MÉTODO CIENTÍFICO Y DERECHO MERCANTIL

FERNANDO VALENZUELA GARACH (1)

Sumario: I.-EL MÉTODO JURÍDICO-INVESTIGADOR Y LA CIENCIA DEL DERECHO. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO MERCANTIL. II.- EL MÉTODO ADECUADO EN EL DERECHO MERCANTIL. III.- NUESTRO ACTUAL POSICIONAMIENTO EN UNA «DEFINITIVA» SUPERACIÓN DE TODO TIPO DE TENSIONES METODOLÓGICAS.

I. EL MÉTODO JURÍDICO-INVESTIGADOR Y LA CIENCIA DEL DERECHO. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO MERCANTIL.

1. En el Derecho, en General.

Si la misión primordial del profesor universitario es la de enseñar, lógicamente resultará fundamental aludir al método pedagógico seguido en la enseñanza del derecho, en nuestro caso –como se verá– del derecho mercantil.

Hablar de «método» puede resultar relativamente fácil; más difícil, sin embargo, será demostrar que efectivamente se posee.

Se dispone de «método» cuando se tiene un «camino» para alcanzar un fin previamente propuesto como meta. Aquí nos ocuparemos del camino para alcanzar el objetivo del conocimiento del derecho, como forma de alcanzar la justicia en un conflicto de intereses.

Con este planteamiento se renuncia a perseguir muchos otros fines y, consecuentemente, a abundar en otros posibles métodos; pues los conceptos de «objeto» y «método» alcanzan íntima vinculación (2). Una pluralidad de enfoques puede resultar conveniente, y será el operador jurídico quien opte por servirse de los que en cada momento considere más oportunos, que no siempre han de ser métodos estrictamente jurídicos [por ejemplo, piénsese en la relevancia del hecho-social (3)]. Pues la cuestión del método esconde la concepción que el jurista tiene de su propia labor; y la preocupación por el método es la preocupación por el carácter científico del derecho (4):

(1) Catedrático de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. Universidad de Granada.

(2) Al respecto se pueden sostener posturas enfrentadas, desde el reduccionismo que pretende generar un método desde el mismo Derecho y para el Derecho, hasta las posturas más eclécticas.

Para enfoques variados, véanse: J.L. DE LOS MOZOS, Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno, Madrid, 1977, pp. 10-31; y BALLESTERO, El encuentro de las ciencias sociales. Un ensayo de metodología, Madrid, 1980, pp. 107 y ss.

(3) *Vid.* DURKHEIM, Las reglas del método sociológico, 5.^a ed. (traducción al castellano de Echevarría Rivera), Madrid, 1986, pp. 33-42.

(4) *Vid.* CASALMIGLIA, Introducción a la ciencia jurídica, Barcelona, 1986, pp. 11-18 .

en efecto, desde la concepción del jurista como artista todo es válido, los ensayos tienen valor por sí, y se carece de criterios de adveración (5).

Téngase presente que el mundo del Derecho español tiene algunas características que favorecen una aproximación acientífica a los problemas. En primer lugar, el criterio de autoridad es con frecuencia preponderante a cualquier otra argumentación. En un segundo término, se tiene un mayor sentido de escuela que de comunidad dogmática, por lo que el filtro se reduce. Por último, la carencia en muchas materias de disposiciones genéricas exige que la teoría general surja inductivamente, lo que impide justificar la veracidad de proposiciones universales partiendo de proposiciones particulares (6).

Así planteadas las cosas, se comprueba que el método alcanza una función esencial. Si llegó incluso a dudarse sobre la posibilidad de considerar científicamente al derecho, dada la mutabilidad de su objeto (7), el método se convierte en el primer garante de la ciencia jurídica.

Como es sabido, la palabra «método» significa para los griegos «camino acertado»; y «método jurídico» sirve, pues, como camino acertado para aprehender esa región óptica que es el derecho. Esta aprehensión es la respuesta a una inquietud fundamental del hombre producida por la NECESIDAD DE SABER, de ir cercando y reduciendo la zona de misterio, de dar explicaciones a lo que parecía inexplicable; y, por supuesto, de PONER ORDEN A SU PROPIA EXISTENCIA.

Dicho en otros términos, la preocupación metódica envuelve dos finalidades o funciones: conocimiento y aplicación del saber, en nuestro caso del saber jurídico.

Es cierto que el método jurídico es tan antiguo como la ciencia jurídica, cuyo objeto específico es el conocimiento del derecho. Sin embargo, el problema metodológico no ha sido planteado rigurosamente hasta tiempos relativamente recientes, bien iniciado el siglo XIX. Desde entonces, teorías y más teorías, distinciones y subdistinciones surgen sin cesar, coexistiendo o relevándose las unas a las otras. No han faltado enconadas polémicas, que han gastado vidas enteras de eminentes juristas, e incluso en ocasiones se ha generado un sentimiento de desorientación y hastío en el estudioso del Derecho, de rechazo frente a la hipertrofia metódica.

Inmediatamente salta a la vista que el método jurídico siempre viene condicionado por el fin a alcanzar. Si la meta del «camino» a recorrer radica en el derecho, habrá de utilizarse un método que sea propio y apto para esta ciencia. No es de extrañar, por consiguiente, que LAS SOLUCIONES AL PROBLEMA DEL MÉTODO ADECUADO

(5) Cfr. MARINA, Elogio y refutación del ingenio, Barcelona, 1992, p. 51, en donde puede leerse: «También la ciencia inventa continuamente hipótesis nuevas y necesita de esa riqueza para mantenerse en buena forma creadora, pero considera que esa multiplicidad es sólo un medio, casi un penoso tributo que pagamos a nuestra limitación, mientras que para el ingenio es un valor en sí. A la ciencia sólo le interesa una hipótesis: la verdadera. Las demás son pasos en falso que serán olvidados. No hay una historia de los errores científicos que tenga valor científico, pues la ciencia reconoce exclusivamente los aciertos y considera las tentativas frustradas como extravíos de la frágil razón humana. Esos despistes sólo interesan a disciplinas exteriores a la ciencia...».

(6) *Vid.* CASALMIGLIA, ob. cit. (nota 4), pp. 34-5.

(7) Una crítica virulenta a la tesis de KIRCHMANN (La jurisprudencia no es ciencia, traducción y notas de A. Truyol Serra, 3.^a ed. en castellano, Madrid, 1983) sobre la mutabilidad del objeto, puede encontrarse en A. HERNÁNDEZ GIL, Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica, Madrid, 1976, pp. 17-21, en donde incluso señala que «...la frase de Kirchmann es una trivialización pseudopolítica de un problema no captado...» (p. 18).

ESTÉN EN FUNCIÓN DEL CONCEPTO MISMO QUE SE TENGA DEL DERECHO. Concepto del «derecho» cuya determinación es misión principal de la filosofía del Derecho, pero que juega un papel decisivo para la propia ciencia del derecho: en última instancia, la cuestión metódica rebasa los límites de las ciencias jurídicas particulares.

El Ordenamiento Jurídico, el derecho positivo, es susceptible de un conocimiento científico, pese a encontrarse sometido a una continua transformación y mudanza. Por muchas que sean las alteraciones de un ordenamiento positivo, los principios fundamentales que lo informan son permanentes, y sobre ellos cabe la posibilidad de construir una ciencia con valor universal basada en la justicia, sin límites espacio-temporales.

Dicho de otro modo, que la continua transformación del derecho positivo podrá indicarnos que la ciencia jurídica, que lo tiene por objeto, habrá de cambiar y moverse al compás del mismo. Pero lo que en ningún caso podrá demostrar, es la imposibilidad de una Ciencia del Derecho, pues lo que le otorga la impronta de «ciencia» no es la materia de conocimiento, sino el método por el que se determina y conoce su objeto. se parte de la concepción del Derecho positivo como una reglamentación necesaria de la vida social, susceptible de imponerse coactivamente y fundada en una idea de Justicia.

Con tales presupuestos, la FUNCIÓN METÓDICA que el pensar científico pretende realizar, se centra en una triple misión: la investigación del derecho, la sistematización de los conocimientos así adquiridos, y la exposición orgánica y armoniosa de los mismos. En otros términos, la función de conocimiento e interpretación del derecho, por un lado, y la de la aplicación del mismo derecho, de otra parte (8).

Sabido es que el derecho positivo se manifiesta a través de las llamadas «fuentes del derecho»; y que el primer paso de la ciencia jurídica es precisamente indagar a través de ellas el verdadero sentido de las normas, mediante la INTERPRETACIÓN JURÍDICA cuyo objeto es «*explicar la materia jurídica, resolver las contradicciones aparentes, esclarecer todo el contenido de la voluntad del legislador, inducir de disposiciones existentes el principio en que están basadas, y sacar de él sus consecuencias*», en la clásica concepción de IHERING.

Bien mirada, la interpretación aplicada al Derecho no crea nada nuevo, ni puede hacer otra cosa que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes. De suerte que INTERPRETAR LAS NORMAS, en el sentido en que aquí se habla, ES AVERIGUAR SU SIGNIFICACIÓN Y ALCANCE. La averiguación del *sentido más justo y adecuado de la norma jurídica* deberá ser, por lo tanto, el criterio que presida el empleo de los medios de interpretación.

2. En el Derecho Mercantil, en Particular.

En esta sede, nuestra tarea se centrará primordialmente en la FIJACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN MÁS ADECUADO Y JUSTO PARA EL DERECHO MERCANTIL.

(8) *Vid.* en especial BOBBIO, “Método”, *Noviss. Dig. It.*, t. X, Turín, 1964, pp. 602-1. No parece distanciarse mucho de esta óptica de estudio el Prof. R. JIMÉNEZ DE PARGA, “Algunas cuestiones previas acerca del concepto y método del Derecho mercantil actual”, en *AA.VV.*, *Homenaje a Roca Sastre*, vol. III, Madrid, 1976, pp. 470 y ss., en concreto pp. 485 y ss.

Resulta comprensible que el mencionado criterio se encuentre muy condicionado por la especial configuración del Derecho mercantil, determinando a su vez el despliegue de toda función metódica. Y en la constante lucha por atender y satisfacer las exigencias del tráfico mercantil, comercial o industrial, se ha mantenido el derecho mercantil dentro de una postura refractaria a cualquier intento de construcción asentado en dogmatismos y que se alejen indebidamente de la realidad económica.

Su razón de ser y su dinamismo, impuestos por unas necesidades económicas (y sociales) siempre cambiantes, confirman plenamente que el derecho mercantil se ha apoyado siempre en su contacto con la vida, y su método característico se ha cimentado en lo que se convino en denominar «JURISPRUDENCIA DE INTERESES» y el MÉTODO DE OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD del que hablaba el gran maestro iusmercantilista Don Joaquín Garrigues.

II. EL MÉTODO ADECUADO EN EL DERECHO MERCANTIL.

Constituyen una verdadera legión aquellos tratadistas que, de una u otra forma, han contribuido al esclarecimiento de los métodos propios de la investigación científica del derecho mercantil. Son muchos los autores citables, si bien parece razonable que aquí tan sólo se mencionen algunos seleccionados.

Un meritorio esfuerzo de sistematización aparece en Francia con la clásica obra de THALLER sobre la materia, fechada en el año 1.910 (9). Este pensamiento fue recogido y compartido por la doctrina iusmercantilista posterior, no solamente en Francia, sino también en los restantes países europeos (10). Junto al anterior, seguramente nadie lo haya expresado con la brillantez y claridad que lo hizo el italiano Alfredo ROCCO (11), como seguidamente se detallará.

1. Métodos Clásicos

Para ROCCO, el estudio científico del derecho mercantil engloba cuatro clases de investigación:

(9) Cfr. THALLER, "La Méthode en Droit Commercial", en AA.VV., Les méthodes juridiques (Leçons faites au College libre de Sciences Sociales en 1910), París, 1911, pp. 131-52.

(10) Por ejemplo, es éste igualmente en Italia el pensamiento de C. VIVANTE [Tratado de Derecho Mercantil (trad. castell.), t. I, Madrid, 1932, núms. 55 y ss.] o de VALERI, Manuale de Diritto Commerciale, Florencia, 1950.

(11) Cfr. A. ROCCO, Principios de Derecho mercantil. Parte general, ed. castellana, Madrid, 1931, pp. 73 y ss. Conviene no ocultar, sin embargo, que ROCCO pretendía abogar por cierta autonomía científica en la que, sin caer en el aislacionismo metodológico, se buscara un método propio del Derecho mercantil (cfr. pp. 66-8). El propio autor matizaba sus pretensiones iniciales (págs. 68-9) con estas palabras: «Autonomía científica no equivale a aislamiento científico; toda ciencia está relacionada con otras y el Derecho mercantil las tiene estrechísimas: (...) con cuantas estudian el comercio (...) ciencias sociales que estudian el comercio como fenómeno social (...) más íntimas aún son las relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con las demás ciencias jurídicas...».

- 1) el estudio técnico y económico de las relaciones sociales que rigen el derecho mercantil;
 - 2) el estudio histórico-comparativo del desenvolvimiento de los variados aspectos de las instituciones del derecho mercantil, en el tiempo y en el espacio;
 - 3) el estudio exegético de las normas del derecho mercantil positivo; y
 - 4) el estudio sistemático de los principios del derecho mercantil positivo, en su coordinación con los preceptos y principios generales del derecho civil y con los principios generales del conjunto del derecho positivo.
- Con un cierto detalle, veamos cada una de las expresadas clases de investigaciones.

A) Método Técnico-Económico

Ante todo la ciencia del derecho mercantil se apoya en el hecho de ser una CIENCIA DE OBSERVACIÓN, pues no podría comprenderse un derecho mercantil alejado de la realidad del tráfico al que sirve.

Las instituciones mercantiles defienden y protegen intereses fundamentales de naturaleza económica: ello exige necesariamente un cuidadoso estudio en el ámbito económico, en cuanto que no es posible penetrar a fondo en el examen jurídico de las instituciones mercantiles sin conocer previamente su aspecto económico, las necesidades a que responden y los intereses tutelados. La expresa y taxativa advertencia de VIVANTE a este respecto, tan conocida, cobra actualidad y vitalidad día a día (12).

Precisamente, las profundas transformaciones operadas en el terreno económico a partir del siglo XIX explican perfectamente las cambiantes exigencias del derecho mercantil de nuestro tiempo. La agilidad o el dinamismo, consustanciales a esta nuestra

(12) La íntima relación entre Derecho y Economía ha sido subrayada en diferentes sedes por la mejor doctrina. Ya en nuestros primeros estudios de Derecho mercantil aprendimos el exhorto de VIVANTE: «No se permita jamás tratar una institución jurídica si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica de la misma: acudan a las Bolsas, a los Bancos, a las agencias, a las sociedades mercantiles, a las secretarías judiciales, en busca de material necesario para comprender aquella estructura y aquella función» (*apud* J. GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, 7.ª ed., t. I, Madrid, 1982, p. 45). Tal recomendación del profesor italiano, así como la preocupación de la que surge, es contemporánea de otras manifestaciones en igual sentido, realizadas por algunos de nuestros tratadistas decimonónicos. Podemos citar en este sentido las palabras de P. ESTASEN (Instituciones de Derecho Mercantil, t. I, Madrid, 1890, p. 9): «...antes de entrar en el estudio de la naturaleza de las instituciones de Derecho mercantil, jurídicamente consideradas, así como en el análisis y exposición de las múltiples cuestiones que en este vasto campo de la ciencia del Derecho suelen plantearse, conviene conocer las instituciones de Derecho comercial bajo el aspecto económico. El legislador, el hombre de Estado, el jurisconsulto, no deben olvidar jamás que el *comercio* es por esencia, por sus accidentes, por su forma, por sus procedimientos y manifestaciones, un *fenómeno económico*, y como tanto para legislar, como si se trata de aplicar lo legislado ó de interpretar rectamente la doctrina legal, la jurisprudencia y aun la práctica y la costumbre, á las que tanto debe atenderse en estas materias, es requisito indispensable y base de acierto conocer de antemano la *materia* objeto de derecho, lógicamente se desprende de este principio que el estudio de las condiciones económicas del comercio es la base de investigación, es por donde ha de empezar quien desee conocer á fondo el Derecho mercantil».

Cfr. A. PÉREZ DE LA CRUZ, en el "Prólogo" a la obra de A. AURIOLES MARTÍN, Créditos sindicados con interés variable, Barcelona, 1987, pp. 13-4; y, con una especial consideración de los mercados financieros, ROSSI, "I mercati dell'investimento fra diritto ed economia", Rivista delle Società, 1991, n.º 4, pp. 965-8.

disciplina, han sido puestas a prueba por aquellos cambios. El investigador del derecho mercantil, en íntimo contacto con las facetas económicas de las instituciones que estudia, con las realidades del tráfico y con la práctica comercial usual, deberá proceder a su desentrañamiento, si verdaderamente quiere comprenderlas, «*como si ninguna ley escrita se hubiese promulgado sobre el particular y sólo existiese una regulación de tipo consuetudinario*» (THALLER).

Bien es cierto, en suma, que apenas es factible comprender la norma jurídica reguladora del derecho de las sociedades anónimas, de los títulos-valores, de las operaciones bancarias, de los seguros, de los transportes, etc., sin un estudio previo del ámbito y contenido económico de tales instituciones. Lo anterior no excluye que el estudio haya de ser técnico, porque la mecánica de las operaciones mercantiles es sumamente compleja, desconocida fuera del círculo propio de los empresarios y, en ocasiones, incluso por ellos mismos. Ello es completamente cierto: ¿Tendría hoy sentido afirmar lo contrario? No solamente en las instituciones propias del vertiginoso despliegue actual del derecho mercantil contemporáneo (transportes, seguros, bancario, bursátil en el seno de un complejo mercado de valores, etc.), sino igualmente en aquellas otras ramas más conocidas como el derecho de sociedades o los instrumentos cambiarios: apenas si se conocen medianamente por el jurista no especializado o por el hombre de negocios, y el desconocimiento raya en la ignorancia para el empresario medio y, más aún, para el ciudadano medio.

Los diferentes condicionados generales de las pólizas de seguros o de los contratos bancarios; las cláusulas de irresponsabilidad para la empresa porteadora, depositaria o aseguradora, el modelo y formularios del tráfico marítimo y aéreo, etc., son otras tantas muestras del tecnicismo imperante en el moderno derecho mercantil. El formalismo propio de los instrumentos cambiarios y la significación jurídica de las menciones de la letra de cambio, exceden de las posibilidades corrientes de conocimiento por parte de quienes en ellos intervienen.

Para el investigador del derecho mercantil, el estudio técnico de estas instituciones cumple la función de *conditio sine qua non* para su comprensión y para la resolución de los incontables problemas ofrecidos por las multiformes muestras de este tráfico comercial.

De tal forma quedan enraizados los aspectos técnico y económico de las instituciones mercantiles, que podrá formularse un juicio de valor acerca de las mutaciones producidas en las viejas instituciones mercantiles, desentrañando el sentido y alcance de aquellas otras que van creándose al compás de las nuevas exigencias técnico-económicas, aun cuando se verifique con el natural e inevitable retraso que toda norma jurídica presenta frente al hecho originario de la misma.

B) Método Histórico-Comparado

Advierte ROCCO que no existe rama alguna del Derecho que encuentre parangón con el derecho mercantil en lo referente a la utilidad e importancia que en su investigación tiene el empleo del método histórico-comparativo. Esta afirmación encuentra su justificación en la rapidez del desenvolvimiento del derecho mercantil y en el carácter

universal del mismo, en razón a comunes exigencias impuestas por el comercio y su expansión internacional.

El adecuado estudio de cualquier institución mercantil exige una debida proyección espacio-temporal. Se hace preciso considerar el desarrollo histórico para poner de relieve las evoluciones experimentadas y las causas a que obedecen, sus obligadas consecuencias en el tráfico; y, por comparación, el perfeccionamiento técnico de los instrumentos jurídicos.

Al estudio histórico deberá adicionarse el resultante del examen comparativo con idénticas instituciones en el derecho extranjero. Ahora bien, una labor meramente informadora no agota estas posibilidades, aun cuando sea útil. No se trata de exponer, más o menos extensamente, las soluciones ofrecidas por el legislador o el tratadista extranjero, sino observar con atención si las exigencias fueron las mismas, si los puntos de partida resultan idénticos, si los resultados están condicionados o no por anteriores premisas privativas de un determinado ordenamiento jurídico, si son más o menos perfectos que los logrados por el Derecho español, y, si aun siéndolo, son viables en nuestra patria en conexión con los intereses puestos en juego, con la protección de los involucrados y con las directrices político-económicas en cada momento imperantes en nuestro país.

Tan sólo en el sentido expresado va a encontrar una plena satisfacción la investigación del DERECHO COMPARADO, en cuanto instrumento de contraste y perfeccionamiento del derecho mercantil español. Lo demás podrá ser útil, como mera labor informativa, pero también en ocasiones puede ser fuente de dudas y de desalientos.

Nunca esta labor podrá verse cumplida mediante una recopilación, incluso siendo exhaustiva, de legislación ni de doctrina. En todo caso, nuestra investigación deberá girar sobre un estudio decidido de aquellos ordenamientos que, por su influencia en el nuestro o por su adelanto técnico en cada caso y problema objeto de estudio, se opte por traer a colación (13).

En definitiva, el estudio histórico-comparativo se revela como un método investigador de primera magnitud, si bien con las referidas precauciones que presenta su manejo. Su especial interés estriba para el mercantilista en esa doble tendencia del moderno derecho mercantil, bien conocida: su fuerza expansiva internacional, y facilidad de acomodación a reglas uniformes y comunes a distintas naciones.

C) Método Exegético.

Este método de investigación tiene por objeto descubrir el verdadero alcance y amplitud de las declaraciones de voluntad encerradas en cada norma legal. Es así que el objeto de la exégesis es simplemente el precepto legal individual, mediante la interpretación lógica del texto, representando la primera y más sencilla forma de investigación (14).

(13) En este sentido cfr. CASTÁN, Reflexiones sobre el Derecho Comparado y el Método comparativo, Madrid, 1957, pp. 60-75; se trata del Discurso pronunciado, como Presidente del Tribunal Supremo, el 16 de septiembre de 1957 de Solemne Apertura de los Tribunales.

(14) El método exegético ha sido el predominante en el estudio del Derecho mercantil desde la Baja Edad Media hasta finales del siglo XIX; *vid.* A. HERNÁNDEZ GIL, Metodología de la Ciencia del Derecho, vol. I, Madrid, 1971, pp. 73 y ss.; y RUBIO, Introducción al Derecho mercantil, Barcelona, 1969, p. 262.

Resultará, pues, equívoco el prodigarse en exposiciones doctrinales confusas de las instituciones mercantiles, en las que no exista una clara y categórica separación entre aquello que constituye una norma legal y lo que representa una opinión de autor o un intento de construcción dogmática.

El profesor universitario de derecho mercantil no podrá olvidar jamás que su misión primordial en la docencia será la exposición del sistema de derecho positivo español, y a esta suprema tarea ha de subordinar o conectar ciertos criterios doctrinales. Al mismo tiempo, su investigación tampoco podrá resultar satisfactoria si prescinde o desdeña el examen riguroso del precepto legal correspondiente y su entronque.

En cualquier caso, no pueden silenciarse los posibles excesos que pueden cometerse mediante la utilización a ultranza del método exegetico en el derecho mercantil, máxime al tratarse de una rama que se articula en base a la realidad del tráfico sobre el que se asienta. En cualquier caso, el método exegetico puede convertirse en instrumental de cualquier otro método jurídico, de cualquier investigación en el ámbito jurídico (15).

D) Método Sistemático.

También llamado «método constructivo», tiende a servir de lazo de conexión entre el método de la observación y el escolástico, dando a la institución jurídica una unidad, dentro de su función humana y social, que en forma adecuada haga más satisfactorias sus aplicaciones prácticas.

Es éste un método que nos proporciona el material necesario para llenar las lagunas de la ley, induciendo mediante la aplicación analógica de las normas escritas otras más generales, no escritas, estableciendo así principios y reglas generales, bien para una determinada materia, bien para una rama del Derecho, bien —por último— para todo el campo jurídico.

Ahora bien, una proyección excluyente de este método podría entrañar los denunciados abusos de un dogmatismo geométrico, absoluto y riguroso, alejado de la realidad. Por el contrario, una infravaloración de este método hace perder perspectiva y altura a la investigación científica. Se hace, por consiguiente, absolutamente imprescindible una adecuada valoración del empleo del método constructivo, para lo cual habrá de tenerse presente que toda construcción jurídica comporta —ante todo— una observación concreta y cuidadosa de los textos legales y, además, es preciso que se compruebe la correspondencia de las conclusiones así obtenidas con la experiencia jurídica del momento.

De otra parte, si se quiere ser eficaz, habrá de tenerse presente que toda inclusión en una materia jurídica proporciona datos de valor temporal y contingente, por ser temporales y contingentes los datos de esa experiencia. A modo de ejemplo idílico de este método, es habitual citar en nuestra doctrina la construcción dogmática del Profesor JOAQUÍN GARRIGUES al recoger el principio de la «apariencia jurídica»; en efecto, partiendo de la observación de una serie de hechos contenidos en los Códigos, por vía de inducción se alcanza una norma general (el principio de la apariencia jurídica), que a su

(15) *Vid.* J. GARRIGUES, Tratado de Derecho mercantil, t. I, vol. 1, Madrid, 1964, p. 52.

vez —ahora por aplicación deductiva— aclara situaciones y resuelve problemas que, de otra forma, resultaban casi insolubles.

2. El Tradicional Estado de Desunción de Métodos.

A) Los Métodos para la Aplicación Judicial del Derecho Mercantil: La «Jurisprudencia de Conceptos» y la «Jurisprudencia de Intereses».

Supuesto que el Juez debe aplicar las normas positivas, y partiendo de la base de que la ciencia jurídica debe colaborar con aquél en esta tarea, corresponde ahora determinar qué método debe seguir el científico del derecho en esta labor de cooperación. En este sentido, es preciso advertir, con carácter previo, que es absolutamente necesaria una simbiosis entre la teoría y la práctica, puesto que el derecho solamente halla su razón de ser en el hecho de su aplicación; y, por otra parte, que la ciencia jurídica debe contribuir a una mejor aplicación del derecho, pero también deberá profundizar en la investigación teórica, al objeto de conseguir una más justa y adecuada regulación de los fenómenos sociales.

Sentadas estas premisas, puede indicarse que para cooperar en la tarea de aplicación del derecho mercantil, la ciencia jurídica puede utilizar el método lógico-formal propio de la «Jurisprudencia de conceptos» y el método valorativo propio de la «Jurisprudencia de intereses». Esta bipartición se debe al convencimiento doctrinal de que los distintos métodos examinados en el epígrafe anterior pueden reducirse a dos fundamentales y opuestos, según respondan a los postulados de una jurisprudencia de conceptos o a los de una jurisprudencia de intereses, puesto que tanto el método exegético como el histórico-comparativo pueden y deben ser utilizados en todo caso (GARRIGUES) (16).

B) La Escuela Histórica del Derecho y el Método Lógico-Formal: La «Jurisprudencia de Conceptos».

Ante todo, el jurista dispone del método lógico-formal que, por vía de inducciones y deducciones, opera con conceptos abstractos. Para quienes defienden este sistema metodológico, la Ley presupone un *proceso de abstracción*, tanto en la fijación de los supuestos de hecho de aplicación de las normas (no cabe, pues, el casuismo), cuanto en la predisposición de las consecuencias jurídicas que se derivan de la concurrencia de aquel supuesto. Por este motivo, cuando el jurista se enfrente con el análisis de la norma, encaminado directa o indirectamente a su ulterior aplicación, deberá *descubrir y aclarar los conceptos generales* contenidos en las normas. En consecuencia, en este primer nivel de la actividad de los estudiosos del derecho, la actividad desarrollada se caracteriza por la aplicación de procedimientos lógico-formales y el empleo de conceptos abstractos.

La utilización del *método lógico-formal* se vincula a la aparición de la denominada ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO o PANDECTÍSTICA alemana del siglo XIX, que surge frente a los excesos de las Escuelas imperantes en la época, precisamente como

(16) Vid. BALLESTERO, ob. cit. (nota 2), p. 107.

corriente de reacción al frente de la cual se encontraba VON SAVIGNY. Para esta Escuela, el Derecho es el fruto espontáneo de las costumbres y tradiciones alimentadas por la manera de ser y el espíritu de cada pueblo, el denominado *Volksgeist*; y precisamente de ahí deriva la fundamental importancia del «MÉTODO HISTÓRICO» para el conocimiento y la comprensión del derecho, aunque sin hacer por este motivo tabla rasa del sistema.

De esta manera nace la JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS («Begriffsjurisprudenz»), llamada también «Jurisprudencia constructiva», que se configura como un MÉTODO DOGMÁTICO, basado en la construcción de conceptos con el instrumento de la lógica (17). Sin duda, este método de investigación y conocimiento del derecho mercantil (y del Derecho en general) ha contado con importantes valedores (WINDSCHEID, THÖL, SCIALOJA, MESSINEO), que propugnan la necesidad de una construcción científica del derecho, sobre la base de los denominados «cuerpos jurídicos». Aún cabría añadir la postura de esta construcción metodológica de clara oposición a la creación judicial del derecho, así como su acusado positivismo (por medio de la aplicación analógica de las normas, es posible colmar cualquier laguna legal, porque estas lagunas pueden existir en una norma aislada pero no en el conjunto del derecho).

El imperio de esta corriente metodológica culminará en la obra de WINDSCHEID, cuyo esfuerzo se dirigió, por un lado, a la determinación más rigurosa de las nociones y figuras jurídicas, y por otro, a su adecuada coordinación dentro del sistema. Así, la Escuela Histórica —que parecía predestinada a generar un verdadero sociologismo jurídico— desembocó en una realidad muy distinta que nos atreveríamos a calificar de dogmatismo, siendo así que la tensión entre historicismo y dogmatismo ha marcado la posterior evolución de la historiografía jurídica que, si algo tiene de original, es el fundarse sobre la oposición que existe entre el dogma y la historia.

Esta tensión se manifestó de manera especialmente diáfana en el ámbito del derecho mercantil, teniendo como principales abanderados en esta polémica a THÖL y GOLDSCHMIDT (18). El primero partió de la legislación para analizar su fondo doctrinal en una tarea constructiva que, arrancando de los esquemas dogmáticos de la ciencia romanista, desembocaba en la construcción de un sistema completo para el derecho mercantil; por su parte, GOLDSCHMIDT propugnaría un método genético o histórico-económico, en el que el conocimiento de la evolución y la función práctica de las instituciones debía servir a la mejor comprensión de su específico significado y naturaleza. A pesar de que esta segunda corriente parecía estar llamada a ejercer un mayor influjo en el ámbito del derecho mercantil, precisamente por el mayor dinamismo y espontaneidad que han caracterizado sus reglas, lo cierto es que el método dogmático alcanzó un mayor desarrollo durante el siglo XIX y que los nombres de los más prestigiosos iusmercantilistas de la época se encontraban vinculados a este movimiento.

Este método de la Ciencia del Derecho, en concreto del derecho mercantil, posee importantes ventajas. En este sentido, se ha advertido que, habiendo nacido el derecho mercantil como segregación del derecho civil, presenta aquél un carácter un tanto

(17) *Vid.* CASTÁN, *Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho Privado Positivo)*, Madrid, 1947, pp. 84- 96.

(18) Al respecto *vid.* RUBIO, *ob. cit.* (nota 14), pp. 262 y ss.

fragmentario, y muchas de sus instituciones aparecen como algo incompleto, en cuanto figuras jurídicas que necesitan integrar su régimen recurriendo a los conceptos del derecho civil. De este modo, con el enlace entre normas civiles y mercantiles, se viene a completar el sistema del derecho privado. Asimismo, el presente método ha contribuido, y puede contribuir todavía, al desarrollo de la ciencia jurídica en general, y al de la mercantil en particular (ESSER): la formación progresiva del TÍTULO-VALOR constituye un ejemplo paradigmático de esta afirmación.

No es, por lo tanto, del método de la «Jurisprudencia de conceptos» de lo que ha de apartarse el estudioso del derecho, sino de los excesos a que puede conducir, si se aplica sin tomar en consideración la problemática de los intereses que subyacen en las normas y en las relaciones jurídicas (19). En este sentido, el abuso de la metodología lógico-formal podría conducir a un conceptualismo completamente apartado de la realidad de la vida social, por lo que las soluciones que se obtendrían por el jurista serían inadecuadas para la solución de los problemas que plantea la práctica mercantil.

Añádase, finalmente, que en el panorama contemporáneo se observa un cierto neoconceptualismo que ha tenido acogida en el seno del derecho mercantil, siendo éste el sentido último del método tipológico empleado principalmente en Alemania y en Suiza para el estudio de las sociedades mercantiles (20).

C) La «Jurisprudencia de Intereses» y el Método Valorativo.

Sabido es ya que los excesos del dogmatismo constructivo en que incurrió gran parte de la pandectística alemana del siglo XIX, ha provocado justas censuras basadas en su alejamiento de la vida real del tráfico y del fin inmediato que la norma jurídica debe tutelar, esto es, los intereses humanos, mutables y contingentes como realidades que son de la vida social.

Sin duda, el autor más importante en la nueva tendencia metodológica fue A. von IHERING, quien -tras comprobar la inexactitud de la idea de invariabilidad de los conceptos jurídicos romanos- sentó las bases de la nueva concepción. Se llega así a una auténtica JURISPRUDENCIA TELEOLÓGICA Y EVOLUTIVA, que valore si la norma se adapta a las necesidades sociales y económicas que ordena y si el derecho responde a su fin. La idea de «fin» resulta preponderante, ya que toda norma obedece a un fin, a una motivación práctica que explica su origen y su existencia, permitiendo conocer cuál debe ser el sentido de la aplicación de las disposiciones a los casos concretos.

Esta corriente originaria inaugura una METODOLOGÍA FINALISTA, que más tarde se prolongaría hacia la llamada «JURISPRUDENCIA DE INTERESES» («*Interessenjurisprudenz*»), principalmente a través de la obra de Ph. HECK, quien matiza el concepto de «fin», en el sentido de concretarlo en la categoría de «interés». Se estima así que los preceptos jurídicos tratan de resolver siempre un conflicto de intereses.

(19) Cfr. en tal sentido ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, trad. al castellano de E. Verdera, Barcelona, 1964, p. 17.

(20) En general *vid.* CALVO, *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Madrid, 1994, pp. 90-7.

En una serie de trabajos, HECK desarrolla su criterio metodológico sobre la base de una crítica del método lógico-formal (21). Para él, los preceptos jurídicos tienen su origen en las necesidades vitales y en su valoración, y no en la elaboración de unos conceptos abstractos y generales, previamente contruidos y que se vienen a manifestar en las leyes. El Juez se encuentra en una situación de sujeción a la Ley, en el desarrollo de su función de proporcionar al derecho su eficacia vital, produciendo un «derecho vivo».

La importancia del método finalista para el derecho mercantil es fundamental, pues en él las EXIGENCIAS DE EQUIDAD provocan una ponderación cuidadosa de los intereses en juego. Esta nueva orientación encierra una finalidad eminentemente práctica, subrayando la conexión del derecho con los intereses de la vida social. Su éxito parecía garantizado en el ámbito del derecho privado en general, y en el del derecho mercantil de forma particular: hay quien ha afirmado, en este sentido, que el derecho mercantil y la Jurisprudencia de intereses «*viven íntimamente unidos*» (22). Este método conduciría posteriormente también a muy buenos resultados tanto en el campo del DERECHO DE SOCIEDADES, como en el especialmente complicado de los TÍTULOS-VALORES (WÜRDINGER, ULMER), contando con la adhesión de autores de un altísimo prestigio (MÜLLER-ERZBACH, MOSSA o GARRIGUES).

En cualquier caso, es evidente que la «Jurisprudencia de intereses» ha experimentado una evolución progresiva que ha conducido a la aparición de una nueva corriente doctrinal en el campo de la metodología: en concreto, la denominada «JURISPRUDENCIA VALORATIVA» o «JURISPRUDENCIA DE VALORACIONES». Para esta corriente metodológica son tres los «juicios de valor» que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de investigar las normas y de hallar la justa solución para el caso concreto: a) los juicios de valor que explícita o implícitamente haya formulado el legislador; b) los juicios de valor del intérprete; y c) aquellos juicios de valor que tengan un arraigo en la concreta comunidad en que la Ley ha de aplicarse o en que la resolución ha de ser adoptada.

Es preciso diferenciar las nociones de «interés» y de «magnitud valorativa» (WESTERMANN). Partiendo de esta distinción, se afirma que el objeto de la ciencia del derecho no es tanto el análisis de los intereses, cuanto la investigación de las «magnitudes valorativas» contenidas en la Ley. Lo fundamental es describir los criterios ordenados que han sido decisivos para realizar la valoración de intereses que toda norma positiva encierra (REINHARDT). El contenido de las normas no es meramente descriptivo, sino valorativo, y es por este motivo que lo importante no es que la norma refleje un interés, sino que haya decidido protegerlo por la valoración que hace el legislador (ESSER).

Esta corriente «evolucionada» ha llegado incluso a la ciencia del derecho mercantil, donde cuenta con la adhesión expresa del suizo O.A. GERMANN. En la aplicación de una norma no se debe partir de la pura interpretación de los fines de la Ley, sino de los valores sociales que se subsumen en la misma; pues sólo orientando la

(21) Cfr. P. HECK, “El interés en el Derecho”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1948, t. IV, pp. 509 y ss.

(22) Vid. E. POLO, “Jurisprudencia, método y función del jurista”, Revista Jurídica de Cataluña, 1975, pp. 160-161.

interpretación de la Ley hacia los valores que están inmanentes en ella se podrán evitar contradicciones valorativas (23).

La crítica que más insistentemente se ha formulado contra la «Jurisprudencia de intereses» es que su método incurre en evidente materialismo, toda vez que propugna juicios de valor basados en puros intereses económicos (24); sin embargo, como invoca GARRIGUES, tal objeción no es convincente, porque la doctrina atacada defendió siempre que los intereses que hay que ponderar no son exclusivamente económicos, sino también los intereses nacionales, éticos y religiosos, en su interpretación como «Jurisprudencia de valores».

También se le objeta que una ponderación de los intereses en juego llevaría inexorablemente a un desatado individualismo, por cuanto la defensa de aquéllos se traduciría en una infravaloración de los intereses comunitarios. En realidad esta crítica no partía sólo de los adversarios de la Jurisprudencia de intereses, sino incluso desde el propio campo de sus defensores, como medio de superación de la doctrina (ASCARELLI). Este reproche no será justo si se parte de una ponderada «Jurisprudencia de intereses», en la que se tenga en cuenta la protección de los intereses privados y que éstos al mismo tiempo —como afirma GARRIGUES— son intereses de la comunidad: al defenderse aquéllos, se protegen de forma implícita los intereses comunitarios de superior rango; y, como reconoce la «Jurisprudencia de intereses», siempre que surja una colisión entre los intereses de los particulares y los de la comunidad nacional, habrán de prevalecer estos últimos.

D) Reflejo y Consecuencias en el Derecho Mercantil de la Mencionada Desunión Metodológica.

Durante largo tiempo, e incluso aún en la actualidad, cuanto antecede expuesto se ha traducido en el campo de nuestra disciplina jurídica en la defensa de la línea iniciada por la «Jurisprudencia de intereses» como método característico del derecho mercantil, basado en la necesidad de una cuidadosa investigación en cada caso concreto de la situación de los intereses en juego.

Se afirma que, en el ámbito concreto de nuestra disciplina, ante el dilema entre «concepto dogmático» y «valoración de intereses», habrá que inclinarse decididamente por esta última, y ello en base a consideraciones como las que siguen:

1.º) Porque fue su método adecuado siempre, como proclamó MOSSA. En idéntico sentido, la defensa decidida del Profesor GARRIGUES, para quien de un modo natural, sin detenerse en preocupaciones metodológicas, el derecho del comercio ha sido siempre un DERECHO VIVO Y DINÁMICO, no un Derecho inerte y estático, petrificado en las leyes y sus comentarios. La OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD ECONÓMICA, escenario de la incesante pugna de contrapuestos intereses, ha constituido la base del método en nuestra disciplina.

(23) En España cfr. A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo”, *Revista General de Derecho*, 1993, n.º 584, pp. 4701 y ss., en concreto pp. 4704-5.

(24) En tal sentido, por todos, *vid.* DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., t. I, Madrid, 1949, p. 455.

Podría decirse que el método peculiar de los mercantilistas de todas las épocas ha sido el método que hoy se llama de «Jurisprudencia de intereses», al ser el que mejor se adapta a un derecho en el que concurren la doble condición de derecho privado y de derecho de obligaciones en su mayor parte.

2.º) Porque se acomoda a su idiosincrasia, en cuanto que el derecho mercantil se presta admirablemente a la investigación y valoración de los intereses afectados por la institución jurídica de que se trate. Si el derecho mercantil es, fundamentalmente, un derecho de obligaciones en el que su sustancia y contenido económico proyectan su sombra, innecesario será deducir que la función metódica encontrará su natural desenvolvimiento en la resolución de esa pugna de intereses, dándose además la circunstancia de una paridad de grado usual en la vida comercial, ya que —por regla general— se tratará de intereses privados contrapuestos, y sólo de modo indirecto y tangencial, se rozarán los de superior rango valorativo.

3.º) Porque el derecho mercantil como DERECHO VIVO DEL TRÁFICO, en íntimo contacto con la realidad con un soporte o sustrato económico, se conforma mal con la rigidez dogmática de los conceptos estructurales elaborados por el conceptualismo. La realidad del tráfico mercantil lo está demostrando a cada paso; piénsese, por ejemplo, en los PRINCIPIOS DE BUENA FE, APARIENCIA JURÍDICA Y SEGURIDAD DE TRÁFICO, ¿no son en realidad más que muestras del escepticismo que en la vida negocial inexorablemente producen los abusos del método constructivo?

3. Referencia a Otras Diversas Corrientes Metodológicas que Contribuyen a la Superación de las Posturas Conceptualistas o Dogmáticas. En Especial, el Análisis Económico del Derecho.

A) Panorama General.

El jurista se encuentra inmerso en el intento de superar las posturas conceptualistas o dogmáticas, en justa reacción contra las mismas y como repudio de un absolutismo lógico, tal y como culmina en el Positivismo jurídico decimonónico y, a última hora, también en KELSEN y la ESCUELA DE VIENA. Repudio que quiere significar la negativa a admitir que el mundo jurídico se configura exclusivamente en torno a un haz de conceptos sobre los que se trabaja con la exclusiva herramienta de la lógica.

Se ha de poner punto final a «un paraíso jurídico al margen de la historia, olvidando que las instituciones y soluciones sólo tienen sentido en función de una determinada realidad y con el resultado histórico de contrastes y conflictos, y no consecuencia de postulados» (ASCARELLI). Lo que tampoco debe significar, por supuesto, la adopción de tesis radicalmente opuestas, como es el caso de aquella que persigue disolver el derecho en pura y simple sociología, a la manera de DUVERGER.

Entre uno y otro extremo habrá de situarse hoy el jurista, consciente de que entre el ordenamiento y la «trama» social y económica habrá siempre una relación constante, capaz de iluminar el campo de trabajo propio del jurista. De este modo, más aún en una época de dinamismo como la actual, el Derecho podrá estar al servicio de la sociedad, como indeleblemente debe estarlo, protegiendo aquellas relaciones imprescindibles para la conservación y desarrollo de la convivencia humana. Lo que, por supuesto, no implica

negar la posibilidad de reconocer la existencia de una realidad jurídica, que no es más que una perspectiva, de entre las varias posibles, de la propia realidad de la convivencia humana. El mundo jurídico no es un modo aparte de los demás, sino un modo propio y peculiar de contemplar el mundo de lo real (25).

Con todo, los métodos analizados con antelación, con ser los más clásicos y poseer la importancia que su propio asentamiento en la doctrina les confiere, no son los únicos sistemas metodológicos que puede emplear el jurista para alcanzar una comprensión exacta del fenómeno jurídico, que le permita proporcionar al Juez el instrumento idóneo para interpretar y aplicar la norma. Pues existe toda una gran variedad de métodos, que —sin embargo— no interesa ahora enumerar de un modo prolijo; pero sí deben, cuando menos, ser referenciados en esta sede (26).

Se parte de lo adecuado que se presenta para el derecho mercantil el MÉTODO DE OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD. Y, dadas las especiales características concurrentes en nuestra disciplina, el MÉTODO SOCIOLÓGICO-JURÍDICO es —potencialmente al menos— susceptible de aplicación general, sin que ello suponga la generación de categorías autónomas (27). Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de reconocer con carácter general el particular valor de aquellas corrientes metodológicas en las que, de uno u otro modo, se resalta el sustrato económico de las instituciones jurídicas o se propugna un análisis económico del Derecho.

Además, junto a la «Jurisprudencia de intereses», quizás en un intento de modernización de la misma, y al mismo tiempo —al igual que aquella— con un propósito revisor del conceptualismo dogmático, o bien incluso sin este punto de referencia, abundan las TENDENCIAS REALISTAS Y TELEOLÓGICAS, a veces muy heterogéneas entre sí: así ocurre —por ejemplo— con la «Tópica» de VIEHWEG, con las matizaciones introducidas por ESSER, con la «Teoría de la argumentación» de PERELMAN (28), así como con las constantes realistas tradicionales y renovadas del pensamiento norteamericano y del escandinavo.

(25) En este sentido resultan muy ilustrativas las reflexiones de CERRONI, *Metodología y Ciencia Social*, Barcelona, 1971, pp. 135-6: «En el campo de las disciplinas sociales el olvido de las diferencias reales entre los diferentes niveles de actividad humana (es decir, las diferencias reales entre la esfera del pensamiento y la esfera del ser social) se ha pagado no sólo con una persistente unificación que plantea la filosofía como *scientia scientiarum*, sino también con una desintegración de los objetos sociales y con una delimitación de las disciplinas que, yendo más allá de una necesaria división de trabajo intelectual, se ha petrificado en la creación, como se ha dicho alguna vez, de auténticos "feudos intelectuales". En la actualidad, éstos constituyen no tanto el "resultado" de la tradición como la "condición" de su inseparabilidad. Por consiguiente, su disolución como campos metodológicamente autónomos constituyen la principal condición para alcanzar, junto con la unificación metodológica, la unidad de los objetos sociales en sus distintos niveles, reconstruyendo en el campo de los conocimientos sociales tanto un real y fecundo intercambio de datos y de problemas como una auténtica convergencia cognoscitiva científica. Se trata, en pocas palabras, de sustituir la catalogación de las "ciencias afines" en el estudio de la sociedad por el enriquecimiento sistemático de los conocimientos sobre fenómenos que constituyen en sí un sistema».

(26) Una amplia nota bibliográfica sobre los presupuestos metodológicos del Derecho mercantil se localiza en A. ALONSO UREBA, *Elementos de Derecho mercantil. I. Introducción (Concepto, método y sistema)*, Albacete, 1989, pp. 111-3.

(27) Cfr. Á. ROJO, "El Derecho económico como categoría sistemática", en AA.VV., *Estudios Polo*, Madrid, 1981, pp. 998-9, en concreto nota 37.

(28) *Vid.* CALVO, *ob. cit.* (nota 20), pp. 216-46.

Todos estos posicionamientos metodológicos mencionados, pese a su evidente heterogeneidad, tienen sustanciales puntos de encuentro, sobre todo en cuanto englobarían un grupo común, el certeramente denominado por HERNÁNDEZ GIL como «LLAMAMIENTOS A LA REALIDAD». En última instancia, no hay ante el jurista solamente problemas; está presente también la posibilidad de reducir a unidad todo el complejo de lo real, seguir sus líneas particulares y, a través de ellas, elevarse hasta la posibilidad de construir un sistema. Pero para ello, evidentemente hace falta más que casos, las construcciones de los juristas; y, desde ella, podrá el hombre construir el saber jurídico que precisa (no el de ayer, ni el de mañana), y con él —en definitiva— conocida bajo la expresión global de «economic analysis of law» (29) poner orden a su existencia con los demás.

En todas las aludidas corrientes metodológicas se manifiesta la tendencia fundamental de no reconocer una separación tajante entre la esfera del «ser» y la esfera del «deber-ser» en el Derecho, y tiene como punto de conexión el centrar sobre el problema, sobre la controversia y la decisión (en lugar de sobre el sistema, como hacía la dogmática), el saber correspondiente al Derecho.

(29) Para una visión global de esta orientación, sin ánimo de exhaustividad (ante el gran número de trabajos publicados hasta nuestros días), *vid.* J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derechos de suscripción preferente. Un enfoque económico*, Madrid, 1995; *ÍD.*, “Imperialismo económico y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 233, pp. 925 y ss.; AA.VV. (ed. N. Mercurio), *Law and Economics*, Boston-Dordrecht/Londres, 1988 (edición castellana de Fernández Cainzos), Madrid, 1992; BARBERÁ SÁNDEZ, “Teoría de la elección social: algunas líneas de desarrollo”, *HPE*, 1984, n.º 91, pp. 221 y ss.; G. BECKER, “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 11-18; J.M. BUCHANAN/G. TULLOCK, “Interacción pública y privada bajo externalidades recíprocas”, *HPE*, 1982, n.º 77, pp. 252 y ss.; H. DEMSETZ, “Información y eficiencia: un punto de vista alternativo”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 23-34; *ÍD.*, “Intercambio y exigencia del cumplimiento de los derechos de propiedad”, *HPE*, 1981, n.º 68, pp. 274-85; *ÍD.*, “Hacia una teoría de los derechos de propiedad”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 59-66; DURÁN y LALAGUNA, *Una aproximación al análisis económico del Derecho*, Granada, 1992; E.G. FURUBOTH/ S. PEJOVICH, “Los derechos de propiedad y la teoría económica: examen de la bibliografía reciente”, *HPE*, 1981, n.º 68, pp. 295-317; F.H. KNIGHT, “Algunas falacias de la interpretación del coste social”, *HPE*, 1981, n.º 68, pp. 234-44; N. LÓPEZ CALERA, “¿Ha muerto el uso alternativo del Derecho?”, *Claves de la razón práctica*, 1997, n.º 72, pp. 32 y ss.; MEDEL CÁMARA, “Redistribuciones paretiano-eficientes e intervención del Sector Público: una síntesis”, *HPE*, 1981, n.º 70, pp. 17 y ss.; G.W. NUTTER, “El teorema de Coase sobre el coste social”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 19-22; S. PASTOR PRIETO, “Una introducción al Análisis Económico del Derecho”, *HPE*, 1984, n.º 89, pp. 153-7; *ÍD.*, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, 1989; C. PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1981, vol. II, pp. 601 y ss.; *ÍD.*, “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1985, núms. 175-6, pp. 7-40; *ÍD.*, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en AA.VV., *Homenaje al Profesor M. Broseta*, t. III, Valencia, 1995, pp. 2842 y ss.; A.M. POLINSKY, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Barcelona, 1985; H.B. SCHÄFER/C. OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, Madrid, 1986; ROEMER, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, México, 1994; P. SCHWARTZ/A. CARBAJO, “Teoría económica de los derechos de propiedad”, *HPE*, 1981, n.º 68, pp. 221-33; G. STIGLER, “El proceso de regulación económica”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 101-11; y TORRES LÓPEZ, “Tradición y resultados de una disciplina novedosa, la Economía del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 1986, n.º 5, pp. 35-40; *ÍD.*, *El análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, 1987.

De otra parte, aun con una significación bien diferente, por su fidelidad tomista, anótese también en esta línea el «realismo ontológico-ético» sustentado por VALLET DE GOYTISOLO, quien cifra toda la función del jurista en el logro de soluciones justas (30).

Otras muchas referencias metodológicas serían posibles (31). Ya sea a los estudios de lógica jurídica (KLUG, KALINOWSKY); a los diferenciados análisis lingüísticos del derecho (BOBBIO, HART, ROSS y SCARPELLI) (32); a los intentos de proyección al derecho de un método estructural (PIAGET) (33); a la utilización por el jurista de la sociología jurídica (LEVY-BRUHL, CARBONNIER) en grandes temas como pueda ser el cambio socio-económico (SAVATIER, FRIEDMANN, DÍEZ-PICAZO) (34); o al análisis económico del derecho preconizado en origen por POSNER, con el que se pretende obtener una correspondencia entre la realidad del mercado y el dictado legislativo, y al que se dedica la atención especial que sigue a continuación.

B) En Especial, El Análisis Económico Del Derecho.

El «análisis económico del Derecho» es una heterogénea corriente metodológica, conocida bajo la expresión global de «economic analysis of law», iniciada en los Estados Unidos a comienzos de los años sesenta, y cuya característica fundamental es la utilización de criterios de eficiencia (micro) económica para el estudio del Derecho.

Se apoya en una recuperación de los criterios del liberalismo económico, con criterios evidentemente contrarios al intervencionismo estatal y partidarios de la *deregulation*, así como de la sustitución del gobierno de la economía por su administración. Conforme a ello, los defensores de esta teoría confían plenamente en que una sociedad civil verdaderamente autónoma es capaz de producir el óptimo bienestar social. Ahora bien, quede claro que los datos anteriores no son más que reflejo de la carga ideológica del método y no se refiere directamente al significado de lo que es analizar el Derecho desde la perspectiva económica: tan sólo constituyen los razonamientos básicos sobre los que se quiere apoyar la validez y exactitud de las conclusiones a que se pueda llegar con el referido análisis; en otros términos, las razones que demuestran la posibilidad y la corrección de una ruptura de las fronteras interdisciplinarias. La cuestión que interesa ahora es precisamente la de conocer dónde y cómo se produce esta ruptura.

Lo cierto es que a comienzos de la década de los sesenta aparecen publicados ciertos trabajos que no sólo critican las concepciones intervencionistas (COASE), sino que intentan además una interpretación racional del régimen de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia del *Common Law*, sobre la base del criterio de la externalización de los

(30) Cfr. M.^a A. GARCÍA FIGUEROA, “Contra el sistema por sistema. Algunas notas a propósito del sistema en la jurisprudencia de C.W. CANARIS y otras obras”, Revista de Derecho Privado, 1999, diciembre, pp. 848 y ss., en especial p. 851.

(31) En general *vid.* DE LOS MOZOS, ob. cit. (nota 2), pp. 141-53.

(32) *Vid.* CASALMIGLIA, ob. cit. (nota 4), pp. 31-4.

(33) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Problemas epistemológicos..., cit. (nota 7), pp. 105-59; LÓPEZ CALERA, La estructura lógico-real de la norma jurídica, Madrid, 1969; y SÁNCHEZ DE LA TORRE, “La estructura lógica de la proposición”, Revista de Derecho Privado, 1971, pp. 3 y ss.

(34) *Vid.*, entre otros, DE LOS MOZOS, ob. cit. (nota 2), pp. 153-61; y ROBLES, Sociología del Derecho, Madrid, 1993.

costes del accidente (CALABRESI) (35). Sin embargo, no sería hasta una década más tarde, con la aparición de la obra de POSNER (*Economic Analysis of Law*), cuando se intenta la aplicación del método a los sectores fundamentales del ordenamiento jurídico.

El «nuevo» sistema metodológico («nuevo» para diferenciarlo de la Escuela denominada la «old Law & Economics» en los años cuarenta) propone la relación entre Mercado y Derecho, en los siguientes términos: el Mercado, como sistema social efectivo, funciona con cierta racionalidad, la de la maximización de la riqueza; y lo mismo hace el Derecho, pues también se orienta a la creación de riqueza en el sentido del óptimo de PARETO. Por este motivo, el Derecho no puede establecer normas incoherentes con el Mercado, sino solamente normas que traduzcan en fuerza coercitiva lo que este último exige por su propia racionalidad (GIRÓN, en remisión al pensamiento de Guido ALPA).

En otras palabras, LA FUNCIÓN DEL DERECHO ES ASEGURAR LA EFICIENCIA, entendida ésta como situación en la que el disfrute de los recursos económicos sea tal que la satisfacción humana, medida por la voluntad de pagar, alcance el máximo nivel; es por lo anterior que, si en un determinado mercado se ha alcanzado la *eficiencia*, si existe ya una situación de equilibrio perfecto, la misión de la norma quedará restringida a asegurar las condiciones ambientales de libertad y seguridad, como garantía de la ejecución de las decisiones del mercado.

Así las cosas, y si se entiende que los métodos sirven al jurista para que analice el sentido de las instituciones jurídicas y proporcione al Juez criterios para la aplicación de la norma al caso concreto (36), resultará —pues— que la creación y aplicación del Derecho deben estar orientadas a la solución de conflictos intersubjetivos con arreglo al sistema de mercado.

En este sentido, la Ciencia económica le permite al estudioso del derecho un análisis positivo, como en concreto puedan ser: *a)* El conocimiento de cómo el ordenamiento positivo ha sido proyectado sobre la base exclusiva de las directrices de Mercado, que tienden a la materialización de la eficiencia (PAZ-ARES). *b)* Realizar un análisis normativo del Derecho que, atendiendo a la adecuación o inadecuación entre norma y mercado, aconsejará o no la modificación de aquella. *c)* Evaluar cuantitativamente los efectos económicos del ordenamiento jurídico.

Esta línea doctrinal posee un incuestionable horizonte metodológico, y una potencial gran utilidad en el campo del derecho mercantil, dado su carácter abierto e interdisciplinar: permite comprender mejor las implicaciones económicas de las instituciones jurídicas, y dotar por este camino al derecho de un sentido práctico altamente positivo; seguramente ello motiva la existencia de un importante número de sostenedores en los países europeos, con una considerable profusión de su conocimiento en nuestro país (37).

(35) Cfr. COASE, “The problem of social cost», *Journal of Law & Economics*, 1960, n.º 3, pp. 1 y ss.; y CALABRESI, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *Yale Law Journal*, 1961, pp. 499 y ss.

(36) Pone en duda, con sólidos argumentos, la viabilidad del análisis económico del Derecho como teoría jurisprudencial J.M.ª GONDRA ROMERO, “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, n.º 226, pp. 1545 y ss.

(37) *Vid.* PASTOR, “Law and economics in Spain”, *International Review of Law and economics*, 1991, n.º 11, pp. 309-317; y MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, 1994, p. 26, nota 1.

De todas formas, conviene también advertir contra los riesgos a los que puede conducir una mitificación del «análisis económico», sobre todo dada su tendencia totalizadora (38), por lo que siempre debe ser observado con un cierto grado de cautela. En efecto, si se le utiliza no ya *como instrumento para la comprensión del Derecho*, sino *como argumento normativo*, la consecuencia inmediata será la conversión en valor inspirador del Derecho de la pura eficiencia económica, atribuyendo —pues— a la Economía un alcance totalizador que excluiría los valores que inspiran la política legislativa y que deben llevar a la norma jurídica por la senda de la realización de unos objetivos de justicia, no sólo conmutativa o distributiva, sino incluso social (PAZ-ARES, GIRÓN). De hecho, un análisis valorativo (y no epistemológico), una concepción axiológica del Derecho, basada en el puro criterio de la eficacia económica y apoyada en el criterio de que «el interés general es igual (exclusivamente) a la suma de los intereses particulares», puede ir en contra de algunas interpretaciones del principio del Estado Social y Democrático del Derecho que aparece consagrado en nuestra Constitución.

Si bien es cierto que, para el propio POSNER, la Economía no está desprovista de una determinada y peculiar escala de valores, sin embargo desde la perspectiva de la utilización instrumental del análisis económico del Derecho, puede resultar más adecuada la formulación de CALABRESI, para quien la idea de eficiencia económica no constituye el único parámetro valorativo de las normas jurídicas, sino que a través del análisis del coste-beneficio podrá clarificarse la dimensión del conflicto existente entre eficiencia económica y justicia.

En suma, pues, este tipo de análisis económico, en términos de Derecho eficaz, puede contribuir a una mejor comprensión de la «racionalidad» del Derecho, a la vez que constituye un buen instrumento de política jurídica. El análisis económico se convierte así

Una aplicación de tal método en determinados sectores de nuestra disciplina ha sido realizada, entre otros (excluyendo las ya citadas en notas anteriores), por AA.VV., (ed. L. Putterman), *The economic nature of the firm. A reader*, Cambridge, 1986 (edición castellana de Pascual Encuentra/Velasco Kindelan), Madrid, 1994; A.A. ALCHIAN, “Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad”, HPE, 1981, n.º 68, pp. 325-334; J. BISBAL, *La empresa en crisis y el derecho de quiebras*, Bolonia-Zaragoza, 1986; ÍD., “La insostenible levedad del Derecho concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, n.º 214, pp. 843 y ss.; G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, Barcelona, 1984; G. CALABRESI/A.D. MELAMED, “Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral”, *Harvard Law Review*, 1972, n.º 85, pp. 1089-1128; F. CABRILLO, *Análisis económico del derecho concursal español*, Madrid, 1987; R.H. COASE, “La naturaleza de la empresa”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 67-76; ÍD., “El problema del coste social”, HPE, 1981, n.º 68, pp. 245-274; ÍD., *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, 1994; C.J. DAHLMAN, “El problema de la externalidad”, HPE, 1982, n.º 77, pp. 271 y ss.; J.O. LLEBOT MAJÓ, “Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1996, n.º 220, pp. 319 y ss.; F.J. SUÁREZ BERNALDO DE QUIRÓS, “El análisis económico de la regulación bancaria”, *Información Comercial Española*, 1993, n.º 723, pp. 35-49; y G. TULLOCK, “Los costes en bienestar de los aranceles, los monopolios y el robo”, *Información Comercial Española*, 1980, n.º 557, pp. 89-94.

(38) En un evidente tono de desaprobación, se guía por esta circunstancia el Prof. F. DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1982: «La visión económica del mundo, propia de la "sociedad opulenta", vuelve a los dogmas del viejo liberalismo y se apela para ello a la ciencia económica y se postula la total subordinación del orden jurídico al orden económico» (p. 988), y considera que debería denominarse «mejor que teoría económica del Derecho, teoría económica sin Derecho» (notas 3-4, pp. 988-989).

en un instrumento para la solución de casos difíciles, solución que no es ajena a una idea de justicia material de asignación a quien más valor da al bien o derecho asignado (39).

III. NUESTRO ACTUAL POSICIONAMIENTO EN UNA «DEFINITIVA» SUPERACIÓN DE TODO TIPO DE TENSIONES METODOLÓGICAS.

En la disciplina del derecho mercantil, los términos del problema metodológico no deben plantearse hoy en base a un dilema, como el clásico entre «concepto dogmático» y «valoración de intereses». Más bien, es posible una conjunción y ensamblaje de posturas, pues éstas no se presentan realmente en términos de alternativa. Si se saben conciliar adecuadamente, presentarán todas ellas una considerable utilidad, siempre que ello se haga con las oportunas precauciones y con la pertinente moderación (40).

Del mismo modo que se intenta superar desde hace tiempo el reduccionismo dogmático, también se impone hoy la superación del reduccionismo de signo opuesto. Instrumentos del pensamiento, vías para el reconocimiento, no deben ser obstáculo, sino ayuda, para aquello que en definitiva importa: HALLAR LA SOLUCIÓN JUSTA ANTE UN CONFLICTO DE INTERESES. La ciencia del derecho mercantil, como una ciencia práctica, ha de estar atenta a unas determinadas realidades del tráfico, pero unguidas —eso sí— de juricidad. La atención al DERECHO VIVIENTE es aquí inexcusable (41).

Por lo tanto, el objetivo último a conseguir con el método no puede ser otro que el de acercarse a la realidad y captar la naturaleza de ésta como base de la definición del Derecho que la regula (OLIVENCIA); asimismo ha de perseguir penetrar en la causación, en los fines y en la estructura de las instituciones que se investigan, estimulado por la bien arraigada conciencia del cambio histórico que en ella se está operando en forma progresiva por la acentuada presión de nuevos intereses públicos y sociales (URÍA), a través de un tratamiento unitario de los aspectos públicos y privados de las instituciones (MENÉNDEZ), y todo ello en una línea generalmente compartida por nuestros actuales mercantilistas.

Es indudable que nuestro legislador, conocedor de la cuestión metodológica, no ha querido quedar al margen de la misma, y por ello expone su postura en el Título Preliminar del Código Civil, de conocida aplicación y eficacia a todo nuestro ordenamiento jurídico. No es ésta la sede oportuna para analizar el alcance y contenido de

(39) Una somera mención a un experimento de «analisi economica del diritto» está presente en los nuevos ensayos de resistemización de la materia jurídica, entre las que ocupa un papel esencial la monografía del Prof. G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bolonia, 1979, quien se encarga de individualizar expresamente su método frente a los análogos o similares.

(40) Por ejemplo, superando el riesgo en que a veces puede incurrirse de que un mismo jurista teorice con ideas revolucionarias, y luego —en cuanto cultivador de una disciplina particular— en realidad se despegue poco de sus predecesores.

(41) En esta dirección se pronuncia V. SANTOS, “Sobre los conceptos, sistema y principios en Derecho mercantil”, en AA.VV., *Homenaje a Batlle*, Madrid, 1978, pp. 739 y ss., en concreto p. 740. El propio autor añade, con posterioridad, que la invocación de los principios generales se muestra como vehículo de superación de una concepción demasiado formalista del Derecho y, por supuesto, como superación del positivismo legalista, siendo el Derecho mercantil un terreno abonado para una *jurisprudencia principal* que ilumine la tarea interpretadora y, en general, la intelección y aplicación del ordenamiento (pp. 759 y 762).

los diferentes preceptos civiles, pero sí para destacar su significación en el marco de las diferentes tendencias metodológicas actuales: en suma, se comprueba la superación de la fase de «unidad de método», propugnando los diferentes PLURALISMOS METODOLÓGICOS, como en la actualidad hacen la mayoría de los juristas.

Estos «pluralismos metodológicos» se encuentran más o menos próximos a la línea ya mencionada de «llamamientos a la realidad», dentro de la generalizada tendencia a superar el reduccionismo positivista de la dogmática. Ahora bien, en contraste con ello, no puede ocultarse que existe también un cierto renacimiento del formalismo, un cierto deseo de retorno a los viejos moldes (DE LOS MOZOS), un nuevo acercamiento del derecho a la lógica (HERNÁNDEZ GIL); es clara, en consecuencia, la subsistencia de la dogmática en la actualidad (42).

De todo ello se deduce, de forma diáfana, la necesidad de compatibilizar la concurrencia de tendencias diversas, incluso algunas de ellas con apariencias contradictorias, y quizás sea la propia aceptación del «pluralismo metodológico», sustentada en nuestro propio derecho positivo, la que nos abra el camino que permita esta deseable conciliación (43). Se tratará, más en concreto, de profundizar en la dirección metodológica (tradicionalmente) considerada como peculiar de nuestra disciplina, incorporando a ella los nuevos instrumentos de conocimiento que nos proporciona tanto el actual desarrollo de la moderna ciencia económica (en particular en sus ramos históricos y socio-económicos), como las soluciones que nos ofrece el derecho comparado en problemas que están planteados en unos y otros países en términos semejantes.

La metodología que aquí se propugna se caracteriza por su índole compleja, por cuanto exige una utilización medida y cuidadosa de los diversos instrumentos de análisis de la realidad jurídica, que permitan conocer el derecho —y en concreto el derecho mercantil— *como norma, como realidad social y como manifestación de unos valores*, y de este modo procurar los criterios más exactos, eficientes y justos para la resolución por el Juez de los litigios que se le presenten.

Este modelo mencionado podría ser aplicable al análisis y estudio de cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico; por lo tanto, también al derecho mercantil, puesto que éste —en realidad— no posee un método propio y exclusivo, distinto del común a las demás disciplinas jurídicas. Sin embargo, como ya se ha indicado con reiteración, en el ámbito del derecho mercantil existen algunas especialidades, derivadas sobre todo de la importancia que asumen tanto LA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD ECONÓMICA (como reconocían autores del prestigio de VIVANTE, MOSSA, RIPERT o

(42) Según apunta el Prof. HERNÁNDEZ GIL, *La Ciencia jurídica y el problema de su transformación* (Discurso inaugural del Curso 1977-78 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1977, p. 17: «El examen crítico y los intentos renovadores de la ciencia dogmática, guiados de propósitos de perfeccionamiento, unas veces, y de sustitución radical, otras veces, irrumpieron en el panorama del saber jurídico hace aproximadamente un siglo; y si bien es cierto que se mantienen, habiendo creado una preocupación revisora y, más allá de ella, nuevos planteamientos epistemológicos y metodológicos, también es cierto que no han llegado a consolidarse de un modo generalizado en una operatividad científica esencialmente distinta, sobre todo a escala de las disciplinas particulares».

(43) Como resultado de esta combinación han surgido, por ejemplo, las llamadas «concepciones tridimensionales», es decir, la consideración del Derecho como valor, norma y hecho, lo que es —hasta cierto punto— un lugar común en el pensamiento jurídico actual: cfr. HERNÁNDEZ GIL, *La Ciencia jurídica...*, cit. (nota 42), pp. 19-20.

GARRIGUES), cuanto los ANTECEDENTES HISTÓRICOS y el DERECHO COMPARADO.

Sobre el primero de los aspectos apenas mencionados, poco nuevo se puede decir en este momento, y nos remitimos a la exposición y crítica realizadas con ocasión del método del «análisis económico del derecho». Si acaso conviene ahora añadir un recordatorio: la circunstancia de que hay ciertas normas del *derecho mercantil* «común» (en la acepción que al término «común» le otorga el Prof. SANTOS de inclusión de las normas jurídico-públicas) que poseen un sentido más profundamente económico que valorativo o axiológico (44).

En cuanto al análisis del desarrollo histórico, es preciso recordar que, conociendo el carácter histórico del derecho mercantil (cfr. *supra*, la parte correspondiente al concepto de derecho mercantil), parece obvio que el estudio de la historia de las instituciones jurídico-mercantiles resulta de gran utilidad para conocer su sentido actual y prever su desarrollo futuro (45). Bien entendido que, en todo caso, el jurista deberá hacer uso del precedente histórico con sumo cuidado, porque su aplicación al estudio de las instituciones vigentes tan sólo será correcta si entre los hechos que se contemplaban en la legislación anterior y los regulados actualmente existe semejanza y responden —en definitiva— a análogas necesidades.

Por lo que se refiere al análisis del derecho comparado, ya hubo ocasión de adelantar que su importancia para el derecho mercantil resulta evidente, si se tiene en cuenta la relación existente entre el desarrollo económico de una comunidad nacional y la aparición de las instituciones jurídicas mercantiles; en efecto, estas últimas se han desarrollado al compás del desarrollo económico de las naciones, pues cada vez que las necesidades creadas por dicho proceso así lo exigían, la práctica (la imaginación o labor de «ingeniería jurídica» de los operadores económicos) creaba y el derecho colonizaba con un mayor o menor éxito nuevas figuras negociales, organizativas o patrimoniales [p. ej., las nuevas figuras contractuales (*factoring*, *leasing*, *franchising*, *engineering*, *FRAs*, *NIFs*, etc.), las sociedades de capital-riesgo, las agrupaciones de interés económico, etc.].

Adviértase, en cualquier caso, que en España el proceso es bastante análogo, pero ciertamente ha ido un tanto descompasado en buen número de materias, respecto del resto de los países de nuestro entorno. Al ordenamiento español llegan aún instituciones que en el derecho comparado contaban ya con cierta solera: precisamente es por este motivo que el jurista español deberá servirse de las aportaciones del derecho y de la doctrina comparados, los cuales ya han ofrecido soluciones para los problemas que —desde nuestra óptica— resultan nuevos. Sin embargo, al igual que antes se hizo una advertencia de cautela, ahora cabe señalar que una traslación pura y simple al ordenamiento nacional de las categorías del derecho foráneo puede suscitar graves peligros: en este sentido, no

(44) Sería el caso, por ejemplo, de la normativa bancaria sobre coeficientes, cuando sirve como instrumento para el desarrollo de la política monetaria: en este supuesto es indudable que el conocimiento del aspecto económico presenta una mayor importancia.

(45) Así lo afirma el Prof. A. BERCOVITZ, “Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil”, en AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues, t. I, Madrid, 1971, págs. 1 y ss., en concreto pág. 3: «el Derecho vigente es resultado de una evolución histórica en la que el tiempo pasado y sus acontecimientos condicionan el presente».

puede olvidarse que aquéllas se sustentan sobre la base de un derecho positivo que puede diferir notablemente del patrio.

En consecuencia, para que el análisis del derecho comparado resulte útil, es preciso comprobar si las relaciones jurídicas a las que se aplica la solución ofrecida en el derecho extranjero son equiparables o no a las existentes en nuestro país; es preciso comprobar si las valoraciones jurídicas que han orientado al legislador extranjero son compatibles con las que inspiran nuestro ordenamiento; y, por último, es preciso comprobar si las instituciones reconocidas en el derecho extranjero son congruentes con nuestro sistema jurídico patrio (así, por ejemplo, la figura del *Garantievertrag* germano, como contrato de garantía principal y primario, podría chocar —en una primera aproximación— con los principios de accesoriedad y subsidiariedad que presiden el régimen de la «fianza» en nuestro ordenamiento positivo).