HISTÓRICA Y COMO RESULTADO DE LOS FACTORES ECONÓMICOS Y POLÍTICO-SOCIALES; ANTES, AHORA Y SIEMPRE

Es sobradamente conocido que el derecho mercantil es una categoría histórica (Garrigues, Ascarelli, Broseta). No existió siempre. Surgió como consecuencia, fundamentalmente, de la interacción de los factores económicos y político-sociales emergentes en la Edad Media.

El desarrollo del comercio interior y exterior en las ciudades-Estado mediterráneas, atlánticas y bálticas en Europa resultó esencial. La lucha de la burguesía (mercaderes y sus asociaciones o gremios) contra los señores feudales, primero, y contra la aristocracia, después, necesitó un derecho propio. La necesidad de estructurar y de consolidar los estados o monarquías nacionales absolutas, para lo que era necesario un derecho mercantil “único” y “aglutinador” de toda la nación, requería del derecho de la actividad económica. La actividad económica de la burguesía triunfante con la Revolución francesa necesitó codificar el derecho aunque —incluso en contra de los postulados políticos de ésta— le permitiera fijar las bases y el régimen jurídico de su posterior actividad dirigente, tanto económica como socialmente. El capitalismo comercial, financiero, industrial y tecnológico adoptó las institu-

ciones jurídicas mercantiles, y con ellas y sobre ellas construyó su estructura, misma que prevalece hasta la actualidad.

La evolución política no fue menos importante. La función directora de los gremios y de las corporaciones de mercaderes y artesanos para el gobierno de las ciudades (Venecia, Génova, Pisa, Valencia). La función política dirigente de la burguesía. La influencia determinante de la Revolución francesa. La concepción política liberal del *laissez-faire*, *laissez-passer*. La posterior concepción política intervencionista nacional-socialista que convulsionó Europa, y el posterior neoliberalismo que la superan, dan finalmente paso a la constitución económica del Tratado de Roma de 1957, que no sólo crea el marco de un nuevo Mercado Común Europeo, sino que, además, instaura un nuevo modelo o sistema económico neoliberal que pone las bases del nuevo sistema jurídico que llega, incluso, a transformar el marco y el contenido de los pilares básicos de las instituciones jurídicas que integran el derecho mercantil moderno.

Finalmente, la estructura económica de cada época ha marcado el signo y el contenido del derecho mercantil. La medieval, creó un derecho consuetudinario; la absolutista, lo asumió y lo convirtió en legislado. La posrevolucionaria lo codificó. La neoliberal ha creado las bases para la crisis de la codificación decimonónica. La actual lo vincula cada vez más con la tendencia a la uniformización, a la supranacionalidad, a la extensión de una *lex mercatoria* que regule las relaciones internacionales. De otro lado, la internacionalización del mercado y de las inversiones confieren un papel cada vez más predominante a las empresas multinacionales, que extienden, poco a poco, su dominio en los mercados nacionales mediante grupos y conglomerados de sociedades filiales. El desarrollo tecnológico e informático, producto y a la vez instrumento del sistema capitalista, coadyuvan a la creación y consolidación de un derecho mercantil nuevo, que lo es porque en cada evolución del sistema capitalista, el “reto” económico-político-social exige al derecho —y dentro de él especialmente al derecho mercantil— nuevas “respuestas”. La dialéctica del “reto-respuesta” funciona, una vez más, en la historia.

El panorama se completa si recordamos la evolución de los comerciantes-empresarios y la relación de los meros ciudadanos con las instituciones económico-mercantiles. El comerciante se fortalece, deviene cada vez más fuerte y más profesional, estructura y agranda su empresa como organización instrumental para su actividad, que se extiende del comercio a la industria, a los servicios e, incluso, a la actividad agraria, generando un *status* de empresario (contabilidad, auditoría, publicidad registral, competencia e instituciones concursales) que al extenderse o “generalizarse” a todos los empresarios, empieza a superar la dicotomía empresario mercantil-civil de forma

cada vez más profunda. Más profunda es, si cabe, la revolución producida en la relación del simple ciudadano con las instituciones mercantiles. De la esporádica relación inicial de los sujetos medievales con ellas, se pasa a una inicial “generalización” que extiende a los ciudadanos del siglo XIX el contacto esporádico con las instituciones mercantiles, y especialmente con ciertos contratos y títulos valores, para acabar en una situación con la que —como es la actual— el ciudadano de los países económicamente desarrollados es de tal modo consumidor y usuario (contractual o institucionalmente) de los bienes y de los servicios fabricados o dispuestos por los empresarios individuales o sociales, con los que se relaciona todos los días, desde que nace hasta que muere, que debe ser protegido de los potenciales abusos de aquéllos. Se produce así la “comercialización de todas las clases sociales” (vaticinada por Ripert) y se ponen las bases de la actual política creciente de protección de los consumidores, reales o potenciales.

Todo ello —sintéticamente expuesto— origina tres fenómenos actuales de enorme importancia: *i*) el protagonismo, la eficacia y la necesaria prevención de los abusos de los empresarios y de las grandes concentraciones de capital en el mercado económico —donde se encuentra la oferta y la demanda de bienes y servicios— genera la aparición de un nuevo régimen jurídico: el derecho de la competencia; *ii*) la situación, la debilidad y la multiplicación o conversión del ciudadano en consumidor o usuario de bienes y de servicios ofertados por las grandes empresas, con las que se ve obligado a contratar en situación de inferioridad, ocasiona, en la década de los años sesenta, la aparición del derecho de protección de consumidores y usuarios, presente hasta en las constituciones europeas más modernas, fenómeno al que calificué en 1981 como la aparición de un nuevo “poder compensador”, al igual que lo fue el poder sindical desde finales del siglo XIX, y *iii*) estos dos fenómenos, junto con otras circunstancias colaterales, producen profundas corrientes que crean determinados fenómenos que hacen aparecer las tendencias actuales del derecho mercantil: la consolidación de su “generalización” y extensión objetivadora; la unificación del derecho privado; la crisis de la codificación del derecho mercantil; la parcial recuperación de la dicotomía entre derecho público y derecho privado; y las repercusiones que todo ello genera en la subsistencia o no del derecho mercantil. Parece conveniente analizar estas tendencias.

LA GENERALIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

La tendencia a la “generalización” de las instituciones mercantiles es uno de los más antiguos fenómenos que se producen en el seno del derecho mercan-

til que continúa operando en él y que lo convierte en una disciplina altamente dinámica y en constante evolución.

La “generalización” afectó las actividades económicas sometidas al derecho mercantil, inicialmente la comercial, posteriormente la industrial, la financiera, la de los servicios todos y hoy “generalizado” el uso de las instituciones mercantiles a la explotación de cualquier actividad, económica o no (cultural, deportiva o científica), que puede realizarse por medio de una institución mercantil, como es el caso predominante de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Afecta también los principios generales que rigen la teoría general de las obligaciones mercantiles que prevalecen sobre las equivalentes reglas civiles que desaparecen de los códigos unificados (Garrigues, Houin, Ascarelli y Broseta). Afecta incluso a las propias instituciones, como es el caso de la sociedad anónima, “generalizada” y “apropiada” por el sector público (estatal, autonómico, provincial y local) y, además, como forma de organización de las empresas públicas, de las sociedades laborales, deportivas, culturales y otras. Incluso se “generalizan” los principios de esta sociedad a las sociedades cooperativas y a las mutuas. También afecta la “generalización” que nos ocupa al propio concepto y estatuto del comerciante, concepto y denominación ésta hoy ya prácticamente sustituida por la de empresario (del comercio, industria y servicios, con lo que se ha producido una “generalización” más) y, dentro de él, el estatuto propio, tradicional y exclusivo del empresario mercantil se extiende y “generaliza” en favor de los que por no serlo, deben ser calificados como empresarios “civiles”, tal como ocurre con el derecho contable, el derecho de auditoría, el derecho de la publicidad registral y el derecho de la competencia, que deben ser aplicados prácticamente a todos los empresarios, tanto mercantiles como civiles, según se desprende en España de las recientes leyes y disposiciones normativas dictadas desde 1968 hasta hoy. Añádase la aplicación, legalmente prevista en mi país, de la quiebra y de la suspensión de pagos a las cooperativas, para comprender la importancia del fenómeno “generalizador” que estamos describiendo, el cual no estuvo simplemente presente en la época medieval y en la posrevolucionaria y liberal, sino que sigue operando en la actualidad por exigirlo así las condiciones de la economía de mercado.

Se desprende de todo ello la existencia de una creciente tendencia actual en el derecho mercantil: su “generalización” dirigida a convertir en “comunes” (dejando, por tanto, de ser “especial”) partes importantes de su tradicional contenido considerado como “especial”, por referencia al derecho civil. Esta tendencia, que también podemos calificar con Menéndez de “expansiva”, va a permitirnos comprender parte de la importante tendencia a la unificación del derecho privado de las obligaciones, o incluso la conversión del derecho

mercantil de “especial” (frente al derecho civil) en “común”, al lado del derecho civil, ambos dentro de un derecho privado de nuevo signo.

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO DE LAS OBLIGACIONES Y LA UNIFICACIÓN FORMAL DEL DERECHO PRIVADO

Como es bien sabido la evolución expuesta ha generado la unificación del derecho privado de las obligaciones, *de iure* en algunos códigos¹ y, en general, *de facto* en los países desarrollados que mantienen la dicotomía del código civil y de comercio, por la naturaleza y el efecto de las cosas.

El derecho mercantil decimonónico presente en los códigos de comercio se basaba, fundamentalmente, en dos pilares: *i*) el concepto y el estatuto del comerciante, distintos de los simples ciudadanos no comerciantes, y *ii*) las especialidades de la teoría general de las obligaciones y de los contratos mercantiles, surgidas de la especial actividad desarrollada por los comerciantes, frente a los correlativos regímenes jurídicos de obligaciones y de contratos contenidos en los códigos civiles y utilizados por quienes no eran comerciantes, fuera de los actos de comercio. Aquellas especialidades se justificaron por la insuficiencia del derecho civil codificado para regular satisfactoriamente las necesidades del tráfico mercantil. Por ello fundamentalmente el derecho mercantil codificado era el derecho “especial”, frente al derecho civil que era el “común” o general.

La unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos se debió a un complejo fenómeno económico y jurídico,² cuyo resultado fue triple: *i*) el predominio de los principios y de los contratos mercantiles sobre los civiles; *ii*) la sustitución de contratos civiles por mercantiles, y *iii*) la extensión de las instituciones mercantiles a toda explotación o actividad económica pública o privada civil. Todo ello operando sobre una estructura económica, en la que la actividad del empresario es cada día más profesional y organizada sobre empresas (multinacionales o no) que practican un mayor y más intenso tráfico en masa y que tiende, cada vez más, a la concentración de capitales y de empresas mediante la creación de grandes grupos de sociedades.

Por ello puede ya afirmarse, *de iure* en unas legislaciones y *de facto* en otras, que el derecho mercantil ha dejado de ser un derecho especial por re-

¹ Véase, por ejemplo, el *Codice Civile*, italiano, de 1942, y el *Code Federale des Obligations*, suizo, de 1936.

² Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1965.

ferencia dependiente al derecho civil, para convertirse en una rama o parte del derecho privado (*rationae materia*), sustantiva por razón de la materia que la integra: la actividad económica realizada por los empresarios por medio de las empresas. De parte especial del derecho común, del derecho civil “desgajado”, se convierte el derecho mercantil moderno en una parte del derecho privado formalmente unificado, al lado del derecho civil; y diverso de él solamente por la materia que los integra: el derecho civil es el propio de la persona, de la propiedad, de la familia y de las sucesiones; mientras que el derecho mercantil es el propio de la actividad económica ejercida por medio de la empresa, de aplicación, tanto a los empresarios que la explotan como a los sujetos que, siendo o no empresarios, con ellos contratan bienes o servicios en el mercado. La suma de las partes determina el contenido del nuevo derecho privado.

No es extraño, pues, que hayan aparecido tendencias que intentan definir el moderno derecho mercantil, calificándolo como “derecho económico”, “derecho de los negocios” o “derecho del mercado”, que analizaremos más adelante. Lo único claro es que, si la tendencia hacia esta unificación formal del derecho privado existe, lo que nos parece evidente, el criterio del “comercio”, del “acto de comercio”, del “comerciante” o, incluso, la propia denominación de “derecho mercantil”, deberían, quizá, revisarse y sustituirse por otras denominaciones más acordes con la naturaleza y el contenido del derecho mercantil moderno.

LA CRISIS DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Lo expuesto pone de manifiesto la crisis de los códigos de comercio decimonónicos o de los modernos que de ellos traen causa. En los países europeos y latinoamericanos que los mantienen, en general puede decirse que su contenido no responde ya a las modernas exigencias de la realidad. Por ello se promulgan constantemente “leyes sectoriales” que los actualizan o complementan. Buena prueba es el movimiento legislativo español producido desde 1988 hasta nuestros días, en el que todo el derecho mercantil moderno y nuevo está fuera del código de comercio. Así la ley de marcas, la ley general de publicidad, la ley de auditorías, la ley general del mercado de valores, la ley de defensa de la competencia, la ley de reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil a las directivas comunitarias en materia de sociedades mercantiles y, recientísimamente, la ley de competencia desleal. Todas ellas están fuera del código de comercio, “descodificando” sus materias.

Pero cuando la doctrina analiza el fenómeno de la crisis de la codificación,

se plantea otra consideración: si en la actualidad el método codificador tiene vigencia y sentido, si es válido y, sobre todo, si puede seguir utilizándose, para responder negativamente a estas cuestiones. Para ello se aducen tres tipos de argumentos: *i)* está superada la filosofía que creó la codificación, la cual es irrepetible; *ii)* el código es una compleja obra jurídica que nace desfasada, es incapaz de recoger las modificaciones y las instituciones dinámicas que surgen día a día, que exigen leyes o normas muy concretas, porque el código es por sí mismo “esclerotizante”, y *iii)* se afirma que el modelo codificador actualmente no se adecua a las exigencias internacionales del tráfico y del comercio supranacionales, a las exigencias y a las cautelas que son necesarias frente a las sociedades multinacionales, a la cada vez mayor internacionalización de la *lex mercatoria* y, además, que el código es contradictorio con el método de creación del derecho comunitario mediante reglamentos y directivas. Se llega a afirmar que si algunos estados europeos han perdido parte de su soberanía legislativa en favor de la Comunidad Económica Europea, lo cual es cierto, difícilmente puede mantenerse el método codificador, que fue una de las manifestaciones de la soberanía legislativa de los estados modernos.

Se afirma por todo ello que el futuro legislativo sólo puede reposar sobre grandes leyes sectoriales (sociedades, seguros, transportes, mercado de valores, defensa de la competencia, etcétera) pero no sobre un código que regule toda nueva materia mercantil. La argumentación posee verosimilitud y parte de razón. Pero, al menos en mi opinión, exagera los argumentos y dificultades. En primer lugar, porque mayores eran las dificultades vigentes en la época de la codificación y, sin embargo, se llevó adelante. En segundo lugar, porque la verdadera razón que late en el fondo de la “crisis” es que la ajetreada y compleja vida económica de la sociedad actual... y de los juristas que deberían preparar el proyecto de un nuevo código, lo hacen casi imposible. Más que la “caducidad” de la idea codificadora, influye la impotencia de los juristas y la incomprensión de los gobiernos que deberían encargarse del proyecto de código como una tarea. En tercer lugar, debe señalarse que una vez precisados los criterios rectores en torno a los que debería girar el futuro código (que estarían indudablemente claros entre los mercantilistas modernos), la codificación sería perfectamente realizable, sin que supusiera la inexorable “esclerosis” del derecho mercantil codificado. Finalmente, debe resaltarse con preocupación la gran “inseguridad jurídica” que puede crear el abandono del método codificador y su sustitución por el método de las leyes sectoriales, como ha señalado Vicent Chuliá entre los mercantilistas españoles. Inseguridad que ya se está produciendo en el derecho mercantil de España, por ejemplo, con la regulación de la publicidad comercial, sometida tanto a la

Ley General de Publicidad de 1988 como a la posterior Ley de Competencia Desleal de 1991, sin excesivo rigor, sin claridad ni delimitación normativas. Sin saber, en consecuencia, si deben prevalecer los criterios generales de ésta o los específicos de aquélla, con la contradictoria, insegura y previsible prevaencia final de ésta.

Para evitar esta inseguridad, el futuro código de comercio puede y debe incorporar con carácter general los grandes principios rectores de la materia mercantil (lo que resulta imposible para cada ley sectorial), que deben ser respetados y deben guiar su aplicación, su interpretación y sus posteriores modificaciones y ampliaciones. Por el contrario, las simples leyes sectoriales, inexistente el código de comercio, no tienen por qué respetar esos principios rectores no establecidos en ningún código ni ley fundamental inexistentes.

LA SUPERACIÓN DE LA DICOTOMÍA DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

La clásica posición de los juristas asignaba al derecho mercantil (junto al civil) el contenido dicotómico del derecho privado frente al derecho público, dotados aquéllos no sólo de contenidos sino de principios y normas diversas y, en ocasiones, contrapuestas y condicionantes las del público de las del privado.

En las tendencias actuales de la doctrina mercantilista, algunos autores afirman que existe un proceso de expansión del derecho público sobre el derecho privado, y especialmente sobre el derecho mercantil, como fenómeno constante e imparable que permite dudar, incluso, de la continuidad de un derecho mercantil reducido a su pura dimensión privada (Menéndez). Fenómeno al que se añade la influencia que sobre las instituciones jurídico-mercantiles genera la constitucionalización del derecho económico más reciente, para acabar creando una "bruma" que dificulta o ensombrece la nitidez de las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho público.

No creemos en ese predominio del derecho público sobre el derecho mercantil, ni tampoco en una "desprivatización" del régimen jurídico de las instituciones mercantiles, que consideramos absolutamente contradictorio con la tendencia neoliberal vigente en las constituciones políticas modernas y en el Tratado de Roma de 1957, que inspira todos los derechos mercantiles de Europa. Por el contrario, es nuestra opinión que la tendencia actual dirige sus pasos hacia la "privatización de lo público" y a la reducción de toda excesiva intervención administrativa, porque lo que se pretende es "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (artículo 38 de la Constitución española de 1978). La tendencia es, pues, la reducción del "intervencionismo

productor” (de ahí la “privatización” de empresas y de actividades económicas en mano pública) y del “intervencionismo administrativo regulador” sobre la actividad económica privada. De ahí que, por el contrario, exista y predomine un retroceso o reducción de la presencia del derecho público sobre la actividad económica.

Radicalmente distinto es el hecho de que la concepción actualmente predominante, denominada “economía social de mercado”, o la propia constitucionalización del modelo económico neoliberal, hayan producido y sigan produciendo un importante fenómeno político-social y jurídico, que se caracteriza, entre otros, por los rasgos siguientes: *i*) por la quiebra del individualismo económico dominador del mercado propio del sistema liberal (y presente en el derecho mercantil decimonónico, aún en parte vigente), en el que el capital operaba libre casi sin frenos ni limitaciones; *ii*) por el principio imperativo de que el sistema de economía de mercado debe ser tutelado y protegido mediante normas imperativas (antitrust, concentraciones, competencia desleal, etcétera) para ser protegido de las tentaciones hacia el abuso de las propias empresas y del capital; *iii*) por la necesaria y constitucional protección de los consumidores y usuarios; *iv*) por la regulación de las condiciones generales de la contratación que eviten los abusos de ella, protegiendo a la parte más débil de los contratos; *v*) por la responsabilidad objetiva del empresario, y *vi*) por la superprotección de los intereses sociales en las empresas en crisis, en detrimento a veces de los intereses individuales y subjetivos de los acreedores ordinarios.

El cambio es cualitativo y muy importante. Antes de la conformación del sistema neocapitalista o neoliberal de la economía social de mercado, el régimen jurídico de las instituciones mercantiles era absolutamente liberal e individualista, ajeno a toda preocupación general y, por tanto, sometido al derecho público. Las normas, los principios y las condiciones protectores del *interés general* que debía respetar el régimen jurídico de la actividad económica y de la economía privada, así como la protección de los intereses contractuales concretos y de los particulares, estaban contenidas, normalmente, en disposiciones administrativas del derecho público, razón por la cual la contraposición dialéctica entre éste y el derecho privado era formal y sustantivamente evidente. El derecho privado actual y moderno —y dentro de él, el derecho mercantil— no puede ser neutral ante el interés general de la sociedad (Menéndez), de tal modo que pueda ser utilizado en contra de ésta, sino que, por el contrario, dentro del régimen jurídico de las instituciones económico-mercantiles (y por ende, dentro del derecho privado) se contienen, como emanación de los principios constitucionales, las normas y los principios que coordinan y obligan a utilizar las instituciones jurídico-mer-

cantiles respetando el interés económico general y, especialmente, el interés de los consumidores. Así ocurre ya en las leyes sobre el contrato de seguro privado; en las leyes de sociedades mercantiles; en las disposiciones sobre protección de consumidores y usuarios; en la Ley General de Publicidad; en la Ley de Defensa de la Competencia; en la Ley de Marcas y en la reciente Ley de Competencia Desleal. Y así será también, en futuras leyes españolas, como es el caso de la que ha de regular las condiciones generales de la contratación y en otras en proyecto o en preparación.

La anterior dicotomía de localización o de colocación y presencia de los principios de protección del interés general y de los intereses particulares que lo exigen (que antes se situaba dentro de las normas de derecho público) ha cambiado, porque ahora tiende a localizarse o situarse dentro de las leyes que establecen el régimen jurídico privado de las instituciones mercantiles, como reflejo no ya de meras disposiciones de derecho público, sino como reflejo de las imperativas normas constitucionales.

Por ello puede decir Vicent Chuliá que “la formación de un derecho mercantil que, sin dejar de ser derecho privado, ha cambiado sus contenidos, abandonando su función neutral asignada en el marco del capitalismo liberal (en contraposición a un derecho público con contenidos políticos), incorporando los valores o contenidos propios del Estado social. Ello relativiza la distinción entre derecho público y privado, que no obstante sigue firme en cuanto a la naturaleza de las relaciones reguladas y a la naturaleza de las normas: el derecho público (administrativo, fiscal) es eminentemente tipificador de supuestos de intervención pública y de infracciones; mientras que el derecho privado, aun de carácter imperativo o de orden público, es un “derecho principal” o flexible; junto a las cláusulas o conceptos generales del código civil (analogía, represión de fraude de ley, del ejercicio abusivo o antisocial de los derechos), cada una de las leyes recientes invoca un paquete de “principios” generales o “configuradores” o “cláusulas generales”, llamados a colmar cualquier laguna legal. (Así, los principios jurídicos de la actividad contable y en especial los de valoración de las cuentas anuales: arts. 38 y 39 del Código de Comercio; los principios configuradores de la sociedad anónima (art. 10 LSA) en buena medida capitalizables a todas las sociedades de capital, la cláusula general definitoria de la competencia desleal en el art. 5 de la ley que la regula.)

Por todo ello parece conveniente constatar, finalmente, en síntesis, la aparición de la siguiente tendencia: *i*) los grandes principios conformadores de la actividad económica privada se contienen en las constituciones modernas, como en la española de 1978, al consagrar la economía social de mercado o el sistema de libertad de empresa; *ii*) la plasmación o concreción imperativa

de tales principios en cada institución jurídico mercantil se contiene en su régimen jurídico-privado (derecho mercantil), y *iii*) mientras que el derecho administrativo o público de lo económico se debe limitar a configurar la intervención o el *status* del sujeto agente de lo económico (normalmente de la sociedad que ejercita la actividad económica) y sus infracciones y sanciones. Por todo ello ha aparecido un nuevo orden, en el que la influencia de la concepción constitucional de la economía social de mercado es esencial, y en el que la relación entre derecho público y derecho privado cambian de signo y se relativizan.

Pensamos que todo ello, aunque constituya un cambio altamente cualitativo, no puede permitírnos afirmar la “desprivatización” ni del derecho privado ni del derecho mercantil, sino simplemente constituye una pura relativización de la tradicional antinomia del derecho público-derecho privado que, a partir de ahora, se construyen sobre perfiles diversos, lo que repercute en la estructura y régimen jurídico de las instituciones mercantiles.

SUBSISTENCIA Y EXPANSIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

De todo lo expuesto se desprende una clara conclusión: a nueva conformación del modelo económico constitucional de la economía social de mercado, añadida a la descrita evolución interna de la materia mercantil que se concreta en las tendencias anteriormente expuestas, determina la aparición de un nuevo derecho mercantil, dotado de autonomía (frente al derecho civil) y de sustantividad propia (por razón de la materia que regula: toda la actividad económica) se conforma, cada vez más, como el derecho privado ordenador o regulador de toda la actividad económica que, desarrollada por los empresarios mediante la empresa, se proyecta en el mercado sobre éstos y sobre los consumidores y usuarios de todo tipo de los bienes y de los servicios.

Las nuevas características fundamentales de este nuevo derecho mercantil le son atribuidas, en síntesis, por dos factores esenciales: *i*) por la presencia dentro de él —y no desde el derecho público— de los principios imperativos de protección del interés general, que dimanar de la economía social de mercado presente en las modernas constituciones, y *ii*) por el predominio del mercado en el nuevo orden económico, razón por la cual el derecho de la competencia tiende a convertirse en el centro del nuevo y moderno derecho mercantil, por encima del interés individual de los empresarios, que se someterán a las normas e intereses generales en él contenidos.

El nuevo derecho mercantil se caracteriza, además de lo expuesto, por varios aspectos concretos: *i*) por su *extensión al sector público*, mediante las so-

ciedades anónimas de todo tipo, que se someten al derecho de la contabilidad, de la auditoría, de la publicidad registral y, especialmente, el derecho a la competencia (lo que tiende a convertir al derecho mercantil en una especie de derecho común de la actividad económica pública y privada), reconociendo así la superioridad de los métodos de gestión privados sobre los públicos; *ii*) por tener su centro en el mercado y en la libertad de empresa, cuyo regular funcionamiento se tutela como un bien digno de protección constitucional, por encima de los intereses particulares de sus protagonistas; *iii*) por la cada vez más creciente protección a los consumidores y usuarios, como “poder compensador” de la progresiva importancia de las grandes empresas nacionales y multinacionales en el mercado; *iv*) por el progresivo sometimiento de los empresarios y de las grandes empresas, a las reglas del *fair play* dictadas por el derecho de la competencia y el nuevo orden económico constitucional que posee un mayor contenido social que el anteriormente vigente; *v*) por la cada vez más probable aparición de la cogestión, en alguna forma, en las grandes empresas, lo que recortaría la autonomía del capital privado en el mercado, y *vi*) por la progresiva unificación formal del derecho privado, porque en él se aplicarán con carácter general a todos los empresarios (mercantiles o no) los principios contables, de publicidad, de auditoría, de regulación de la competencia; por la aplicación del mismo régimen jurídico único para todas las obligaciones y los contratos, salvando la decimonónica distinción entre las civiles y las mercantiles y, por tanto, entre código civil y de comercio, dejando, en definitiva, en el reducto del derecho civil el régimen jurídico de la persona, de la propiedad, de la familia y de las sucesiones.

El derecho mercantil se revela así más fuerte, al poseer dentro de él los principios constitucionales protectores de los intereses generales que se debaten en el mercado de la libertad de empresa, habiendo superado su tradicional antítesis frente al derecho civil y frente al derecho público, como sistema privado ordenador de toda la actividad económica presente en el mercado. Lo que en este momento falte en los ordenamientos jurídicos nacionales para alcanzar estas metas, pensamos que se alcanzará en las próximas décadas. A ello se dirigen, sin duda, las tendencias actuales presentes en el seno del moderno derecho mercantil. Si al resultante de la acción conjunta de todas ellas le seguiremos denominando derecho mercantil, o derecho privado de los negocios o derecho privado de la actividad económica del mercado, es cosa que ahora queda fuera de nuestro alcance, dados los límites de estas páginas.

Valencia, 25 de junio de 1991