

Tema 1

EL DERECHO MERCANTIL

I. PREMISA

A) Con la expresión “derecho mercantil”, se viene haciendo referencia de forma convencional al particularismo jurídico-privado propio de ciertos sujetos y de la actividad económica que estos desarrollan en el mercado en forma de empresa.

B) Dicho particularismo jurídico, en cuanto realidad normativa socialmente experimentada, constituye una categoría histórica¹, no una entidad *sub specie aeternitatis*. Ha surgido, en efecto, en un determinado momento de la Historia -vinculado inicialmente al tráfico comercial-, y desde entonces ha quedado sometido a la dinámica peculiar de los productos históricos. Esto explica su carácter contingente, en cuanto a su aparición y eventual subsistencia o extinción como derecho especial, además de su carácter variable, en relación con su temática y contenido regulatorio-institucional.

C) El estudio de este particularismo jurídico ha de comenzar con el examen de su origen y evolución a lo largo de sus mil años de existencia, con el fin de identificar las causas y rasgos característicos de su actual fisonomía, sin perder el hilo de su continuidad histórica a través de sus diferentes fases o etapas de formación y desarrollo. A continuación, habrá de procederse a su definición o conceptualización, partiendo de la materia y las instituciones que le son específicas, así como de sus conexiones con otros sectores del ordenamiento jurídico, tanto desde una perspectiva jurídico-positiva como jurídico-dogmática. Por último, en

1. O quizá, con mayor exactitud, una “categoría cultural”, al ser el conjunto de ideas dominantes en cada singular coyuntura histórica -ideas de índole política, socio-económica, filosófica, ideológica...-, surgidas al calor de las situaciones novedosas que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo, el que ha ido influyendo en el “derecho mercantil” y explica su aparición, sus diferentes vicisitudes, sus cambios morfológicos, etc.

este tema introductorio, serán abordadas tres importantes cuestiones previas, de alcance general y significación práctico-jurídica: la atinente a la delimitación de los denominados “actos de comercio”, la relativa a la determinación y jerarquía de las fuentes regulatorias de la materia mercantil y, en fin, la que tiene que ver con la identificación de las principales instancias aplicativas de tales fuentes.

II. HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL

1. Antigüedad

A) Aunque las civilizaciones antiguas (China, Mesopotamia, Persia...) conocieron períodos de floreciente actividad comercial y contaron con especialidades jurídicas aplicables a las relaciones comerciales -p. ej., las contenidas en el Código de Hammurabi (s. XVIII a.C.)-, es cuestión controvertida entre los historiadores del derecho si tales especialidades llegaron o no a configurar un auténtico derecho especial del comercio y de los comerciantes.

B) En la Grecia clásica (ss. VI y V a.C.), hay constancia de la existencia de un derecho consuetudinario, distinto del que regía en la *πόλις* ateniense, que se aplicaba por tribunales especiales a las controversias suscitadas con ocasión de las relaciones comerciales que tenían lugar en el Mediterráneo, entre ciudadanos o esclavos, por un lado, y extranjeros, por otro.

C) En el caso de Roma, en cambio, no llegó a configurarse formalmente un derecho mercantil especial, debido con toda probabilidad a la activa labor desplegada por los pretores urbano y peregrino, desde los siglos IV y III a.C., respectivamente². Esa labor, en efecto, hizo posible que el *ius civile* -completado y corregido por el *ius honorarium*-, aplicable a las relaciones entre ciudadanos, y por el *ius gentium*, aplicable a las relaciones entre ciudadanos y extranjeros y entre estos, dispusieran de la flexibilidad necesaria para favorecer la adaptación e innovación de sus instituciones -algunas de ellas aplicables exclusiva o preferentemente al tráfico mercantil (p. ej., la *actio institoria*, la *actio exercitoria*, el *fenus nauticum*...)-, en función de las particulares y mudables exigencias del comercio terrestre y marítimo. Gracias a ello, el ordenamiento jurídico romano se fue “mercantilizando”, con apoyo en la *fides* y el *contractus* -en especial, la *emptio-venditio*-, haciendo innecesaria la creación o adopción de una “instancia subsuntiva preliminar global” -es decir, un criterio técnico general y anticipado

2. Con todo, no han faltado otros intentos explicativos de la ausencia de un derecho romano del comercio, formalmente especial respecto del *ius civile*. Por ejemplo, se ha aducido, la supuesta inexistencia en Roma de una “ordenación corporativa mercantil” (como si tal ordenación fuera necesaria para el surgimiento de dicho derecho especial); o también la falta de desarrollo de un “derecho internacional del comercio” (como si no cupiera un particularismo jurídico puramente interno o intrafronterizo de la actividad mercantil). Es muy verosímil, en cualquier caso, que, a lo que se indica en el texto, haya contribuido de forma determinante el casuismo característico de los juristas romanos, que les habría impedido sistematizar un “derecho mercantil especial” en el seno de su ordenamiento jurídico, así como el singular sistema de fuentes de este último, que habría imposibilitado la conformación de un conjunto autónomo de instituciones para el comercio.

de acotación de la materia mercantil (como, por ejemplo, el comerciante y / o el acto de comercio)- para poder diferenciar esta última de la materia civil.

2. Edad Media

A) El origen histórico del derecho mercantil como derecho especial, según lo conocemos en la actualidad, ha de ser situado en los siglos XI y XII de nuestra era, al inicio de la innovación jurídica que tuvo lugar entonces en el occidente europeo, vinculado a la “revolución comercial” que se fue extendiendo progresivamente por el norte de la península itálica (Amalfi, Florencia, Génova, Pisa, Venecia...), el mediodía francés (Arlés, Montpellier, el condado de Champagne...), la cuenca mediterránea (Marsella, Barcelona, Valencia...) y las áreas flamenca (Brujas, Gante, Ypres...), alemana (Bremen, Lübeck, Hamburgo...) y báltica (Dantzig, Riga, Tallin, Visby ...).

En efecto, debido, de una parte, a la paulatina desaparición del peligro de invasiones (por parte de los normandos en el Mar del Norte y de los árabes en el Mediterráneo), y de otra, al crecimiento demográfico, el aumento de la productividad agrícola y el consecutivo renacimiento y desarrollo de los núcleos urbanos que se verificaron en el bajo medioevo, el comercio resurgió con fuerza y se expandió con rapidez. Con el comienzo de la crisis del feudalismo y de su economía “curtense”, la ciudad medieval pasó enseguida a erigirse en centro principal de la actividad económica³, a través de su mercado local -en el que se ejercía el comercio al por menor- y, sobre todo, de las ferias interlocales que periódicamente se celebraban en ella o en sus proximidades. A esas ferias concurrían con sus productos, para practicar el intercambio al por mayor, mercaderes itinerantes provenientes de lugares alejados entre sí, que, movidos por el espíritu de ganancia y constituidos en dinamizadores del desarrollo económico, precisaban de un derecho adaptado a su tráfico profesional (tráfico en el que la compra, el transporte y la reventa lucrativa de mercaderías eran sus principales actos negociales, repetidos cíclicamente una y otra vez).

B) Mientras las necesidades regulatorias de la artesanía y el comercio locales estaban atendidas por el derecho de la ciudad, de fuerte contenido administrativo-económico -a través de la reglamentación pormenorizada de la producción, la prohibición de competencia entre agremiados, la clausura del mercado ciudadano a los extranjeros, etc.-, las evidenciadas por el tráfico especulativo interlocal -que imponía el recurso a figuras jurídicas novedosas (tanto en el plano de la colaboración, como en el de la financiación, el aseguramiento, etc.)- acreditaron en seguida la insuficiencia a tal fin de los derechos romano, germánico y canónico entonces vigentes.

a) Así las cosas, tuvieron que ser los propios comerciantes partícipes en ese tráfico quienes, como mejores conocedores de dichas necesidades y principales

3. De ese periodo es la expresión “el aire de la ciudad hace libre” (*Stadtluft macht frei*), alusiva a la liberación del vínculo de servidumbre que, en favor de quien había estado sometido a él (como siervo de la gleba), producía su permanencia en la ciudad “por un año y un día” (*nach Jahr und Tag*), tras haber abandonado el feudo.

interesados en su adecuada satisfacción, proveyeran a ésta mediante la creación de un derecho tanto facilitador como ordenador de sus actividades y transacciones: un derecho de los comerciantes por razón de su tráfico (*ius mercatorum ratione mercaturae*).

b) Este nuevo derecho se caracterizó por los siguientes rasgos o notas:

aa) fue un derecho de naturaleza negocial y consuetudinaria, creado directamente por la clase de los comerciantes, que con el tiempo se fue poniendo por escrito y recogiendo y completando en las ordenanzas de las corporaciones de comerciantes -denominadas gildas / hansas, en el norte de Europa- y más tarde, a medida que aquellos fueron adquiriendo influencia y poder económico y político, en los propios estatutos de las ciudades;

bb) fue un derecho proyectado sobre la materia comercial, o sea, sobre las relaciones derivadas del tráfico profesional de los mercaderes medievales entre sí -basado, por tanto, en un criterio de delimitación subjetivo-funcional-, centrado, por una parte, en instituciones como la compraventa especulativa (compra para revender con lucro), el cambio trayecticio (precedente de la letra de cambio), los contratos de transporte y de seguro, la *compagnia* y la *commenda* o *collegantia* como formas de colaboración (antecedentes de la sociedad colectiva y de la cuenta en participación, respectivamente), y, por otra, en instrumentos concursales de tutela del crédito entre comerciantes -como la quiebra, según la regla de proporcionalidad (*par condicio creditorum*), regla definida en los textos de la época como “*solutio per soldum et libram*”-;

cc) fue un derecho de aplicación autónoma por parte, de un lado, de los tribunales que se constituían en las ferias interlocales, integrados normalmente por comerciantes partícipes en tales ferias, que decidían las controversias con arreglo a los usos comerciales y a la equidad (*aequitas mercatoria / ex bono et aequo*), y de otro lado, de la denominada jurisdicción consular establecida en las corporaciones, con respecto a causas mercantiles (*quae ad artem pertinent*) entre comerciantes inscritos en sus “matrículas”;

dd) fue, en fin, un derecho con marcada vocación “internacional”, al proyectarse sobre un tráfico superador de fronteras territoriales, y también con tendencia a la uniformidad, al aportar soluciones compartidas en el seno de la comunidad de comerciantes a problemas ocasionados por necesidades coincidentes⁴.

3. Edad Moderna

A) Durante los ss. XVI a XVIII, tras el descubrimiento de América (Indias occidentales), el tráfico comercial experimentó un notable crecimiento, con el

4. De los usos, prácticas y decisiones judiciales en materia mercantil correspondientes al período medieval han quedado algunas muestras relevantes en documentos históricos-jurídicos de los ss. XIII y XIV; entre estos destacan el Libro del Consolat de Mar, los Rôles de Oléron y las Reglas de Visby, en relación con el comercio marítimo practicado respectivamente en el Mediterráneo, el Atlántico y el Báltico.

consiguiente aumento de las rutas ultramarinas coloniales. Asimismo, se incrementó el protagonismo de los gremios de artesanos y de las corporaciones de comerciantes, se desarrolló significativamente el sector industrial-manufacturero (en particular, el textil, el minero y el metalúrgico), así como los sectores bancario, financiero y bursátil, y se fue extendiendo el espíritu burgués-capitalista en el ambiente económico-empresarial de la época. Además, desde el punto de vista jurídico-político, estos siglos se caracterizaron por la paulatina configuración de los modernos estados nacionales -principalmente, bajo la forma de monarquías absolutas- y por la centralización del poder legislativo, que, con los restantes poderes (judicial y ejecutivo), pasó a ser ostentado en exclusiva por el monarca.

B) El interés de dichas monarquías en la formación de mercados nacionales fuertes, como condición de prosperidad de los pueblos, llevó con el tiempo a la adopción y práctica de una “política mercantilista” en lo económico. Esta política estuvo basada en el dirigismo y el proteccionismo estatales y, en aras de la consecución de una balanza de pagos positiva, dio lugar a una minuciosa reglamentación de la actividad comercial e industrial y a un férreo control sobre los gremios y corporaciones por medio de sus ordenanzas. Todo ello fue acompañado, por lo demás, de una creciente estimación y prestigio social de la clase de los comerciantes, quienes, imbuidos del mencionado espíritu burgués-capitalista, no dudaron en apoyar al monarca en sus distintos propósitos y aventuras mercantiles (a cambio de privilegios y monopolios económicos).

En este periodo, vieron la luz algunas instituciones jurídicas de extraordinaria importancia para el comercio. Así sucedió, en primer lugar, con las compañías coloniales -antecedentes de las sociedades anónimas o sociedades por acciones-, creadas a partir de 1600, en virtud de un acto especial del soberano (*octroi*), con carácter privilegiado y público o semipúblico, por diversos estados europeos (Inglaterra, Holanda, Francia...), para la realización del comercio ultramarino, tanto con las Indias orientales como con las occidentales⁵. Fue también el caso, en segundo lugar, de las bolsas de valores -como la de Ámsterdam (1602)-, que, como evolución de sus precedentes medievales -las bolsas de comercio de Brujas (1409) y de Amberes (1460), dedicadas a la contratación de mercaderías-, hicieron posible la compra y venta repetida de las acciones de aquellas compañías, facilitando la liquidez de las inversiones y, en definitiva, la financiación de las expediciones comerciales. Por otra parte, la actividad bancaria, que se había desarrollado en el bajo medioevo -especialmente, en la península itálica (con los Bardi, Medici, Peruzzi...)-, fue adquiriendo una progresiva relevancia en los ss. XVI y XVII, con la aparición de nuevos banqueros privados (los Fugger, los Welser, etc.) -gracias a los cuales se pudo dar respuesta a las nuevas necesidades financieras de aquellos tiempos (en la forma de concesión de préstamos, facilitación de transferencias y pagos comerciales, financiación de guerras, etc.)-, así como de entidades que terminarían por erigirse en precursores de los primeros “bancos centrales” [como el Banco de Ámsterdam (1609), el Banco de Estocolmo (1657) o el Banco de

5. Estas compañías se caracterizaron, de una parte, por limitar a la inversión realizada el riesgo de pérdida económica de sus partícipes, y de otra, por facilitar la transmisión de la participación en ellas, mediante la negociabilidad de los certificados relativos a tal participación, denominados “acciones” (del holandés *actien* -en singular, *actie*-, en el sentido de *actio*, en latín, o sea, con el significado de derecho o pretensión del socio al dividendo y a la devolución de lo aportado transcurrido el tiempo convenido).

Inglaterra (1694)]. En fin, en el plano industrial, junto a la manufactura autónoma de los maestros artesanos, efectuada en la tienda o bodega de sus casas -en la que ofrecían sus productos a los clientes-, se fue profundizando en el sistema de trabajo a domicilio (*Verlagssystem* o *putting-out system* o *domestic system*), en el que el empresario suministraba a los artesanos la materia prima -a veces, también anticipos de dinero- con la que aquellos debían elaborar, a cambio de un precio establecido por pieza, los productos que luego el empresario procedía a comercializar. Esta protoindustria, que se vio incentivada por importantes innovaciones tecnológicas alcanzadas entonces -particularmente, en el sector textil (con significativos avances en la mecanización: p. ej., con el telar para cintas y galones, la máquina de hacer medias de punto, la de hilado de seda...)-, llegó a convivir con concentraciones de trabajadores en fábricas (*factory system*) -en especial, en el sector de la minería, la metalurgia y la refinería-, a veces con capital y administración directa del gobierno (“fábricas reales” o “privilegiadas”).

C) La personificación del estado por el rey -“*l’État, c’est moi*”, en palabras atribuidas a Luis XIV (*Roi Soleil*)- se tradujo en la “estatalización” y “nacionalización” del ordenamiento jurídico en su conjunto. Mientras la primera se verificó, como se ha anticipado, a través de la centralización del poder regulatorio, con primacía de la norma legal -como expresión de la voluntad del monarca absoluto- sobre las restantes fuentes jurídicas, la segunda tuvo lugar merced a una aplicación del ordenamiento positivo circunscrita al ámbito territorial limitado al que se extendía la soberanía regia. Lo anterior, proyectado sobre el derecho mercantil de este periodo -un derecho mercantil notablemente “publicado”-, determinó dos importantes consecuencias:

a) de una parte, el desplazamiento de la costumbre por la ley en el sistema de fuentes normativas, bien que sin la desaparición de aquélla, puesto que las grandes obras legislativas mercantiles de la época no fueron sino recopilaciones de las costumbres generalmente observadas por los comerciantes [así, p. ej., en Francia, las Ordenanzas del Comercio Terrestre de 1673 (o *Code Savary*) y las Ordenanzas de la Marina de 1681 -también conocidas como Ordenanzas de Colbert, ministro de Luis XIV-, y en España, aunque en menor medida, las Ordenanzas de los Consulados de Burgos de 1538 y 1572, de Sevilla de 1556 y de Bilbao de 1531, 1560 y 1737 (estas últimas confirmadas por Felipe V el 2 diciembre de dicho año)];

b) de otra parte, el mantenimiento de fuentes propias y de tribunales especiales en el seno de las corporaciones de comerciantes (aunque sujetas, esas fuentes, a la aprobación del monarca, y dichos tribunales, a su actuación en nombre del rey), con respecto a un derecho mercantil que, si bien siguió siendo un derecho de los comerciantes en su tráfico, empezó a mostrar incipientes elementos de objetivación (por su aplicación procesal, en algunos supuestos, también a no comerciantes -bajo la ficción de considerarlos tales-), así como un progresivo decaimiento de su internacionalidad (como consecuencia de la aludida nacionalización de los ordenamientos jurídicos).

En Inglaterra, sin embargo, el derecho mercantil evolucionó en la Edad moderna en un sentido distinto al de las monarquías continentales. Mientras en el periodo medieval la *lex mercatoria* o *law merchant* presentó características similares a las

ya examinadas -con un papel destacado de los usos y costumbres mercantiles, que se aplicaban en las disputas entre mercaderes (con frecuencia, ingleses y extranjeros), por tribunales formados por comerciantes (como las *courts of piepowder*⁶)-, en los ss. XVII y XVIII experimentó un cambio trascendental, cuyas consecuencias siguen siendo apreciables actualmente. En efecto, el paulatino desplazamiento de dichos tribunales mercantiles -junto con el declinar adicional de las *Staple Courts* y las *Courts of Admiralty*- por tribunales de *common law* dio lugar a la adaptación de este último a los requerimientos del tráfico mercantil y a la integración en él de la *lex mercatoria*, por influencia de algunos grandes jurisconsultos de entonces [en particular, Sir Edward Coke, presidente de la *Court of Common Pleas* (1606-1613) y primer juez del Tribunal Supremo de Inglaterra (1613-1616), y más tarde Sir John Holt y William Murray (Lord Mansfield), presidentes del Tribunal Supremo de Inglaterra (1689-1710 y 1756-1788, respectivamente)]. Desde entonces, no cabe hablar en el ordenamiento jurídico inglés de *commercial law* como conjunto de normas especiales, separado formalmente del derecho privado común, sino más exactamente como mercantilización del *common law* en materias de naturaleza transaccional (contratos de compraventa y suministro de bienes y servicios -incluidos los financieros-, de garantías, seguros y transportes, de emisión y transmisión de efectos de comercio...).

4. Codificación decimonónica

A) Premisa

Como es sabido, el s. XIX estuvo caracterizado, desde el punto de vista jurídico, por la utilización del “código” como nueva modalidad de manifestación del derecho. El código fue concebido entonces, conforme a las ideas filosóficas racionalistas dominantes en esa época, como técnica legislativa totalizadora -por su pretensión de abarcar en cada cuerpo legal toda una rama del ordenamiento jurídico (p. ej., código civil, código mercantil, código penal, código procesal, etc.)-, obediente a un propósito sistemático-ordenador de la materia regulada, con pretensiones de permanencia (e incluso perennidad) en el tiempo. Y fue adoptado en un contexto social, económico y político inédito respecto al del periodo anterior, en cuyo tracto final se verificaron transformaciones muy relevantes, con el desarrollo de la industria a impulsos del fenómeno técnico del maquinismo (*Industrial Revolution*) y, tras la caída en Francia del *Ancien Régime* y el triunfo en ella de la *Révolution*, con la supresión de los cuerpos intermedios (gremios y corporaciones) y la proclamación de la libertad (*laissez faire, laissez passer*) y la igualdad de los ciudadanos.

B) Codificación mercantil

En el ámbito jurídico-mercantil, la codificación obligó a repensar el criterio de demarcación entre el derecho civil, en tanto que derecho privado común (de

6. La denominación de estos tribunales se debe a que eran frecuentados por mercaderes itinerantes de pies polvorientos, que vagaban de mercado en mercado (“*they were frequented by chapmen of dusty feet, who wandered from mart to mart*”).