



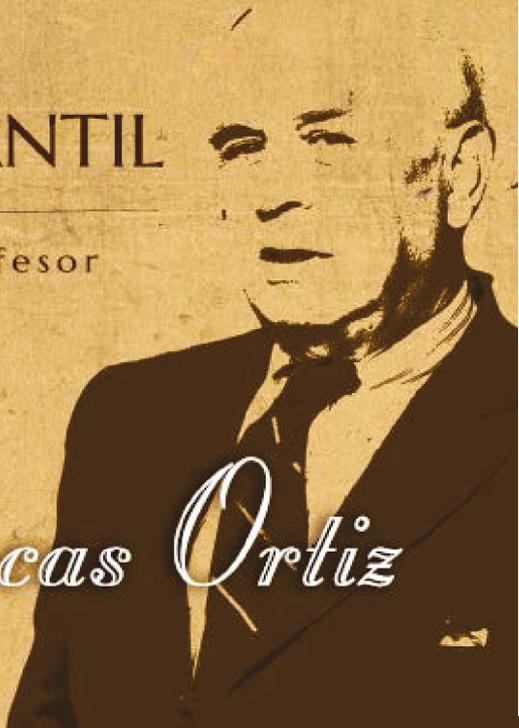
Universidad
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**
Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Font Galán, Juan Ignacio. Proyecto de Código Mercantil y paradigma constitucional.
En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 65-85. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21074>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia
Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0
España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y PARADIGMA CONSTITUCIONAL

JUAN IGNACIO FONT GALÁN*

Resumen

En el proceso de reforma y nueva codificación post-constitucional del Derecho mercantil, y ahora a raíz de la aprobación del Proyecto de Código Mercantil de 2014 resulta inexcusable la tarea de asegurar la congruencia interna del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución económica. De ahí la necesidad de ponderar y acreditar la legitimidad constitucional del Derecho mercantil diseñado y articulado en el Proyecto. Para acometer esta labor se acude a los conocimientos avanzados en la teoría del Derecho que ha construido los modelos teóricos o paradigmas normativos esenciales para la ponderación y enjuiciamiento de legitimidad de las normas. Para acometer tan relevante labor en un *tiempo jurídico-constitucional* hay que valerse del denominado *paradigma normativo constitucional* que precisamente integra los criterios para enjuiciar el grado y calidad de legitimidad constitucional del Derecho mercantil del Proyecto, en tanto que este ordenamiento está llamado a integrar la llamada Constitución económica material. ¿Se adecua plenamente el Proyecto de Código Mercantil al paradigma normativo constitucional? La respuesta deja traslucir y entrever algunos déficits y claroscuros.

Contenido

1. ¿Un Código que “considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva”? – 2. ¿Una “faz” mercantil espejo de la Constitución económica? – 3. Paradigma constitucional y Derecho mercantil. – 4. De los Códigos de Comercio al Código Mercantil *ex Constitutione*. – 5. El Código Mercantil como Constitución económica material. Adecuación y legitimidad constitucional; cuestionario y algunas respuestas.

1. ¿UN CÓDIGO QUE “CONSIDERA AL DERECHO MERCANTIL BAJO UNA FAZ COMPLETAMENTE NUEVA”?

Llama la atención que para presentar el nuevo Proyecto de Código mercantil el codificador del siglo XXI tome prestadas del codificador del siglo XIX las célebres palabras con las que este anunciara el carácter innovador del Código de comercio de 1885 (vid. Exposición de Motivos de 1882). Tal declaración, de tan encumbrada retórica decimonónica, envuelve en ambos casos la intencionalidad de un juicio político jurídico —aparte del técnico jurídico— valorativo del sistema normativo de uno y otro

* Catedrático de Derecho mercantil. Universidad de Córdoba.

Código implementado por comparación respecto del Código de comercio en cada caso precedente. No creo, si —como se debe— tomamos en serio a los legisladores, que estas palabras merezcan ser tenidas como simple adorno literario en un momento proclive a la vanidad del legislador. Cuanto menos, hoy, esas palabras —que parecen exhibidas como guante de presentación del Código en proyecto— debieran ser recogidas y ponderadas por el intérprete actual como oportunidad para indagar sobre la efectiva naturaleza y dirección del pretendido cambio de sistema que preanuncia el codificador mercantil de 2014. El eco histórico de esas retóricas palabras hace recordar ahora las unánimes críticas que mereció la referida declaración de la Exposición de Motivos de 1882 por parte de los estudiosos del Código de comercio de 1885 bien conocedores del anterior Código de 1829: ni el sistema jurídico de este era una antigualla contrarrevolucionaria, ni el de 1885 era tan innovadoramente revolucionario como pretendía su presentador. ¿Qué pensar ahora de un texto de Código Mercantil que se presenta otra vez con una “faz completamente nueva”?

¿Mera declaración de “postureo” vanidoso de su artífice o, acaso, una meditada y estratégica declaración constituyente de la concepción del Derecho mercantil en su primer Código del siglo XXI expresiva de un “nuevo” posicionamiento político-jurídico inspirado en otros pretendidos nuevos principios iusfilosóficos e iusconstitucionales, nuevos postulados económicos y sociales y, consecuentemente, en nuevas categorías jurídicas acordes con aquellos y con las exigencias de la nueva realidad?

Confieso mi curiosidad a la vista de la expectación que suscita hoy el anuncio de un Derecho mercantil de “faz completamente nueva”. ¿Cómo será su rostro nuevo? ¿Y cómo su nuevo espíritu normativo, su alma nueva, siendo la “cara espejo del alma”? En el año 1985 me valí también de estas palabras del codificador de 1885 para titular un artículo doctrinal sobre la primera Ley general de protección de los consumidores [*¿Hacia un sistema jurídico mercantil de “faz completamente nueva?”*]. *La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, RDM, núm. 177, págs. 381 y ss.*]. Abrigaba entonces, en plena juventud, la convicción y la esperanza de que el nuevo Derecho de los consumidores [que el admirado y aún más querido Profesor Rafael Illescas Ortiz, siempre atento a los nuevos movimientos intelectuales y sociales y a las más modernas corrientes jurídicas, me descubrió en la Universidad Hispalense ya en el año 1971, apenas incorporado yo a esta] debía ejercer de “ariete” para recomponer el sustrato ideológico liberal capitalista y, por tanto, también el modelo de justicia del Derecho mercantil del Código de comercio de 1885; y, en fin, imaginaba yo que por extensión comportaría un nuevo paradigma relacional más unificado y socializador en todo el Derecho patrimonial, civil y mercantil. Como iusmercantilista he procurado estar siempre atento a la Constitución económica: ¿cabe en esto lo contrario o la mera tibieza o indiferencia? Me admira ahora la “pasión” constitucional y el anhelo de justicia con la que, entonces, puse subtítulo al citado artículo: (la LGDCU de 1984) *“un instrumento para la realización histórica del Derecho mercantil del Estado social”*. Con esta convicción intelectual y con este sentido jurídico tomé (en 1985) del codificador de 1885 aquella admonición —tan bruñida de esperanza— de la “faz completamente nueva”; y, desde luego, con el íntimo

deseo de cambio cultural y normativo del Derecho patrimonial *postconstitucional* precisamente en el Centenario del Código de comercio.

Ahora, el reiterado anuncio de un Código Mercantil de “faz completamente nueva” hace que me interese no ya, no tanto, por describir lo que se presenta como nuevo, sino más bien por descubrir lo que pese a presentarse como nuevo no lo es tanto; pero, sobre todo, me motiva desvelar aquello que debiera ser nuevo y sin embargo no lo es ni está.

Avanzo ya que mi preocupación estriba en indagar y ponderar la presencia y consistencia del *paradigma constitucional* en el Código Mercantil, el cual si pretende considerar y establecer un *Derecho mercantil legítimo* imperiosamente ha de tener como base de legitimidad “completamente nueva” la Constitución económica de 1978, en tanto que ordenamiento supraordenado al ahora proyectado; tanto más cuanto que el Código en proyecto se promulga “*en el marco constitucional de la economía de mercado*” (artículo 001-1), toma el mercado como su fundamental categoría sistemática ordenadora de su regulación jurídica y, así, concibe al Derecho mercantil como “*Derecho privado propio del mercado*” (E. de M., I-9).

Siguiendo la conocida tesis bobbiana, invito en estas páginas a reflexionar desde el prisma constitucional “*lo que el Derecho (mercantil proyectado en el Código) es*” y “*lo que (este) Derecho debe ser*” y que así mismo forma parte, a un nivel superior o constitucional, del “*Derecho que es*”, aun cuando en los niveles inferiores “*ilegítimamente no es*”¹. Veamos.

Si la “cara es el espejo del alma”, en la nueva “faz” que anuncian ambos Códigos (el todavía vigente y el ahora en proyecto) se habría de reflejar el “nuevo” espíritu legislativo constituyente del Código, es decir, el “nuevo” sistema de principios que inspira la formación del Derecho mercantil que, a la altura de su respectivo tiempo, uno y otro contemplan y regulan. En el modo de decir de los codificadores mercantiles la “faz completamente nueva” del Derecho mercantil se enarbola como bandera con la que cada Código anuncia y valora el nuevo *paradigma legislativo*² que normativizan, según se pretende, merced a una más innovadora política del Derecho que la de su precedente: en ambos casos, pues, una más coherente y eficaz ideología o, si se prefiere, filosofía política, económica y social de cuño liberal que cada codificador pretende interpretar y aplicar, no obstante, de forma “completamente nueva”. Late en la codificación mercantil, tanto la decimonónica como la actual, un persistente anhelo innovador del Derecho mercantil que lo cualifica precisamente como “categoría histórica”. Pero acaso pueda convenirse que este pretendido y propalado empeño innovador del Derecho mercantil codificado no es ajeno a una vana preocupación “política” proyectada sobre todo en la imagen de modernidad y vanguardia que suele acompañar a este ordenamiento en momentos históricos de *cambio epocales* (no solo de época de cambios) como los vividos a finales del siglo XIX y ahora en los inicios del presente. En realidad, la “faz completamente nueva” del Derecho mercantil del Código en proyecto parece más formal que sustancial; esto es,

¹ Vid. Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), ed. Laterza, Roma/Bari, 2011.

² Vid. Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos* Ed. Trotta, Madrid, 2014, pág. 88.

más referida a aspectos de técnica y sistemática jurídicas que a mayores empeños de *cambio constitucional* en su modelo social y su bagaje cultural y axiológico: no se vislumbra una preocupación por procurar una más plena adecuación al actual paradigma constitucional que articula (ahora sí) “bajo una faz completamente nueva” un *sistema de economía social de mercado* muy en contraste con el de la simple y pura economía liberal del Código de 1885 que en buena medida parece continuar en el Proyecto de Código Mercantil.

Me atrevo a dudar que el anunciado propósito innovador del Código en proyecto se llegue a reflejar plenamente en el modelo “político” y “social” del Derecho mercantil ahora recodificado, pese a enmarcarse ya en un tiempo de *imperio constitucional*. En realidad, el impulso innovador de la obra codificadora mercantil se materializa sobre todo en la juridificación de nuevas categorías sistemáticas de origen y naturaleza económicas en aras de la progresiva articulación “multinivel” del orden de la economía liberal. Esto ha sido lo propio y característico del proyecto político histórico de la Codificación mercantil decimonónica carente de una verdadera Constitución económica. Lo llamativo es que, en parte, lo sigue siendo en un tiempo en el que impera una Constitución económica notablemente “rígida” y “garantista”—, desde luego, no neutral ni arbitrariamente elástica— que diseña un *sistema de economía social de mercado* (ordoliberalismo) bien diferenciado del *sistema de economía de (libre) mercado* que parece persistir en la proyectada Codificación mercantil.

En efecto, la secuencia histórica del tracto renovador del concepto de Derecho mercantil codificado y su correspondiente sistema jurídico viene marcada sucesivamente por un triple paradigma legislativo formal que se expresa conceptualmente en la articulación “multinivel” de las ideas-fuerza de *comerciante (Ius mercatorum, Cco de 1829)*, de *acto de comercio* (Derecho de los actos de comercio, Cco de 1885) y de *mercado* (Derecho privado del mercado, PCM de 2014). Este articulado paradigma legislativo liberal sustentado simplemente en la autonomía económica y jurídica de los sujetos económicos profesionales realizable en el espacio económico del mercado —que ahora se mantiene y desarrolla más ampliamente en el Proyecto de 2014—, parece conservar a la Codificación mercantil en una “comunidad de memoria” que asegura, en el ámbito de la jurisdicción y de la legislación, su continuidad ideológica y su unidad de sentido político en todo el mercado nacional, si bien ahora su sistema jurídico se reformula y articula en categorías económicas y políticas propias de la cultura y de la realidad del presente histórico.

Esto no significa, en absoluto, dejar de valorar el importante avance en la comprensión conceptual del Derecho mercantil en proceso de codificación y tanto menos dejar de aplaudir su eficaz sistemática y su más depurada técnica jurídica con la que el actual codificador acomete la ordenación de una materia que en sus sujetos, actos, relaciones, poderes, ámbitos y procedimientos se ha multiplicado extraordinariamente en los últimos ciento treinta años en un esfuerzo de intelección y adaptación a las nuevas realidades económicas.

Más bien solo pretendo aquí reflexionar y hacer reflexionar de nuevo —a propósito del proyectado Código mercantil— sobre una importante cuestión que en los

últimos treinta años me ha preocupado³ y que nos debe preocupar a todos: la *legitimación constitucional del Derecho mercantil español*.

2. ¿UNA “FAZ” MERCANTIL ESPEJO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA?

Si nuestros Códigos de comercio del siglo XIX estaban huérfanos de Constitución o, cuanto más, solo estaban sostenidos por Constituciones “negativas”⁴ o flexibles de cuño liberal dominadas por la *racionalidad económica* típica del Estado de Derecho Legislativo, el Código mercantil que pretenda hoy promulgarse ha de procurar más exigente y democráticamente la formación de un Derecho mercantil plenamente ajustado a nuestra Constitución económica vigente, la cual articula, en cambio, un paradigma normativo (y, por tanto, también axiológico, político y cultural) centrado en la *racionalidad social* propio de constitucionalismo correspondiente al Estado social⁵.

Los modelos culturales y normativos del constitucionalismo liberal decimonónico difieren acusadamente del que sustenta nuestra Constitución económica vigente que, alineada con las Constituciones europeas de posguerra (siglo XX), se identifica también como “*sustancialista*”, “*rígida*” o “*positivista*”⁶ y *social*”. Si el modelo de producción normativa de nuestros Códigos de comercio decimonónicos, huérfanos de una verdadera Constitución económica, se entiende legitimado merced a la pura racionalidad económica y al mero paradigma legislativo formal (propio del Estado de Derecho liberal y del positivismo jurídico), el modelo de producción normativa del hoy proyectado Código mercantil imperiosamente ha de legitimarse “bajo la faz completamente nueva” del paradigma constitucional del Estado social y democrático de Derecho (*constitucionalismo sustancialista y garantista*)⁷.

Por consiguiente, si nos tomamos la Constitución en serio⁸, el test de legitimación constitucional del Derecho mercantil del Código en proyecto es una tarea inexcusable que debe merecer la atención de los juristas.

Las expectativas de un Código mercantil correspondiente a un nuevo modelo de producción normativa plenamente coherente con la Constitución económica y su *superior paradigma normativo* vienen suscitadas no solo por el mismo imperativo constitucional (formal y sustancial), sino también por las propias declaraciones del codificador mercantil en la Exposición de Motivos de su Proyecto de 2014, si bien de inmediato se aprecia una lectura parcial y débil del artículo 38 CE (solo su primer inciso) que deja al resto del cuerpo económico y social de la Constitución en un estado de amputación o congelación. Véase.

⁴ Vid. Menéndez, A., *Autonomía económica liberal y Codificación mercantil española*, en Centenario de Código de Comercio, págs. 45 y ss. ed. Ministerio de Justicia, Madrid (1986).

⁵ Vid. Font Galán, J.I., *Apogeo de racionalidad económica y disenso constitucional*, cit.

⁶ Vid. Ferrajoli, L., cit., págs. 56 y ss.

⁷ Vid. Ferrajoli, L., cit., págs. 56 y ss.

⁸ Vid. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ed. Ariel, Barcelona (1984 y 1995).

“Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora” (apdo. I-6)

“La delimitación de la materia se hace sobre la sólida base de los postulados de nuestra constitución económica, partiendo del que la enmarca en la economía de mercado y de la correlación entre la unidad de éste y la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, entendido como la regulación del Derecho privado propia del mercado. No había obstáculo más nocivo para esa unidad que la diversidad de regulación jurídico-privada de la materia mercantil” (apdo. I-9).

Apenas se encuentran en el texto del Proyecto más referencias o apelaciones a la Constitución económica, sino no es la que en el artículo 001-1 se refiere al “*objeto del Código Mercantil*”:

“En el marco constitucional de la economía de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”.

El codificador mercantil lee, interpreta y aplica de manera notablemente reduccionista el paradigma constitucional sustanciado en la entera y compleja Constitución económica formal, de lo que resulta, merced a la regulación jurídica mercantil de la economía de mercado en las materias acotadas en el proyectado Código, una Constitución económica material no plenamente integrada —¿legitimada?— con el paradigma constitucional vigente. Basta apreciar que los únicos postulados constitucionales que sirven de base y guía al Derecho mercantil del Código son, de un lado, el de la *economía de mercado* y, de otro, el de *unidad de mercado*. Con el primero se quiere asegurar la continuidad ideológica y político-económica del sistema de economía liberal y su correspondiente sistema jurídico plasmado en un Código Mercantil que toma al mercado no solo como criterio técnico delimitador de su materia y de su ámbito de aplicación, sino también como el único “marco constitucional” y, en realidad, único paradigma normativo axiológico y cultural que inspira y ordena su regulación jurídica. Por su parte, el postulado constitucional de la *unidad de mercado* —tan típico del fenómeno codificador— supone una firme base para afrontar la preocupante cuestión político-territorial de España garantizando así su unidad económica.

Ahora bien, ¿bastan estos dos postulados constitucionales para garantizar la plena legitimidad constitucional del Derecho mercantil diseñado en el Proyecto de Código de 2014? ¿En qué grado se ha empleado el “cincel” constitucional para configurar la anunciada “faz completamente nueva” del Derecho mercantil del Código en proyecto? ¿Una “faz” espejo de la Constitución económica?

3. PARADIGMA CONSTITUCIONAL Y DERECHO MERCANTIL

Desde la Constitución de 1978 el Derecho mercantil español está llamado a un desafío inexcusable tanto en su legislación como en su jurisdicción: lograr su plena legitimación constitucional. Desde entonces el sistema normativo del Derecho mercantil se ha de ajustar cada vez más plenamente al sistema económico y social establecido en nuestra vigente Carta Magna.

La conciencia de necesidad de reforma del Derecho mercantil español tan unánimemente sentida desde la posguerra civil española se aviva extraordinariamente con la Constitución de 1978. Apenas promulgada esta, nuestra mejor doctrina relanza el movimiento reformista para “denunciar abiertamente la necesidad de una reforma no simplemente técnica, sino en profundidad, con la oportuna revisión, e incluso sustitución, de los principios y postulados que hasta ahora se habían considerado consustanciales al capitalismo como sistema económico”⁹. La necesidad de reforma del Derecho mercantil se centraba en el sistema jurídico concebido y regulado en el anticuado Código de comercio cada vez más desconectado del cambio económico, social e ideológico a lo largo de la anterior centuria: crisis de aptitud funcional, inadaptación al fenómeno de la economía industrial y financiera, desfase ideológico, carencias institucionales cada vez más acusadas; en suma, un Código ya muy desconectado de la realidad y del pensamiento moderno y actual y, sobre todo, con un sistema jurídico ajeno a la Constitución económica (la de 1978), cuando no incompatible con esta, tanto por sus lagunas como por sus antinomias constitucionales. Admira que ya en el año 1982 Aurelio Menéndez advirtiera de la necesidad urgente de reforma del Derecho mercantil del Código de comercio merced no solo a las innovaciones del capitalismo industrial y financiero, sino también, “por supuesto, al (nuevo) espíritu, e incluso, a las ideologías, que animan el Derecho constitucional más moderno”¹⁰. Es más, Menéndez dejaba bien marcada no solo la nueva “razón constitucional” de la reforma del Derecho mercantil del Código de comercio, sino su obligada orientación normativa: “Es claro que publicada la Constitución, como primera norma de la totalidad del ordenamiento, cualquier revisión legislativa que busque el perfeccionamiento técnico o material de esta o aquella institución mercantil, habrá de hacerse de acuerdo con el contenido y el espíritu de la Constitución. No se trata ya, o sólo, de un esfuerzo positivo para adecuar la vieja norma mercantil a los cambios que se han venido produciendo en la realidad social o en el mismo sistema económico. Se trata de que la reforma se justificaría por sí misma ante la necesidad de adecuar el ordenamiento mercantil a otra norma, justamente a la norma constitucional”. En el mismo sentido y con toda exactitud Justino Duque afirmaba que lo que se predica con la necesaria reforma del Derecho mercantil del Código “no es solo un proceso de *adecuación a la realidad*, sino la puesta en práctica de un principio de *congruencia*

⁹ Vid. Menéndez, A., *Constitución, Sistema económico y Derecho mercantil*, ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

¹⁰ Vid. Menéndez, A., cit., pág. 18.

interna del ordenamiento, que exige la adaptación a la norma constitucional, la primera de las normas, la norma fundamental”¹¹.

Como se puede apreciar, nuestra mejor doctrina hacía valer, apenas promulgada la Constitución de 1978, el *paradigma constitucional* como virtual modelo teórico de Derecho (también del ordenamiento mercantil) correspondiente al Estado constitucional de Derecho dotado de una bien articulada y consistente —nada neutral ni amorfa, por tanto— Constitución económica, la primera en la historia constitucional española. De aquí que aun cuando la doctrina iusmercantilista (de la “primera generación constitucional”) reconoce que la Constitución de 1978 no llega a implicar “una ruptura en el sistema económico (preconstitucional), fija los cauces de la evolución posterior y supone indudablemente un compromiso con la reforma e interpretación del ordenamiento mercantil”¹². De esta manera tan clara y audaz nuestra más atenta doctrina facilitaba ya la fórmula para el test de legitimidad constitucional del nuevo Derecho mercantil que habría de surgir merced a la Constitución económica de 1978.

Al referirme al test de legitimidad del Derecho mercantil me remito a lo que en la teoría jurídica del moderno constitucionalismo se conoce como *paradigma constitucional o del Estado constitucional*, que no es sino uno de los modelos teóricos del Derecho (junto al *paradigma jurisprudencial premoderno* y el *paradigma legislativo o paleo-positivista del Estado legislativo de Derecho*); los cuales en realidad no describen ningún ordenamiento histórico real, sino que consisten en modelos conceptuales que solo identifican las *normas de reconocimiento*¹³ y los rasgos distintivos predominantes y caracterizadores de las correspondientes experiencias históricas¹⁴. Así, el modelo teórico de Derecho propio del *paradigma constitucional o neo-positivista* se caracteriza por la subordinación de la legislación al Derecho y por el pleno desarrollo del Estado de Derecho en su forma más evolucionada y democrática del Estado constitucional de Derecho gracias a la difusión de Constituciones rígidas (no neutrales o no abstractamente elásticas) donde quedan establecidos los parámetros de validez del Derecho vigente, tal como ha sucedido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Según este modelo, mientras la existencia y vigencia de las normas siguen acogidas al *principio de legalidad formal* típico del Estado legislativo de Derecho (o paleo-positivista), la validez de las normas, en cambio, está sometida a un juicio de legitimidad sustancial o de contenido, lo que explica que ahora la *norma de reconocimiento* sea el *principio de legalidad sustancial* (no la meramente formal o procedimental) que la vincula a la adecuación con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos¹⁵ en el entero sistema normativo de la Constitución económica.

¹¹ Vid. Duque, J., *Constitución económica y Derecho mercantil*, en *La Reforma de la legislación mercantil*, pág. 64, Madrid, 1979.

¹² Vid. Menéndez, A., cit., pág. 24.

¹³ En la construcción teórica de Ferrajoli se entiende por “norma de reconocimiento” la norma que instituye los criterios de identificación sustancial de un ordenamiento nomoestático, o bien la norma deóntica formal sobre la producción de normas de un ordenamiento nomodinámico. Vid. cit., pág. 19, nota 4, y págs. 30, 71, 76.

¹⁴ Vid. Ferrajoli, L., cit., págs. 17 y ss.

¹⁵ Vid. Ferrajoli, L., cit. 19.

En lo que toca al sistema jurídico del Derecho mercantil, y tanto más si este se concibe como *Derecho (privado) del mercado* (como así lo declara el codificador de 2014, vid. Exposición de Motivos, I-9), la legalidad sustancial referenciada en el paradigma constitucional se expresa y establece con toda propiedad en el modelo normativo, axiológico y cultural de la Constitución económica (formal) de 1978 compuesto de principios, libertades, deberes y derechos de los sujetos privados; de mandatos y responsabilidades impuestos a los poderes públicos en orden a la promoción y defensa de intereses públicos y sociales; de límites a las libertades y derechos de los sujetos privados, *rectius* poderes privados; de directrices económicas y sociales para las políticas públicas en aras de los intereses generales; de vínculos de subordinación de toda la riqueza del país al interés general; y todo esto, en fin, proclamado “bajo la faz completamente nueva” del compromiso del *nuevo* Estado social y democrático de Derecho con la implantación de un “orden económico y social justo”, con el desarrollo de una “sociedad democrática avanzada” y con el aseguramiento de “una digna calidad de vida para todos”.

Si en el modelo de Derecho correspondiente al *paradigma jurisprudencial* (premoderno o anterior al monopolio legislativo del Estado moderno) la validez de las normas se satisfacía con su intrínseca justicia material ligada a su contenido o sentido prescriptivo; y si, posteriormente, el modelo de Derecho al que corresponde el *paradigma legislativo* (viejo positivismo típico del Estado moderno productor exclusivo de las leyes y carente de Constitución económica) solo controla la validez de las normas con el simple test de conformidad con las formas y procedimientos reguladores de la producción de estas; el modelo de Derecho que inspira el moderno *paradigma constitucional neo-positivista*, en cambio, controla la legitimidad de las normas no solo mediante el test de conformidad con las formalidades exigibles en su producción, sino mediante un inexcusable juicio de adecuación y compatibilidad constitucional de la sustancia y contenido de las normas. Con este último modelo la modernidad de la Ciencia jurídica llega a su cénit: esto es, cuando el criterio de legitimidad de las normas jurídicas no se limita a exigir la superación del test de formalidades en el proceso de producción legislativa (Estado legislativo de Derecho, paleo-positivismo), sino también la superación del test que valora o enjuicia el grado de respeto y cumplimiento no solo de los límites y vínculos, sino también de las acciones públicas impuestas por las normas constitucionales como ordenamiento supraordenado a todas las normativas que forman la legislación ordinaria¹⁶, incluida la mercantil.

Entre estos vínculos superiores de rango constitucional destacan, por supuesto, los derechos fundamentales y las libertades que “*se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos*” (art. 10 CE), lo que cobra en la actualidad una enorme trascendencia en un tiempo de globalización de los mercados y de las empresas multinacionales que con ayuda o indiferencia de algunos Estados, como ha denunciado tantas veces Naciones Unidas, implementan estrategias y prácticas en el comercio internacional no siempre respetuosas con los derechos humanos y los legítimos intereses económicos y sociales de los pueblos o países en desarrollo. Pero

¹⁶ Vid. Ferrajoli, L., pág. 20-21.

también los derechos sociales reconocidos y protegidos en la Constitución económica y social integran el paradigma constitucional respecto del cual el Derecho mercantil, ahora en proceso de recodificación, debe sentirse imperiosamente concernido por muy elevadas e inexcusables razones de legitimidad político-jurídica y democrática con fundamento constitucional.

Pero si el propósito de esta reflexión (aquí humildemente ensayada en homenaje al maestro Rafael Illescas Ortiz) radica en identificar los materiales constitucionales que han de conformar el cuestionario para enjuiciar la legitimidad constitucional del Derecho mercantil concebido y articulado en el Proyecto de Código Mercantil, conviene considerar de manera un poco más informada la estructura y significado normativos del denominado paradigma o modelo teórico del Derecho constitucional integrador de ese control de legitimidad constitucional de la legislación ordinaria, también la mercantil¹⁷.

En la Ciencia jurídica moderna los modelos teóricos de Derecho —o *paradigmas normativos*— tienen una centralidad extraordinaria, tanto más en un marco histórico tan complejo y evolucionado como el actual. En la evolución histórica de la Ciencia jurídica se aprecian diversas concepciones y representaciones de paradigmas normativos o modelos teóricos del Derecho. En el marco cultural del viejo positivismo típico del Estado legislativo de Derecho dominado por el *principio de legalidad positiva* y en el que, por tanto, las normas existen y son válidas solo porque imperativamente se han promulgado (*auctoritas, non veritas facit legem*), el paradigma normativo constitucional es interpretado únicamente como conjunto sistemático de principios de un nivel normativo supraordenado a la legislación ordinaria, pero que en cuanto dotados de una normatividad débil no cabe —fuera del positivismo jurídico (constitucionalismo positivista)— deducir de ellos reglas de Derecho, bien para garantizar las libertades y derechos (fundamentales y sociales), o bien para imponer límites y vínculos jurídicos al ejercicio de los poderes (públicos y privados) como condición de legitimidad de las normas; este modelo de paradigma normativo del viejo positivismo solo entiende de legalidad formal, sin llegar a controlar la legitimidad sustancial o de contenido de las normas. Según este modelo normativo, la legislación mercantil no tendría que adecuarse sustancialmente al espíritu o a los principios de la Constitución, que serían considerados como “ajenos” o “extraños” a la normativa mercantil, sin perjuicio del reconocimiento de su superioridad jerárquica. Es decir, la legislación mercantil no tendría necesariamente que “contaminarse” de Constitución, que en todo caso sería de “baja intensidad” dada la escasa o “negativa” normatividad de las Constituciones liberales decimonónicas de corte principialista, preponderantemente declarativas o programáticas y con escaso contenido económico y social. Nuestros Códigos de comercio estaban huérfanos de Constitución económica lo que explica que la concepción del Derecho mercantil que ambos sustentan responde al paradigma legislativo *uni-nivel* de los propios Códigos, sin el referente superior de modelos o paradigmas normativos constitucionales “fuertes”. Como observa agudamente Bartolomé Clavero a propósito de la Codificación francesa¹⁸, “la idea de código se hizo con el Código mismo, su idea

¹⁷ Sigo en esto el pensamiento teórico de L. Ferrajoli, cit. passim.

¹⁸ Vid. *El origen constitucional de la Codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)*, en Derecho privado y Revolución burguesa, (coord. Carlos Petit), Ed. Marcial Pons, Zaragoza, 1990, págs.53 y ss.

constituyente con el Código constituido”. En suma, no había razones para que la Codificación decimonónica tuviera que plantearse su fundamentación constitucional.

En cambio, en el marco cultural del constitucionalismo jurídico neo-positivista y garantista propio del Estado constitucional de Derecho (y de las democracias constitucionales actuales) el paradigma normativo ya es de naturaleza constitucional (o neopositivista) y está formado por principios directivos, por principios regulativos, por reglas deónticas y normas de reconocimiento que en su conjunto dan forma a un modelo de constitucionalismo garantista en el que se asientan las bases del juicio de legitimidad de las normas y al que han de sujetarse todas las instancias institucionales y todos los poderes públicos y privados: la jurisdicción y la administración a la legalidad ordinaria; la legislación a la legalidad constitucional; y también los operadores económicos y los mercados a esta legalidad constitucional. En el paradigma constitucional o neopositivista el principio de legalidad asume una complejidad estructural y un valor garantista: es Derecho válido no solo el producido con estricto respeto a las formas, sino además aquel que el poder legislativo ha producido con pleno sometimiento a los límites y vínculos impuestos por la Constitución. Se comprende así que la sujeción del Derecho mercantil al juicio de legitimidad nucleado en el paradigma constitucional neopositivista entraña la exigencia de una plena adecuación, por acción y omisión, de la legislación mercantil a los principios directivos y regulativos y a las reglas establecidas en la Constitución económica.

El sistema de constitucionalismo principialista o neo-positivista (y garantista) concibe un modelo de ordenamiento jurídico sujeto rígidamente a las reglas constitucionales de producción normativa, así como a los principios, derechos, vínculos, mandatos y límites establecidos en las Constituciones modernas tanto respecto de los poderes públicos como de los poderes o sujetos privados. En este sistema jurídico el paradigma constitucional cumple la función normativa de controlar las violaciones que, como antinomias o como lagunas constitucionales, puedan detectarse en legalidad ordinaria. La jurisdicción habrá de encargarse de anular las normas que incurran en antinomias constitucionales (*esfera de lo que no puede decidirse*) y la legislación ha de colmar las lagunas constitucionales (*esfera de lo que necesariamente tiene que decidirse*)¹⁹.

Los estudios sobre modelos de constitucionalismo han venido tomando una importancia creciente en el actual cambio epocal que tiene su baricentro en el fenómeno de la globalización estrechamente asociada a profundas crisis en la democracia y en el Derecho, agredidos ambos por la asimetría entre el carácter global de los poderes económicos y financieros instalados en los mercados y los confines todavía estatales del Derecho y de la democracia. En la actual situación histórica asistimos a la abdicación de los gobiernos a comprometerse y ejercitarse en la política, tan impotente y subordinada a los mercados²⁰. Somos muchos quienes denunciarnos que sean los mercados los que ejercen su poder para postular e imponer un modelo “anómico” de Derecho caracterizado bien por la ausencia de reglas o por reglas

¹⁹ Vid. Ferrajoli, L., cit., pág. 54.

²⁰ Vid. Ferrajoli, L. cit., cap. I, passim.

flexibles carentes de límites rígidos tanto para los poderes públicos (por lo que dejan de hacer) como privados (por lo que hacen). Esta neocultura política y jurídica viene a proponer e imponer un hegemónico paradigma o modelo neoliberal del Derecho acorde ahora con los intereses de los poderes de mercado abiertamente divergentes cuando no contrarios al paradigma constitucional del Estado constitucional de Derecho de fuerte compromiso o *consenso socialdemócrata* imperante en la Europa del Estado social o del bienestar y hoy abiertamente combatido por los mercados.

4. DE LOS CÓDIGOS DE COMERCIO PRECONSTITUCIONALES AL CÓDIGO MERCANTIL *EX CONSTITUTIONE*

Bien es sabido que en Europa las Constituciones modernas fruto de la Revolución francesa son anteriores al fenómeno de la Codificación: así, en el caso de Francia, la primera Constitución (1791) se anticipó a la Codificación civil (1804) y mercantil (1807); y lo mismo en España, la Constitución gaditana (1812) precedió al Código de comercio de 1829. En ambos casos se siguió la misma secuencia revolucionaria (francesa): Constitución política, Legislación revolucionaria liberal y Codificación. En el caso español, la inversión del orden histórico de la obra codificadora que supuso la precedencia mercantil del primer Código de comercio respecto del Código civil (1889) se debió, entre otras causas complejas, a la falta de un concepto constitucional claro de lo que debía suponer la Codificación y la misma idea de Código (civil). En palabras de Bartolomé Clavero, “la larga aventura de la codificación española ha comenzado por un paso en falso, fallándole el terreno de su propia concepción constitucional”²¹. Y viceversa, el Código de 1829 nace en un tiempo no constitucional pero que se mantendrá durante una larga época, más de medio siglo, con Constituciones “ajenas” a él y nacidas con la hipoteca de tener solo un objetivo preponderantemente “político” y, en realidad, carentes de un sistema económico y social propiamente dicho; quizás porque la idea de revolución prefigurada o latente en la Constitución gaditana requería otro Código²²; y además porque, sin duda, la idea de *sistema económico* es una reivindicación política y social requerida de otro modelo de Estado y de Derecho (paradigma normativo), lo que explica su extemporaneidad y falta de encaje en las Constituciones decimonónicas del Estado liberal burgués. Lo mismo sucede con el Código de comercio de 1885.

Es opinión común que las Constituciones liberales se habían blindado como estrictas Constituciones “políticas” en las que no tenían cabida el establecimiento de un “sistema de relación entre Política, Economía y Derecho”. Se limitaban a salvaguardar la esfera económica y el libre mercado con el fin de impedir todo intento de comprensión e interferencia por parte del Derecho²³.

²¹ Vid. ob.cit., págs. 75 y ss.

²² Vid. Clavero, B., cit., págs. 54 y ss.

²³ Vid. Cantaro, A., *El declive de la Constitución económica del Estado social*, en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social del Estado social* (dir. Miguel Ángel García Herrera, ed. Universidad del País vasco, págs. 153 y ss. (1997).

Ahora bien, las Constituciones liberales no renuncian del todo a prefigurar un sistema económico propio: establecen principios para garantizar la “razón económica” con la finalidad de lograr, frente al sistema del Antiguo Régimen, la despolitización y la privatización de la Economía; de modo que ya es la sociedad y no el Estado la que controla el funcionamiento del mercado, limitándose este a proteger la propiedad privada (y la herencia), las libertades económicas y la autonomía negocial de los particulares: con esta misión fundamental se crea el Estado de Derecho al que, por supuesto, se subordinan los poderes públicos. Para Von Humboldt “la médula del Estado de derecho radica en la búsqueda de la seguridad y no en la promoción de la felicidad”²⁴ (que hoy entendemos como “bienestar social”).

El orden jurídico liberal se limita a confiar al Estado la función meramente “negativa” de asegurar la autorregulación espontánea del mercado. Sus Constituciones se califican como “negativas”, en modo alguno “positivas” o “proactivas”, esto es, comprometidas con un programa de acciones o políticas tendentes a la justicia social, ni siquiera garantes de la libertad y la igualdad reales sino meramente formales. Como ha observado Aurelio Menéndez, al Estado liberal le basta con asumir como sistema jurídico el orden económico liberal: su “constitución económica” material está configurada en los Códigos civil y de comercio. La misión de la “Constitución económica” liberal —que solo establece principios directrices para el Derecho patrimonial privado— es la de garantizar las dinámicas naturales del mercado en contraste con el orden reglamentista y mercantilista del soberano en el Antiguo Régimen. Es así como se “constitucionalizan” en el ordenamiento jurídico liberal la propiedad privada, las libertades económicas, el contrato, el mercado y, de modo implícito o reflejo, la libre competencia.

Importa mucho apreciar que el constitucionalismo liberal asume en su esencia la “ratio económica” como centro de referencia normativo inspirador de estructuras institucionales que han permitido a la *racionalidad económica* emanciparse de otros tipos de racionalidad del pasado (la ética, la religión, la tradición, etc.). Y esta racionalidad económica es la que se juridifica en la Codificación del siglo XIX. Habrá que ver, ahora, si tiene continuidad histórica en la Codificación del siglo XXI. Algún elemento de sospecha lo tenemos hoy en la hegemonía de la cultura económica neoliberal que pretende consagrarse como racionalidad dominante; pero ahora ya —según se propugna— como la única que merece constitucionalizarse.

Si la Codificación decimonónica no está preordenada por Constituciones rígidas o no neutrales, neopositivistas y garantistas se explica que sus Códigos hayan pervivido en épocas históricas muy diferentes. Es más, esta prolongada vigencia de nuestros Códigos de comercio, en particular del aún vigente, hace ver las funciones constitucionales que de forma supletoria y vicaria asumen dichos Códigos, cuyas bases de legitimación constitucional parecen encontrar en ellos mismos.

Ahora bien, la tan señalada *hiperhistoricidad* del Derecho mercantil también está causada por el factor constitucional. En otras palabras: el Derecho mercantil también es una “categoría histórica *constitucional*”. Pero en la actualidad lo es de modo

²⁴ Citado en Cantaro, A., cit.

más intenso e inexcusable merced al desarrollo extraordinario del constitucionalismo moderno en las democracias occidentales desde la segunda posguerra mundial de la pasada centuria. La aportación histórica más relevante e innovadora de este nuevo modelo de constitucionalismo es la denominada *Constitución económica*, auténtica “faz completamente nueva” de todo el ordenamiento jurídico (el que debe ser). A diferencia de lo sucedido en el marco histórico del siglo XIX, el extraordinario desarrollo de los sistemas democráticos y con ello la progresiva maduración constitucional de la Ciencia jurídica constatables en la segunda mitad del siglo XX hace ya inexcusable el diálogo y relación entre Constitución y Codificación, de modo que esta tiene ya sus bases de legitimación en aquella, debiendo esta dejar ya de ejercer, cuando no de suplantar vicariamente funciones constitucionales poco conformes con la Constitución vigente.

Como concepto, el de *Constitución económica* fue recibido inicialmente (en la tercera década del pasado siglo) con no pocos temores y esperanzas, y gran polémica en la doctrina constitucionalista europea (alemana preponderantemente, perteneciente a la Escuela de Friburgo artífice del *ordoliberalismo*). Hoy ya es un concepto asumido en el Derecho constitucional y en la Ciencia jurídica en general. Pero conviene recordar que el sentido político y la función normativa del concepto de Constitución económica radican, desde sus orígenes weimerianos, en establecer un *sistema de relaciones jurídico-políticas entre Política, Economía y Derecho*. Se trataba así de abrir la Constitución política para dar entrada a las grandes cuestiones económicas y sociales que el constitucionalismo del Estado liberal no quería ni podía afrontar y resolver.

Un propósito constitucional de tan alto calado político y social, requerido además de un nuevo modelo de Estado y de Administración pública, llegó a atemorizar a la doctrina iuspublicística que para sortear la politización del concepto y la función normativas de la Constitución económica trató de neutralizar su eficacia transformadora del orden político, económico y social mediante una concepción elástica o neutralista (acaso, mejor, neutralizadora) de la misma reinterpretándola como mero “conjunto de normas de contenido económico y social establecidas en el texto constitucional”; solo esto: se trataba así de impedir que ningún principio político-jurídico de orden superior (ni siquiera la forma de Estado social o “cláusula social”) llegara a vincular o comprometer la legitimidad constitucional de las normas (el “paradigma normativo”). Más claro: se pretendía que fueran las normas en cada momento vigentes las que establecieran el sistema económico y social que hubiera de imperar. Se postulaba así la continuidad del paradigma normativo paleo-positivista típico del Estado legislativo de Derecho, sin que el Estado social llegara a “contaminarlo”: no hay principios directrices o regulativos constitucionales, ni modelos normativos preordenados a la legislación del Gobierno y a la acción de la Administración pública. La Constitución económica —se alegaba— no consagra un sistema económico cerrado, sino flexible y abierto o, mejor, neutral.

En el fondo de esta argumentación externa latía el temor a que las Constituciones económicas de posguerra cedieran paso al socialismo por la puerta del Estado social. De aquí que se propugnara la desconexión de la Constitución económica respecto de la forma de Estado social. Esta es la conocida posición de Ernst Forsthoff,

el cual insiste en que la “cláusula del Estado social” solo legitima al Estado para emprender políticas sociales y acciones gubernativas en ayuda de los más pobres y para subvenir a las necesidades colectivas; pero en modo alguno dicha “cláusula social” podía alcanzar la naturaleza jurídico-constitucional, sino solo jurídico-administrativa. En otras palabras: la Constitución económica del Estado social no puede transformar el orden de la economía liberal; solo legitima al Estado y a la Administración para intervenir en la cobertura necesidades colectivas y en situaciones concretas de menesterosidad social (*Daseinsvorsorge*) (Pablo Font Oporto²⁵). La tesis forsthoffiana fue tempranamente asumida por la jurisprudencia constitucional de la República Federal Alemana en la sentencia de 20 de julio de 1954 que declara la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Treinta años después nuestro Tribunal Constitucional hace un similar pronunciamiento, aunque con mucha menor rotundidad y alguna matización importante: “*nuestra Constitución económica no sanciona ni garantiza necesariamente un sistema económico único y determinado, sino que más bien permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajusten a los parámetros constitucionales; sólo excluye aquellos programas de gobierno que sean contradictorios con éstos*” (sentencia 1/1982).

Esta concepción neutralista o elástica (¿amorfa, mejor?; cabe llamarla también formal) ha merecido la atención crítica de la doctrina constitucional. Así, Gonzalo Maestro Buelga²⁶ ha reflexionado sobre los efectos perversos de esta concepción neutralista de nuestra Constitución económica que acaba por desnaturalizar el constitucionalismo social y favorecer o facilitar así otro constitucionalismo de corte neoliberal de muy dudosa legitimidad constitucional, tal como viene imponiéndose en los dos últimos decenios. Es cierto el carácter pacticio de las Constituciones económicas de los Estados europeos surgidas del gran *consenso socialdemócrata* (o *keynesiano*) de posguerra. Pero dicho carácter pacticio no puede legitimar una interpretación y aplicación neutral o inmoderadamente elástica de la Constitución económica, pues acabaría diluyéndose el mismo sistema de relación entre Política, Economía y Derecho que es, como se sabe, la función normativa primordial de la Constitución económica (P. Font Oporto²⁷).

En contraste con el concepto formal o neutral de Constitución económica, el concepto sustancialista “remite a un modelo constitucionalmente recibido que actúa con función normativa, esto es, disciplinando y dotando de coherencia a las normas económicas y sociales” (G. Maestro); tanto las establecidas en la Constitución formal como en la Constitución material: de tal modo que así concebida la Constitución

²⁵ Vid. *El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el Estado social. Estudio histórico y sistemático*, Revista de Derecho Constitucional, 16, Madrid (2013); y *Ruptura del consenso socialdemócrata y crisis del modelo de Estado*, Revista de Fomento Social, 67, pág. 211 y ss. (2012).

²⁶ Vid. *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, 8, págs.43 y ss.(2007); *Constitución económica e integración europea*, Revista de Derecho Político, 54, págs.35 y ss.(2002); *Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, 7, pág. 123 y ss. (2000)

²⁷ Vid. *Materiales para el estudio del concepto del Estado social en el marco de una investigación sobre el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978* (inédito).

económica, en todas sus manifestaciones y concreciones normativas, es en sí misma una “vértebra” del entero sistema jurídico público y privado del Estado.

Esta concepción sustancialista de la Constitución económica (que ya apareció en el debate de la Constitución de Weimar (1919) rebrota con fuerza y éxito en la segunda posguerra mundial y tiene como referencia intelectual la llamada corriente ordoliberal de la Escuela de Friburgo. Si en el debate suscitado en Weimar se vinculaba la Constitución económica a la forma de Estado social, en Friburgo el modelo de referencia es la *economía social de mercado* dentro de cuyo sistema o paradigma normativo toda la legislación reguladora de la economía habría de tenerse legítima (Derecho válido). Es más, en el caso de España, este sistema económico es el que encuentra una base de legitimidad constitucional más plena en el marco del Estado social y democrático de Derecho. La mayor aportación que hace el ordoliberalismo al constitucionalismo moderno es la de conceder al Estado un papel fundamental en la ordenación de la economía de mercado que ahora se concibe, en contraste con el liberalismo, como un problema político, es más, como un problema constitucional (G. Maestro²⁸). Bien entendido que en este sistema el centro es el mercado; pero este centro ya no se abandona a sus propias leyes autorreguladoras, sino que superando la antigua concepción iusnaturalista y liberal es objeto de protección y de regulación por el Estado que vela por su buen funcionamiento (así, la legislación en defensa de la libre y leal competencia o la de protección de los consumidores y usuarios).

5. EL CÓDIGO MERCANTIL COMO CONSTITUCIÓN ECONÓMICA MATERIAL. ADECUACIÓN Y LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL; CUESTIONARIO Y ALGUNAS RESPUESTAS

Llego así al punto que más interesa: reflexionar sobre la advertencia de nuestra doctrina mercantilista, tras la promulgación de la Constitución de 1978, relativa a la necesidad de acometer “la tarea de revisión total del ordenamiento mercantil para adaptarlo a la Constitución”²⁹. Se trata de la cuestión de la *legitimidad constitucional del Derecho mercantil*, ahora, en concreto, del que se refleja y articula en el Proyecto de Código Mercantil. Me valgo para ello de dos prismas de observación y análisis: el primero se refiere a la consideración normativa del Código Mercantil como *Constitución económica material*, pues ha de ser en esta perspectiva como ha de enjuiciarse, si quiera sea ponderativamente, el grado y calidad de la legitimidad constitucional del Proyecto; y el segundo prisma, ya de más acercamiento y precisión, es el que nos proporciona el denominado *paradigma normativo constitucional* que ahora trato de tomar como test de legitimidad del Derecho mercantil del Código proyectado. Para ello me he preparado un cuestionario de trabajo y a continuación me limitaré a exponer o comentar algunas respuestas o resultados de mi particular juicio de apreciación acerca de la legitimidad o adecuación constitucional del Proyecto, tanto en sus posibles antinomias como sus

²⁸ Vid. *Estado de mercado y Constitución económica*, cit.

²⁹ Así, Menéndez, A., cit., pág. 19.

potenciales lagunas. Lo haré, sin embargo, en un *continuum* discursivo, pero a la vez interrogante.

La relación entre el Proyecto de Código y la Constitución económica parece escasa y fragmentaria, no obstante las declaraciones relativas a su fundamentación en los “*postulados de la nueva constitución económica*” (vid. Exposición de Motivos, I-6 y I-9) y pese a encuadrarse el Código “*en el marco constitucional*” (artículo 0001-1).

En efecto, sendas declaraciones parecen fruto de una lectura y asunción incompleta o parcial de la Constitución económica; solo son fragmentos de Constitución. La primera solo se refiere a dos postulados constitucionales, el de unidad de mercado y el de atribución al Estado, con carácter exclusivo, de la competencia legislativa mercantil. La segunda declaración, que apertura el texto articulado, es más visiblemente reduccionista o parcial del ámbito concepcional que el codificador tiene de la misma Constitución económica y del sistema económico que integra: el de economía de mercado. Esto segundo es ya más relevante y particularmente grave, pues el codificador hace una lectura parcial, insuficiente y políticamente adulterada del “marco constitucional”, *rectius* sistema económico que, por mi parte, hago valer aquí como *paradigma constitucional*. Es comúnmente aceptado (aunque más silenciado) que este sistema económico, interpretado e integrado en la nueva sistemática normativa de nuestra Constitución, no es otro que el de *economía social de mercado*, en línea con el mejor constitucionalismo europeo de los seis o siete últimos decenios. Así es reconocido mayoritariamente por la doctrina especializada (española y comparada) y por nuestros Tribunales. Es más, esta lectura sistemática e integradora —cabal, sin más— nos armoniza, en tan relevante cuestión constitucional, con la “Constitución” de la Unión Europea: “*La Unión Europea establecerá un mercado interior*” (.....), “*en una economía social de mercado altamente competitiva*” (Tratado de Lisboa de 2007, artículo 3.3).

No debiera privarse al Derecho mercantil diseñado en el futuro Código de la “faz nueva y completa” de la Constitución económica formal, siendo que tal Código ha de integrar también la Constitución económica material, además de alienarse con la Constitución económica de la Unión Europea. Ya advertía Justino Duque³⁰, a propósito de la Constitución económica de 1978, de la necesidad de poner en práctica el *principio de congruencia interna del ordenamiento* (ahora ya también con el europeo), lo que exige la adaptación del ordenamiento mercantil a la norma constitucional. Aquí entra la tarea de “delimitación e integración *constitucional* de la materia mercantil”; y para esto el paradigma constitucional (al completo) cumple una decisiva función normativa.

Es cierto que en España la historia de las Constituciones y la de los Códigos no siempre se han cruzado, dialogado y entendido recíprocamente; no se han llegado a establecer vinculaciones fuertes y precisas entre unas y otros; y también es cierto que los Códigos (particularmente el civil) han llegado a ejercer ciertas funciones constitucionales en ausencia o por vacíos de las propias Constituciones y, en todo caso, por la escasa relación entre Constitución y Código. Pero ahora, en pleno siglo XXI, el nuevo orden democrático y social, que asume el cambio político, social, jurídico y

³⁰ Vid. cit., pág. 64.

cultural con una *cuestión constitucional*, exige un estrecho diálogo confiado y leal, y una relación vinculante entre Constitución y Codificación, y por ese orden jerárquico. Es condición de legitimidad de las normas (de las que son y de las que deben ser). Y también es una exigencia de democraticidad del Derecho.

No es baladí que el codificador mercantil asuma solo el sistema de economía de mercado liberándolo, y desentendiéndose como legislador, de la dimensión social que imperiosamente integra nuestra Constitución económica. ¿Es descabellado pensar que con estas declaraciones el Código en proyecto está delimitando por su cuenta no solo su materia regulada y su objeto regulador, sino también el objetivo “político” de su regulación, esto es, su orientación político-jurídica y el haz de intereses institucionales y privados que nuclea el sentido de su bien delimitada misión normativa? ¿Sería acaso impropio o impertinente señalar que con tales declaraciones el Proyecto codifica su sistema de ideas o, en otras palabras, su “ideología”? ¿Y es este o esta plenamente conforme con la Carta Magna (la española y la europea)?

Es cierto que no corresponde al Código Mercantil desarrollar y regular la dimensión social del Estado. ¿Pero puede por ello desentenderse de la dimensión social de la Economía y del Mercado del país, los cuales han de ajustarse en sus estructuras institucionales y en su modo de funcionamiento, como condición de legitimidad, al sistema de economía *social* de mercado? Si el mercado es —se quiera o no— una *institución* fundamental del sistema económico (lugar social y económico creador de riqueza del país, vid. art. 128 CE); y si la Constitución —quíerese o no— ha establecido un ordenamiento supraordenado de principios directrices y regulativos, algunas reglas jurídicas explícitas e implícitas, junto a un conjunto de derechos fundamentales y sociales, y todo esto coronado por la primacía del interés general y, de nuevo todo, reasuntivamente enmarcado en el modelo de Estado social y democrático de Derecho, ¿no parece obligado que el ordenamiento del mercado, incluso en el ámbito acotado de las relaciones jurídicas privadas, se sienta más preocupado y vinculado con el sistema normativo que integra la (entera) Constitución económica? ¿Acaso no debiera el codificador mercantil declarar su “amistad” o “fidelidad” constitucional en forma de “*Principios generales*” en el marco del Título Preliminar del Proyecto, como así lo hace el llamado “Código de consumidores” (TRLGDCU de 16 de noviembre de 1007, v. art.1), al que, por cierto, el codificador reconoce como ordenamiento prioritario al propio Código Mercantil? (v. E. de M. I-13). Este compromiso con la dimensión social del sistema de mercado aflora, sin embargo, en los “*principios generales en materia de competencia*” (vid. Libro Tercero, Título I, artículo 310-1): “*Las normas de competencia tienen por objeto garantizar, preservar y fomentar el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios*”.

Pero, en general, falta un anclaje constitucional más pleno y expresivo del Proyecto en lo concerniente a la dimensión social de la Constitución económica. Y esto tiene y puede tener consecuencias importantes en este y en otros contextos históricos y sociales distintos, más evolucionados, más conflictivos o imprevisibles. Así, en un tema o materia de tanta relevancia constitucional como es la empresa no aflora la dimensión social que a esta imprime el paradigma normativo y axiológico de la

Constitución económica en su conjunto, tanto en lo relativo al modelo constitucional de empresa en sí, como en lo concerniente a su función económica y social, a la responsabilidad social que debe asumir en la sociedad y también en lo que se refiere a los deberes de conducta ética en el mercado. La empresa solo es contemplada como valor patrimonial cambio objeto de tráfico en el mercado; pero no tanto como valor económico y social de explotación, fuente y depósito de la riqueza del país (y de puestos de trabajo!), lo que ya supone alargar la vista (más allá de su concepto legal, art. 131-1) a horizontes más elevados y amplios donde anida el interés general y el bien común de la sociedad (art.128 CE). ¿No debiera también el codificador mercantil hacer una lectura constitucional más profunda y audaz de cuanto significa socialmente el mercado y la empresa para el bien común y para el cambio social dentro de un “orden económico y social más justo” y una “sociedad democrática más avanzada”?

El propio codificador explica que el Código proyectado no obedece a la necesidad de adecuación y congruencia constitucional del ordenamiento mercantil, sino más bien, sobre todo, a la de integrar la materia mercantil y los sujetos económicos en la nueva categoría sistemática del mercado. Bien entendido que este es entendido y valorado como único elemento o categoría de su particular paradigma normativo, el cual significa que este es concebido y presentado, sin ambages, tomando la parte como el todo, siendo que, en realidad, el mercado es solo un fragmento del paradigma constitucional, lo que parece dar a entender el desentendimiento del Proyecto respecto de la dimensión social de la economía de mercado; con ello deja traslucir su concepción liberal-capitalista del mercado.

En efecto, la concepción de mercado que parece albergar el Proyecto solo es funcional al acotamiento de la materia mercantil que regula; se emplea como mero concepto técnico-jurídico; pero no como concepto normativo socialmente abierto o como categoría compleja integrada en el paradigma constitucional. Para el Código en proyecto la Constitución económica parece agotarse en el mercado entendido simplemente como estructura técnica de la Economía, y en la libertad de mercado y de negociación como derecho de los operadores económicos. Pero cuesta ver en su texto —si quiera sea en forma de *cláusulas generales*— los límites y vínculos que la Constitución económica de forma explícita e implícita permite establecer al funcionamiento del mercado y a la libertad económica y negocial de los operadores económicos: diseños constitucionales de “cláusulas generales” que establecieran límites a la generalizada *dispositividad* de las normas y a los poderes privados beneficiarios de esta; vínculos institucionales y sociales, principios directrices y principios regulativos que duermen en el lecho constitucional a la espera de que el legislador (mercantil) los levante y disponga de ellos para así coadyuvar a un más justo funcionamiento del mercado y un modo de emprender y negociar de los operadores económicos también socialmente más responsable y acorde con los intereses de la sociedad e incluso con los derechos sociales. Es preciso que la dimensión y contenido sociales de nuestra Constitución económica deje de ser considerada como un “*elemento de desorden en un mundo que sin ellos sería gobernado con más armonía*” (Stefano Rodotà³¹). Habría que

³¹ Vid. *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

recordar, entonces, que la misión del constitucionalismo social, al que corresponde nuestra Constitución, es la de “*acoger el conflicto social*”³². De ahí su reconocido carácter pacticio fruto del otrora celebrado consenso constitucional.

Es revelador a este respecto que el Proyecto haya evacuado toda la normativa de protección de los consumidores y usuarios —que toma su “sangre” de la Constitución económica—, pese a reconocerse que la contratación con consumidores y usuarios es también “materia mercantil” (vid. Exposición de Motivos, I-13).

¿Qué resultado o conclusión habría que sacar en términos de legitimidad constitucional sustancial del modelo de Derecho mercantil considerado en el Proyecto de Código Mercantil? Para responder a esta pregunta habría que ponderar, con la Constitución en la mano, el significado institucional y la función normativa que esta concede al mercado. En efecto, el mercado es, primariamente, una *categoría normativa institucional* del orden jurídico constitucional. No es simple o asépticamente la “voz” que reúne en el “cerca” mercantil a todos los operadores económicos y a cuantos actos realicen en ese ámbito o lugar económico al que esta voz convoca. El mercado no puede ser contemplado solo por su “efecto llamada” de sujetos y actos mercantiles (criterio delimitador e integrador de la materia mercantil y criterio atributivo de competencia legislativa estatal). El mercado es, cualquiera que sea el sector del ordenamiento jurídico, un lugar económico y social —institucional, por demás—, un espacio abierto de confluencia y combinación de intereses privados y sociales, sin descartar el interés público; es, sobre todo, el lugar institucional destinado a realizar (o no) el interés general y comunitario, el cual ha de ser interpretado por el Estado y por la sociedad conforme a la Constitución. ¿Cabe dudar que el mercado es y debe ser también uno de los espacios para la Política y no solo para la Economía? Quizás por eso la *regla general de dispositividad normativa* en materia contractual de la que hace gala el Proyecto (vid. Exposición de Motivos, I-37) merecería alguna matización interpretativa conforme a la Constitución. ¿Es exagerado pensar que las libertades económicas y negociales se identifican y ejercitan en el mercado como poderes económicos privados no pocas veces ejercitados de forma ilícita, por abusiva o antisocial? ¿No sería oportuno embridar la regulación jurídica de las libertades económicas con una más estricta interpretación de la eficacia dispositiva de las normas contractuales que, enlazando con el art. 7.2 CC, garantizara más ajustadamente la sujeción de las relaciones jurídicas en el mercado al paradigma normativo constitucional?

Finalmente, conviene vigilar el grado y calidad de la *congruencia interna del ordenamiento mercantil* en tanto que integrado en la Constitución económica material. La cuestión que en este sentido se podría plantear se refiere a las incongruencias que pudieran albergarse en el contenido mercantil de la Constitución económica material como consecuencia de la confluencia de normas mercantiles o normas públicas reguladoras de la materia mercantil correspondientes a “códigos” normativos y culturales de diverso signo político-jurídico. Me refiero, de un lado, a la abundante e importante legislación pública y privada pre- y postconstitucional conformadora de

³² Vid. Cantaro, A., cit., nota 22.

una Constitución económica material que, en palabras de Aurelio Menéndez, “muestra los rasgos propios de una economía que ha superado ya el marco estrictamente liberal”³³; y de otro lado, a la normativa del Código en proyecto de cuño más estrictamente liberal. En tanto se mantengan aquellas en vigor o incluso se promulguen otras nuevas en una dirección más reguladora del mercado y lleguen a convivir con la normativa del “Código de la economía liberal” se podría quebrar la unidad del sistema jurídico mercantil en su conjunto, lo que supondría, en cierto modo, un importante desajuste en la primera Codificación mercantil del siglo XXI. De ahí la importancia que en la tarea codificadora mercantil tiene la función normativa del paradigma constitucional.

³³ Vid. cit., pág.23.