

**EL TÍTULO PRELIMINAR DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL**

MANUEL OLIVENCIA RUIZ

Revista de Derecho Mercantil, nº 290/2013 (octubre-diciembre)

- - - - -

Sumario: I. El encargo ministerial. 1. El fin de política jurídica; 2. El medio de política legislativa; 3. Los criterios de calificación de la legislación mercantil.- II. Función del Título Preliminar de la PCM. 1. El "ámbito de aplicación"; 2. El objeto; 3. El contenido; A. La superación de la teoría de la empresa; B. El ámbito subjetivo; a) La ampliación del perímetro; b) La regla de Derecho internacional privado; C. El ámbito objetivo; D. Jerarquía de las normas.- III. Reflexiones finales.

**I. EL ENCARGO MINISTERIAL**

**1. El fin de política jurídica**

La Orden del Ministerio de Justicia (OMJ) de 7 de noviembre de 2006, firmada por el Ministro D. JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, por la que se encargó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación (CGC), la elaboración de un nuevo Código Mercantil (CM), expresó el fin de política jurídica que perseguía: delimitar claramente el concepto de "legislación mercantil", "competencia exclusiva del Estado por la necesidad de asegurar en el ámbito jurídico privado la unidad de mercado que impone la Constitución"

y "para ofrecer así la necesaria seguridad jurídica a todos los operadores económicos".

En efecto; la unidad de mercado exige la unidad de su regulación jurídica. Desde la Constitución de Cádiz de 1812, a la unidad de mercado -un territorio sin aduanas ni fronteras interiores (art 354)- se corresponde la unidad de un Código mercantil, uno solo "para toda la Monarquía" (art. 258).

Esa unidad legislativa se convierte en una constante del constitucionalismo español del XIX (v. arts. 4º de la CE de 1837; 4º de la de 1845; 5º de la de 1856; 91 de la de 1869; 75 de la de 1876). Cuando, con la proliferación de leyes especiales, el C. de c. deja de ser garantía de unidad, ésta se persigue a través de la atribución exclusiva al Estado de la legislación mercantil. Es la expresión que utilizó la CE de 1931, de la II República (art. 15.1), precedente de la vigente, de 1978 (art. 149.1.6ª), que asegura la unidad mediante el reconocimiento de un solo legislador (estatal) en materia mercantil para un solo mercado. Son unidades correlativas (mercado y legislación mercantil) que proyectan la unidad nacional en el plano de la economía (mercado nacional) y en el de su regulación jurídica.

La unidad de mercado impone en todo el territorio nacional un espacio de libre circulación y establecimiento de las personas y de libre circulación de bienes (art. 139.2 CE, ubicado en el Título VIII, De la Organización Territorial del Estado), lo que enlaza con dos valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico: la libertad

y la igualdad (art. 1.1 CE). Una de las manifestaciones del rico valor de la libertad es la de empresa (art. 38 CE, "en el marco de la economía de mercado") y, dentro de ella, la de circulación y establecimiento en todo el territorio nacional; por eso, la CE la garantiza a través de una norma prohibitiva, que tiene como destinatarios a las autoridades y que les impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen aquella libertad. Obsérvese que la norma se sitúa en el mismo artículo y a continuación del apartado que proclama que la igualdad de todos los españoles ante la ley (art. 4) no puede alterarse por diferencias normativas entre territorios ("los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado" -art. 1º39.1 CE-).

Si la unidad de mercado significa un territorio libre de obstáculos, eso impone la remoción del principal obstáculo a la unidad, a la libertad y a la igualdad, que es la pluralidad de regulaciones jurídicas, con la consecuente diversidad entre ellas.

De ahí, esa constante "tendencia a la internacionalidad" que se observa como característica del Derecho mercantil desde su origen medieval como Derecho de los comerciantes en el ejercicio del comercio, un Derecho que supera fronteras políticas y adopta un corte "uniforme y unitario". Una tendencia que se acusa más en una época de "globalización", de creación de mercados mundiales, pero que tiene su punto de partida esencial en la unidad de mercado nacional y de la legislación mercantil que lo regula.

## 2. El medio de política legislativa

Si la política jurídica fija fines al Derecho, la política legislativa elige los instrumentos normativos idóneos para alcanzarlos. La OMJ no sólo establece los fines, sino los medios para alcanzarlos: la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

Renace así la función codificadora como instrumento de unidad. Arrollados los Códigos decimonónicos por la impetuosa corriente de la legislación especial, parecían ya arrumbados, como continentes incapaces de encerrar en su seno todo su contenido y demasiado angostos para encauzar el aluvión legislativo en materia mercantil. Pero la política legislativa del Ministro LÓPEZ AGUILAR resucita para la modernidad el viejo instrumento unificador, el Código. Se trata de sustituir al C. de c. de 1885, totalmente superado ya en la realidad del Ordenamiento jurídico, no solo por sus planteamientos decimonónicos, muy alejados de las exigencias del tráfico económico actual, sino también por la proliferación de leyes especiales que, desgajadas del Código, dan lugar a una dispersión de la legislación mercantil de efectos muy negativos en la realidad del mercado.

Acorde con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el nuevo cuerpo legal y con la realidad del tráfico, la delimitación de la materia mercantil parte de un concepto básico: el mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y

demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial.

“Arcaísmo y dispersión” vuelven a reflejar el diagnóstico de la enfermedad; arcaísmo del C. de c. y dispersión de la legislación especial mercantil. Y la opción de política legislativa confía a un nuevo Código (a un Código nuevo) el remedio de aquellos males: la *modernización*, contra el arcaísmo; la *integración*, contra la dispersión.

La esencial finalidad unificadora había de alcanzarse, conforme a la OMJ, a través de nuevos planteamientos delimitadores de la materia mercantil y de la integración en el cuerpo legal único de “la legislación mercantil existente”, no de forma automática, sino sometiéndola a la función que para actualizarla y completarla la OMJ confía a la Sección Segunda de la CGC (“en la medida que se estime oportuno”).

Aquí, de nuevo, luce la influencia francesa en nuestra legislación. Si los Códigos de comercio españoles del siglo XIX recibieron la del *Code de commerce* de 1807, el nuevo Código Mercantil sigue al modelo francés de 2000. Como éste, frente a la proliferación de leyes especiales, se plantea una “reorganización” y una “recodificación” del conjunto de la legislación mercantil.

Ciertamente, la OMJ de 2006 encomienda a la Sección Segunda de la CGC un encargo más amplio que el recibido por el Gobierno francés en virtud de la Ley 99/1071, de 16 de diciembre de 1999; pero es que los supuestos son muy distintos. En el caso francés, se trata de una delegación legislativa, que acota la habilitación al Gobierno en una recodificación "*à droit constant*", es decir, sin modificaciones de fondo, sólo aquellas impuestas por el "respeto a la jerarquía de las normas", la "coherencia de redacción" o "la armonización del estado del derecho". En España, se trata de iniciar, en fase prelegislativa, un proceso que, partiendo de la Propuesta del órgano redactor encargado por el Ministerio de Justicia de la elaboración de un nuevo Código Mercantil (PCM) y a través de la tramitación, en su día, de un Anteproyecto, sometido a los dictámenes preceptivos y a cuantos otros informes considere oportunos el Gobierno, desemboque en un Proyecto de Ley que se presentará a las Cortes Generales y seguirá en ambas Cámaras el curso preceptivo hasta convertirse en Ley. No hay ni delegación legislativa ni ley de bases; simplemente, una iniciativa legislativa del Gobierno que, por el momento, no pasa de una Propuesta del órgano encargado de su elaboración. Por eso, no hay limitaciones de fondo, sino meras propuestas de modificaciones que, en su día, habrán de ser decididas por los entes legisladores.

Pero el modelo inicial de "recodificación integradora" es el francés de 2000, al que se remite la OMJ en cuanto a la sistematización de la materia: "Se utilizará para la sistematización del nuevo texto legal la numeración de los libros, títulos, capítulos y

artículos característica de la nueva codificación francesa".

Se trata de un detalle de simple técnica legislativa -no ya de política- que es consecuencia de la elección del modelo "recodificador". La numeración no correlativa, sino por cifras que sucesivamente expresan libro, título, capítulo y artículo, responde a un método, en fin, que permite recibir futuras modificaciones sin alterar la numeración ni acudir a "bises" y sucesivas expresiones repetitivas de un mismo artículo.

En el modelo, en la estructura y en la sistemática, la Propuesta de Código Mercantil (PCM) respeta el diseño trazado por la OMJ y se inspira en el modelo francés; pero, en su contenido, resulta más avanzada que éste, hecha la salvedad de su muy diversa naturaleza, la que media entre la delegación legislativa y la Propuesta de Anteproyecto de Ley.

### **3. Los criterios de calificación de la legislación mercantil**

En el fondo, se trata, según la OMJ, de delimitar la legislación mercantil. Los criterios de calificación de ésta no son más que el carácter de sus normas, primero, y la acotación de la materia regulada, después. La propia OMJ parece refundir ambos criterios cuando se refiere a "la necesidad de asegurar en el ámbito *jurídico-privado* la unidad de mercado" y a "las relaciones *jurídico-privadas* vinculadas a las exigencias de la *unidad de*

*mercado*". Se trata, ante todo, de regular relaciones jurídicas *inter privatos*, regidas por el Derecho privado, lo que excluye al Derecho público que incide en el ámbito del mercado.

Pero no basta con calificar la naturaleza jurídico-privada de las normas y de las relaciones jurídicas reguladas (la legislación mercantil es de Derecho privado y regula relaciones jurídico privadas), sino que es necesario definir la naturaleza de la materia regulada. Se dice que es función de todo Derecho privado especial definir su propia materia frente al Derecho común, porque es necesario que acote el ámbito de la realidad social sometida a su propia regulación.

Como afirma el Prof. ROJO ("El Código Mercantil", en esta *Revista*, n° 286, 2012, pp. 15-22, en especial, p. 19), "el problema fundamental" es el de la delimitación de la materia mercantil. La PCM ha querido resolverlo sobre la base jurídica incuestionable de los principios de la constitución económica vigente y con realismo, esto es, con referencia a realidades cuya existencia es indiscutible -como el mercado, sus operadores, sus actividades- pero, a la vez, dinámica. De esta manera, sin cambiar los criterios delimitadores, se permite una evolución de la materia acotada, en función de esas variables sociales y económicas. Anclado en los principios constitucionales, el Derecho codificado no se inmoviliza ni se "petrifica", sino que evoluciona al compás de unos criterios que están determinados, pero que son cambiantes. El mercado es una realidad viva, en continua transformación, como sus operadores y sus



actividades, y en función de esas variables cambiarán los límites de la materia mercantil.

La OMJ se refiere como criterio definidor, en primer lugar, al *mercado*. Si es la unidad de mercado la que exige la unidad de la legislación mercantil, es evidente que ésta ha de acotarse en función de ese ámbito económico, como "concepto básico".

Ese es el marco de la realidad social y económica en el que se contiene la materia mercantil: el mercado, que define el modelo de la constitución económica como caracterizador del sistema ("economía de mercado") y cuya unidad ha de asegurar esa regulación jurídico-privada unitaria.

Pero el mercado no es materia exclusiva de la legislación mercantil, aunque sí concepto de referencia para determinar los ámbitos subjetivo y objetivo de ésta. Ciertamente es que sobre el mercado como realidad social y económica inciden normas de Derecho público de muy diversas clases ("Derecho de la economía", administrativo-económico, penal, procesal, internacional público); luego no es un concepto idóneo para calificar así al Derecho mercantil como "Derecho del mercado"; otra cosa es que el Derecho público que regula el mercado haya de respetar también el límite constitucional de su unidad. La legislación pública del mercado, sea estatal o autonómica, porque aquí ya no existe la garantía de una competencia exclusiva en su producción, ha de respetar tanto la plena atribución al Estado de la legislación mercantil

(privada) como la unidad del mercado, ámbitos constitucionales que no cabe traspasar.

## **II. FUNCIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR DE LA PCM**

### **1. El "ámbito de aplicación"**

La Sección Segunda de la CGC ha querido cumplir los criterios básicos de la OMJ que definen el encargo y condicionan la elaboración del nuevo Código a través de la introducción en el pórtico de su texto de un *Título Preliminar* que lleva el rótulo "*Ámbito de aplicación*" y se articula en torno a tres ejes fundamentales: *objeto*, *contenido* (ámbitos subjetivo y objetivo) y *jerarquía de las normas*.

### **2. El objeto**

La E. de M. de la PCM repite la "antológica frase" con la que la de 1882 anunciaba el carácter innovador del C. de c. de 1885: "considera al Derecho Mercantil bajo una faz completamente nueva". Más exacto sería, en nuestro caso, hablar de que lo estructura "sobre unas bases nuevas", las impuestas por la CE de 1978. Lo que en el umbral de la PCM pretende el art. 001-1 es, ante todo, enmarcar su contenido en el plano constitucional de la "economía de mercado" y subrayar la importancia de este concepto. No se trata de una frase convencional ni de mera ubicación legal, sino de una sólida afirmación de la

base sobre la que se construye el CM y de los principios que lo rigen.

A partir de ahí, el artículo anuncia el contenido del CM ("... el presente Código contiene"). Al describirlo, se refiere, ante todo, a "las normas mercantiles" (esto es, jurídico-privadas) que regulan el "mercado de bienes y servicios en todo el territorio español" (esto es, sin fragmentaciones, acorde la unidad legislativa con la unidad de mercado). Y, a continuación, ese contenido global lo contempla en dos vertientes: "el estatuto de las personas incluidas en su ámbito" (subjctiva) y "las actividades desarrolladas en el mercado (objetiva).

La norma definidora omite el carácter jurídico-privado de las normas "mercantiles", sin duda por considerarlo implícito en el calificativo, referido a una rama del Derecho privado distinta del civil y que acota su propio ámbito. Este sí se expresa, en la doble vertiente, subjctiva y objetiva, antes descrita.

El art. 001-1 de la PCM, como todos los que señalan el "objeto" de la ley en cuyo frontis se inscriben, no encierra una norma jurídica en sentido propio, o al menos una norma completa, aunque sí elementos que pueden servir para integrar o interpretar las que contiene el cuerpo legal. No es, pues, un artículo vacío, porque al invocar el modelo constitucional económico está refiriéndose a los principios que lo inspiran y que ha de respetar. Concretamente, usa tres veces la voz "mercado" y reclama

el principio de unidad al referirse a su regulación "en todo el territorio español".

El contenido del CM se refiere, en su frase final, a *personas y actividades*. Con esta doble vertiente, resultan acertadas las frases de la E. de M. de la PCM que presentan la materia mercantil delimitada: "De esta manera, el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas".

Recuerda la E. de M. la concepción inicial del Derecho mercantil como *ius mercatorum ratione mercaturae*, definición dual que no consiguieron superar los llamados sistemas *subjetivo y objetivo*, siempre relativos, con predominio más o menos acusado de uno de esos elementos en la delimitación de la materia mercantil, y que, desde luego, no evitó nuestro vigente C. de c., con la famosa doctrina de los "actos objetivos de comercio" ("sean o no comerciantes los que los ejecuten", art. 2º), una idea erróneamente liberal y anticlasista contradicha en el propio cuerpo legal cuando comienza por definir a los comerciantes (art. 1º), dedica todo un Título del Libro II (el primero) a las compañías mercantiles, tanto en su aspecto contractual como en el de su personalidad jurídica (los dos párrafos, respectivamente, del art. 116) y reclama expresamente la presencia de aquéllos para calificar de mercantiles numerosos contratos (arts. 239; 244; 303; 311; 349.2º; 380; 567).

Esa caduca concepción, abandonada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, necesita ser sustituida por otra, actual y coherente, acorde con la realidad del tráfico y con los principios constitucionales que rigen esta materia, para calificar fundadamente lo "mercantil".

El art. 001-1 CM se refiere a "las personas incluidas en su ámbito" y a "las actividades desarrolladas en el mercado"; es decir, que mientras el ámbito subjetivo se remite enteramente a lo dispuesto en el CM a este respecto, el objetivo se caracteriza por su realización en el mercado, como concepto básico de calificación.

Interesa, pues, determinar los criterios que definen esos ámbitos.

### **3. El contenido**

#### **A. La superación de la teoría de la empresa**

Las insuficiencias de la teoría "objetivista" que explicaba la delimitación de la materia mercantil en nuestro C. de c. de 1885, dio lugar, primero en la doctrina científica (a partir de las tesis de POLO) a la teoría de la empresa, como criterio definidor; aunque, como señalé en la crítica formulada en mi "Memoria" de Cátedra, en 1960, la empresa como concepto de

organización económica no era objeto del Derecho mercantil sino criterio calificador de la materia por éste regulada: su titular -el empresario- y su actividad -los actos de empresa-. Así, el Derecho mercantil seguía siendo el Derecho de una clase de personas y de una clase de actos, pero caracterizados precisamente -personas y actos- por su vinculación con la empresa, un dato que podía dar unidad, realidad y armonía al sistema. La empresa se convertía así en "presupuesto, concepto económico previo, criterio calificador" de la materia mercantil e incluso ordenador sistemático de ésta en las exposiciones doctrinales.

Se suele citar la STC n° 37/1981, de 16 de noviembre, como acogedora de la teoría de la empresa en la delimitación de la materia mercantil; pero es ese un pronunciamiento revelador de la relatividad del criterio delimitador. Es cierto que al TC compete salvaguardar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, pero no definirla, ni formularla ni adherirse a ninguna posición doctrinal sobre su concepto. Su función es la de pronunciarse sobre contenidos concretos respecto de los cuales se suscite una cuestión de calificación, de si se trata o no de materia mercantil sujeta a la competencia exclusiva del Derecho privado estatal. Por ello, la STC 37/1981, de 16 de noviembre, no enuncia un criterio general delimitador de la materia mercantil, sino un criterio específico de inclusión dentro de ésta de unas concretas relaciones jurídico-privadas, al afirmar que "*cualquiera sea la materia regulada por la legislación mercantil «habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales»*".

La STC está incluyendo en la materia mercantil, cuya naturaleza no precisa sino que relativiza ("cualquiera sea...") unas concretas relaciones jurídico-privadas entre empresarios calificados de "mercantiles o comerciantes".

Cierto es que la STC apuntó a un núcleo básico de la materia mercantil: los titulares de empresas y sus relaciones jurídico-privadas; pero ni siquiera de todos, sino sólo de los que en aquel caso interesaban, "los mercantiles o comerciantes". Ello supone la exclusión de ese ámbito de otros empresarios, como efectivamente ha ocurrido durante largas épocas de la historia del Derecho mercantil con "los agricultores y los ganaderos", a cuyas ventas de "frutos o productos de sus cosechas o ganados" sigue negando mercantilidad el art. 326.2º C.de c.

El empresario ya no es "mercantil" por la naturaleza de su actividad económica, sino por operar en el mercado y concurrir en él con sus bienes o servicios. Como concurren otros profesionales alejados del concepto de empresario por la naturaleza intelectual (científica, liberal o artística) de los bienes que producen o de los servicios que prestan.

Esas figuras no pueden ya quedar marginadas de la regulación del mercado. Por eso, el CM, en consonancia con los principios constitucionales, supera la calificación de empresarios "mercantiles" y reconoce como operadores del mercado a otras figuras no empresarios en sentido estricto.

## B. El ámbito subjetivo

### a) La ampliación del perímetro

La apertura del perímetro subjetivo del CM determina la utilización del concepto más amplio de "operador del mercado", en el que no sólo se incluyen los "empresarios" sino todas las personas sujetas al CM.

El Derecho mercantil formulado con criterios constitucionales tras la CE de 1978 ya no es sólo Derecho de los empresarios, mucho menos de los que la propia STC 37/1981 calificaba de "mercantiles o comerciantes", ni siquiera de todos los empresarios, de cualquier clase. La expansión natural del Derecho especial ha ido invadiendo otras zonas del Derecho privado para someterlas a su regulación. Si el marco de referencia en el que se contiene la materia mercantil es hoy el mercado, resulta forzoso reconocer, en primer lugar, que en él operan todos los empresarios, cualquiera sea la actividad económica de producción de bienes o de prestación de servicios a la que se dediquen -incluidas las agrarias y las artesanales, tradicionalmente marginadas del Derecho mercantil- y, en segundo lugar, que junto a los empresarios existen otros "operadores del mercado" que en él actúan, producen bienes o prestan servicios de naturaleza intelectual (científica, liberal o artística).

El alcance de tal calificación es doble: de una parte, la "sujeción" al CM determina la aplicación de un "estatuto" propio, esto es, de un conjunto de normas de



las que derivan especiales derechos y obligaciones para los operadores del mercado, como enuncia el art. 001-3. Entre ellas, se contienen las normas que regulan las sociedades mercantiles, los empresarios sociales por antonomasia (Libro Segundo del CM). Pero el estatuto de los operadores no es homogéneo, porque no se aplica por igual a todas las categorías las normas del CM. Este tiene un carácter general, que cede ante las normas legales "específicas", es decir, previstas concretamente para una clase de la categoría (p. ej., para cada profesión liberal).

Es cierto que el empresario sigue siendo el actor principal, pero no el único, de la materia mercantil. A la vista del art. 001-2 CM, hay que precisar tres cuestiones respecto de los empresarios en la delimitación subjetiva de la materia mercantil:

1º.- Incluye a todos los empresarios, cualquiera sea la naturaleza de su actividad.

2º.- No todos los empresarios se califican por iguales criterios.

3º.- No sólo los empresarios protagonizan el ámbito subjetivo del CM.

1º. *Todos los empresarios.* La unidad de mercado exige la incorporación al ámbito subjetivo del CM de los empresarios de toda clase, desde el sector primario (agrario, pesquero, minero) al secundario (industrial o artesano) y al terciario (de prestación de servicios). No

cabe ya, en un mercado unitario, diferenciar entre empresas mercantiles y no mercantiles, por su objeto; todas, desde las agrarias o las industriales y a las de servicios designan a sus titulares y a sus actividades de mercado como "materia mercantil", sujeta al CM.

El art. 001-2.1.a).1° hace expresa la inclusión en ese concepto de "las actividades agrarias y artesanales". Se pretende así disipar cualquier duda respecto de sectores empresariales tradicionalmente no mercantiles, que ahora se sujetan al CM. En la calificación de "agrarias" entran las agrícolas y las ganaderas. La artesanía constituye una actividad de transformación manual, basada fundamentalmente en el trabajo personal.

Cualquiera sea su clase, se trata de empresas que producen para el mercado y cuyos titulares y actividades, con arreglo a los principios constitucionales y a los criterios básicos inspiradores del CM, han de quedar incluidos en su ámbito. Concretamente, la unidad del mercado y la correspondiente unidad de la legislación mercantil justifican la extensión del ámbito de su materia propia.

2°. *Diversidad de criterios de calificación.* Los criterios para calificar a una persona de empresario varían, en primer lugar, en función de que se trate de una persona física o jurídica.

El *empresario individual* (persona física) se caracteriza porque, a través de una empresa

(organización) desarrolla profesionalmente [art. 001.2,1, a), 1º] una actividad económica de producción o de cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado. Cualquiera sea el género de esa actividad, queda incluido en el ámbito subjetivo del CM. Se produce así una expansión natural del Derecho mercantil que, nacido como *ius mercatorum*, para los profesionales de la intermediación mobiliaria sin transformación ("en la misma forma en que se compraron...") ha ido expandiéndose a otras actividades económicas de producción y de transformación ("... o en otra diferente"), de prestación de servicios y de tráfico de bienes inmuebles.

La calificación de empresario deriva de la titularidad de una empresa y del ejercicio, en nombre propio o por medio de representante, de una actividad económica de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios. Es ese un dato *real*, apreciable en el mercado, cognoscible en el tráfico, que se aplica siempre a los empresarios personas físicas.

Como dice la E. de M. de la PCM (1-10) el concepto de referencia para calificar al empresario, es la *empresa*, que el art. 131-1, ya en el Libro Primero ("Del empresario y de la empresa") define como "conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado".

La empresa es el dato real ("conjunto organizado") no expresado en el art. 001-2 ni en el 001-4, a través del cual se identifica su titular ("empresario").

A las *personas jurídicas*, en cambio, no se exige el dato real de la titularidad de una empresa ni del ejercicio efectivo de la actividad; basta que tengan por objeto alguna actividad de las que califican de empresario a las personas físicas (dato objetivo), para que queden sujetas al CM [art. 001-2.1, a), 2°].

Las *sociedades mercantiles* [art. 001.2, 1, a), 3°] son empresarios por cualquiera de estos dos criterios: el dato *objetivo*, propio de las personas jurídicas, o el *formal*, si adoptan alguno de los tipos legales del art.211-1.1 o pertenecen a las que el párrafo 2 de éste reconoce carácter mercantil (cooperativas, mutuas de seguro, de garantía recíproca, u otras a las que por ley se atribuya ese carácter).

Se puede, pues, ser empresario social por el objeto, por la forma (tipo) o por la naturaleza de la sociedad, siempre que la ley le atribuya tal calificación

3°.- *Operadores no empresarios*. Mas no sólo los empresarios, individuales o sociales, están sujetos al CM. Conforme al criterio del mercado que delimita el ámbito material de éste, hay otras personas y entidades que, sin ser empresarios en el sentido estricto de esta expresión, actúan en el mercado como oferentes de los bienes o servicios que producen o prestan. Así, las

personas físicas que ejercen profesionalmente una actividad de naturaleza intelectual "para el mercado" (el científico, el artista, el profesional liberal -médico, abogado, arquitecto, ingeniero-) e introducen en aquél los bienes que crean o los servicios que prestan. Son profesionales que tradicionalmente han estado excluidos del Derecho mercantil, pero cuya inclusión [art. 001-2.1.b) del CM] reclama el nuevo concepto de éste.

En la medida en que las actividades descritas en el art. 001-2,1,a) y b) pueden ser desarrolladas por personas jurídicas no empresarios (asociaciones, fundaciones que, p.ej., editen libros u organicen espectáculos y los oferten en el mercado) o a través de entes no dotados de personalidad jurídica (fondos de inversión, uniones temporales...), tales personas y entes quedan también sujetos al CM [art. 001-2, 1.c)].

## **b) La regla de Derecho internacional privado**

Finalmente, al art. 001-2 se ha añadido un apartado 2, que contiene una norma de Derecho internacional privado por la que "se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que *ejerzan* en España alguna de las "actividades expresadas en este artículo".

La inserción de este apartado se debe al método seguido por la PCM de situar las normas de Derecho internacional en el lugar que corresponde a la materia regulada, en vez de agruparlas sistemáticamente en el

articulado. Por eso, la norma del art. 001-2.2 ha de interpretarse conjuntamente con las contenidas en el Libro Segundo, Título I, Capítulo II, Sección 2ª, "De la nacionalidad de las sociedades" (arts. 217-7 a 9).

Sin entrar en los problemas de Derecho internacional privado que esas normas plantean, aquí lo importante es subrayar que el carácter de operador del mercado y, por tanto, el sometimiento al CM de las sociedades y entidades extranjeras viene dado por el dato *real* del ejercicio en España de alguna de las actividades contempladas en el apartado 1 del mismo artículo. Aquí no es relevante el objeto social ni el tipo ni la naturaleza de la sociedad o entidad, sino su efectiva actuación en el mercado español.

### C. El ámbito objetivo

De otra parte, la calificación de "operador del mercado" sirve, a su vez, para calificar de mercantiles y someter al CM los actos y contratos en que aquél intervenga y cuyo contenido principal pertenezca a alguna de las actividades descritas en el art. 001-2 [art. 001-4.1, a)]. Esas actividades se caracterizan por tener un denominador común: la producción o el cambio de bienes o la prestación de servicios "para el mercado".

Pero la actividad significa serie de actos, repetición de éstos, y en el ámbito objetivo del CM entra cada uno de ellos ("actos") y, de entre éstos, los más importantes en el tráfico mercantil ("contratos"). La

presencia en ellos de un operador del mercado y la pertenencia de su contenido principal a la naturaleza de aquella actividad, determinan su sujeción al CM, en definitiva, su inserción en el ámbito objetivo de éste.

Ese doble requisito sirve, de una parte, para diferenciar determinados contratos mercantiles de sus respectivos civiles, cuando la figura comercial es de doble regulación, civil y mercantil. Ejemplo paradigmático es el contrato de compraventa, para cuya mercantilidad el art. 551-1 CM exige que una de las partes, comprador o vendedor, esté sujeto al propio CM y la compraventa se realice en ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el art. 001-2. Lo mismo puede decirse de la permuta (art. 514-1) o del depósito (art. 551-2), entre otros.

Otras veces, el doble requisito no es diferenciador del equivalente contrato mercantil, sino caracterizador de contratos que son mercantiles por naturaleza, esto es, que exigen la presencia de un operador del mercado en el ejercicio de su actividad propia. El ejemplo paradigmático es aquí el seguro, cuya mercantilidad no se cuestiona (art. 591-1 CM), porque por naturaleza exige la intervención de un empresario asegurador en el ejercicio de su actividad propia.

Así, también, sucede con el suministro (art. 513-1) o con el contrato de obra por empresa (art. 521-1) y con otros mercantiles tipificados en el CM (servicios mercantiles -art 531-1-, para las comunicaciones

electrónicas -art. 532-1.1-, publicidad -art. 533-1-, servicios turísticos -arts. 534-1 a 14-.

Pero el criterio calificador de mercantilidad de actos y contratos no es único ni homogéneo en el CM. El art. 001-4.1,b) añade al ya examinado doble requisito el criterio de calificación legal "por razón de su objeto o del mercado en que se celebren".

Por razón del objeto, es mercantil, p. ej., la fianza constituida para asegurar el cumplimiento de una obligación de naturaleza mercantil (principal). También pueden considerarse mercantiles por su objeto los derechos de propiedad industrial (Título VI del Libro Tercero), los títulos-valores y demás instrumentos de pago y de crédito contenidos en el Libro Sexto del CM.

Por razón del mercado en que se celebren, lo son las operaciones realizadas en el mercado de valores, organizado y regulado legalmente (art. 581-41). Las celebradas fuera de los mercados regulados serán mercantiles si en ellas concurren los criterios del art. 001-4.1,a); en otro caso, serán civiles.

La inclusión, bajo la letra c), en el art. 001-4, de "los actos de competencia en el mercado" se debe más a la finalidad de someterlos a las normas del CM que a la de calificar como mercantiles actos ilícitos, aunque ciertamente se produzcan en el ámbito del mercado.



El apartado 2 del art. 001-4 es importante porque, de un lado, viene a resolver la cuestión de los *actos mixtos*, en los que los requisitos de mercantilidad se dan solo en una de las partes en el acto o contrato; éste será mercantil y se le aplicarán las normas del CM. Pero, de otro lado, el precepto aborda la naturaleza de los actos y contratos en que una parte es consumidor, destinatario final de los bienes o servicios que constituyen su objeto, para concluir que la presencia del consumidor no le priva del carácter mercantil, si bien las normas del CM se aplicarán "sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores", salvaguarda necesaria de un Derecho específico y tuitivo de la parte que se considera débil en la relación jurídico-patrimonial.

#### D. Jerarquía de las normas

Finalmente, en el Título Preliminar, el art. 001-5, de cierre, no plantea cuestión alguna de autonomía legislativa ni de sistema propio de fuentes, sino que formula el principio lógico de aplicación preferente del Derecho especial a la materia mercantil. En el Derecho especial no se incluyen sólo las normas del CM, sino también, supletoriamente, los "usos de comercio"; sólo en defecto de normas especiales, legales o consuetudinarias, se aplicará a la materia mercantil el Derecho general, no el "común", como en el vigente art. 2° C. de c., sino "la legislación civil" correspondiente, con su propio sistema de fuentes.

### III. REFLEXIONES FINALES

Hace ya catorce años tuve el honor de pronunciar, desde la cátedra del Paraninfo de la Universidad de Sevilla, el discurso de apertura del curso académico 1999-2000. Fue mi última lección como catedrático "en activo", al haber cumplido en julio de 1999 la edad que reglamentariamente imponía la jubilación a fin del curso corriente. Por eso, titulé intencionadamente mi discurso "*De nuevo, la lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura*" (Sevilla, 1999).

En aquella última "Lección 1ª", reflexioné sobre la evolución del Derecho mercantil, partiendo del concepto que formulé en mi Memoria de Cátedra, cuarenta años antes, y recorriendo los cambios sociales, económicos, técnicos y políticos de esa larga y densa etapa de nuestra historia.

Al analizar la teoría de la empresa como pretendida solución del problema en que el criterio del acto de comercio objetivo había situado al Derecho mercantil, recordé la crítica formulada en mi Memoria, de 1960:

«Partiendo de la empresa como unidad económica y de su falta de adaptación a los conceptos jurídicos unitarios, negaba yo la definición del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, en cuya organización y estructura interna no penetran sus normas y sí otras diversas ramas (Derecho del trabajo, Derecho de la Economía o Derecho público

económico). No podía haber exactitud en la ecuación Derecho mercantil = Derecho de la empresa, cuando otros Derechos se ocupan de ésta y cuando el propio Derecho mercantil se para a las puertas de la organización. El argumento extraído de la Exposición de Motivos de la LSA de 1951, que limitaba el carácter de la reforma a lo *mercantil* y excluía de su ámbito "los problemas de tipo social que se agitan en el seno de la empresa", me pareció irrefutable.

De ahí, concluía que "la empresa no puede servir nunca como elemento delimitador de ninguna rama jurídica, porque no es objeto exclusivo de ninguna de ellas"».

Y a continuación, señalaba que, utilizada la empresa no como materia mercantil, sino como *criterio calificador* de ésta, su titular y su actividad externa, "de mercado", se situaba en éste el elemento esencial de "lo mercantil".

A la reflexión sobre el pasado agregué una visión del futuro, basada fundamentalmente en la CE de 1978, de "economía de mercado", en la visión europea del "mercado común" y en la experiencia mundial de UNCITRAL sobre la "globalización" del mercado, para concluir que era éste el nuevo concepto delimitador de la materia mercantil y que en la unidad de mercado consagrada en la CE se justificaba la atribución exclusiva al Estado de la legislación "mercantil", entendida como Derecho privado no sólo de los empresarios y su actividad, sino de todos

los "agentes" que operan en el mercado y de los actos que en él realizan.

En el término "agentes" incluía, sobre la base de la normativa europea y de la española en materia de competencia y protección de consumidores y usuarios, no sólo a los empresarios de toda clase (agricultores y artesanos, expresamente) sino a otros profesionales (como los liberales), y entre las actividades de mercado me referí expresamente a las celebradas con consumidores.

Me equivoqué cuando afirmé en aquel solemne discurso académico "la imposibilidad actual de encerrar el Derecho mercantil en el molde de un Código".

Resulta ahora que el molde no se ha roto, como lo demuestra la PCM, salvaguarda del Derecho mercantil en "fronteras seguras".

Pero creo que no erré en la predicción del contenido de un nuevo concepto del Derecho mercantil.

Quiero recordar aquí con emocionada gratitud la benévola crítica que con su autoridad, pero sobre todo con su afecto, dedicó en esta *Revista* (nº 244, 2002, pp. 725 y ss.) a "El Discurso Inaugural del profesor Olivencia", mi querido amigo y admirado compañero el Prof. JOSÉ MARÍA MUÑOZ PLANAS. Tras asumir la tesis del Derecho mercantil como Derecho (privado) del mercado, fundada en el modelo económico de la CE, y arroparla con

sólida doctrina, nuestro recordado Profesor concluía su elogioso artículo con esta frase:

*"El estudio jurídico-privado de ese mercado es el que, como vimos, dice el profesor Olivencia, está necesitado de nuevos y más profundos estudios, y para ello las ideas vertidas en su discurso inaugural constituyen un imprescindible punto de partida".*

Lamentablemente, la PCM, fruto de esos nuevos y profundos estudios, no puede enriquecerse con la crítica de este maestro.