

# **LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL Y SU CONCEPTO**

**CARLOS VARGAS VASSEROT**

**Prof. Titular de Derecho Mercantil**

**Universidad de Almería**

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

### **1. LA INEXISTENCIA EN EL DERECHO ROMANO DE UN DERECHO MERCANTIL**

### **2. EL DERECHO MERCANTIL HASTA LA CODIFICACIÓN**

#### 2.1. EL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MEDIA. LA GÉNESIS DEL DERECHO MERCANTIL

##### **2.1.1. Presupuestos político-ideológicos y socio-económicos.**

##### **2.1.2. Las fuentes del Derecho mercantil.**

##### **2.1.3. Concepto de Derecho mercantil.**

##### **2.1.4. Contenido del Derecho mercantil.**

##### **2.1.5. Fuentes doctrinales.**

#### 2.2. EL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MODERNA. LA ETAPA PRECODIFICADORA

##### **2.2.1. Presupuestos político-ideológicos y socio-económicos.**

##### **2.2.2. Las fuentes del Derecho mercantil. La evolución del *ius mercatorum*.**

##### **2.2.3. Concepto del Derecho mercantil.**

##### **2.2.4. Contenido del Derecho mercantil.**

##### **2.2.5. Fuentes doctrinales.**

### **3. EL DERECHO MERCANTIL DESDE LA CODIFICACIÓN**

#### 3.1. EL DERECHO MERCANTIL EN LA CODIFICACIÓN. LA PRETENDIDA OBJETIVACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

##### **3.1.1. Presupuestos político-ideológicos y socio-económicos.**

##### **3.1.2. Las fuentes del Derecho mercantil. La codificación como nueva técnica legislativa.**

**3.1.3. Concepto del Derecho mercantil. El denominado *criterio objetivo* delimitador de la mercantilidad y los intentos de su superación.**

- a. La teoría del acto de comercio.
- b. La objetivación de la segunda generación de Códigos europeos.
- c. Intentos de superación de las concepciones objetivas. Las tesis historicistas. Especial referencia a la corriente de la unificación del Derecho civil y mercantil y a su vertiente legislativa.
- d. El retorno al sistema subjetivo. El Código de Obligaciones suizo de 1881 y el Código de comercio alemán de 1897.

**3.1.4. Contenido del Derecho mercantil.**

**3.1.5. Fuentes doctrinales.**

3.2. EL DERECHO MERCANTIL Y LA DOCTRINA DE LA EMPRESA

**3.2.1. Antecedentes y desarrollo de la teoría de la empresa.**

- a. Las tesis tradicionales del Derecho mercantil.
- b. El desarrollo de la teoría de la empresa.

**3.2.2. La recepción y desarrollo doctrinal de la teoría de la empresa en España.**

**«Laberinto, es vocablo Griego, que significa una cosa, ó carcel, de tantas calles, y vueltas, que el que en él entra se pierde, sin acertar á salir por donde entró, como lo fue aquel famoso de Creta y otros que se refiere Plinio. Comercio es el trato de la mercancía, según Atraca; y por ser intrincado, habiendo de tratar de él en esta Obra, la intitulo de este nombre de Laberinto de Comercio terrestre, ú de Tierra, y Canal, ú de Mar, y empiezo por los Mercaderes que le ejercitan»**

Juan de Hevia Bolaños,  
*Laberinto del comercio terrestre y naval*  
Lima, 1617

## PREELIMINAR

El conocimiento de la evolución histórica y conceptual del Derecho mercantil es el vehículo que conduce a la aprehensión del concepto actual de la disciplina. Pero esa observación no se debe limitar a la realidad actual, que por la falta de perspectiva del momento puede llevar a resultados erróneos, sino que se deben analizar las diferentes realidades económicas históricas y los coyunturales conceptos del Derecho mercantil de cada época, para tener así los instrumentos adecuados para llegar al vigente concepto, que es nuestro objetivo. Pero, como se ha dicho en otro lugar, no recordamos el pasado por sí mismo, sino por lo que agrega al presente<sup>1</sup>, lo que en nuestro caso significa que el estudio de los antecedentes históricos está indisolublemente unido a la evolución y significado actual del Derecho mercantil. Nos interesa seguir la línea de la evolución histórica para aclarar datos importantes en el planteamiento contemporáneo del problema.

De acuerdo con lo anterior procedemos a ver el proceso histórico de los dos sectores definidores del Derecho mercantil, el jurídico y el socio-económico, y sus relaciones, y lo haremos distinguiendo dos grandes períodos que se presentan claramente diferenciados: desde la Edad Media a la codificación y desde ésta hasta los tiempos actuales; especificando en cada uno de estos períodos el estado del pensamiento económico y de las fuentes del Derecho mercantil de cada época, y en concreto, trataremos los criterios de delimitación de la materia mercantil, para terminar en cada una de estas etapas apuntado el origen y desarrollo de algunas de las principales instituciones jurídico-mercantiles que dan contenido al Derecho mercantil mismo.

El estudio de esta evolución permitirá poner de manifiesto que el Derecho mercantil surge en el bajo medioevo, y se va afirmando en el tiempo como un Derecho privado con substantividad propia respecto al común. No obstante, nos

---

<sup>1</sup> DEWEY, *La reconstrucción de la filosofía*, trad. Lázaro Ros, Barcelona, 1993, p. 42.

parece conveniente, aunque sea de manera sucinta, hacer referencia a los antecedentes del Derecho mercantil en la antigüedad y en concreto a si hubo un Derecho mercantil en el Derecho romano<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sobre las instituciones jurídicas del comercio a lo largo de la historia es fundamental la conocida obra de GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte der Handelsrechts*, Stuttgart, 2.<sup>a</sup> ed., 1891 (traducida al italiano como *Storia universale del Diritto commerciale*, trad. de Pouchain y Scialoja, Turín, UTET, 1913, que es la que utilizamos), que originalmente formaba parte de su *Handbuch des Handelsrecht*, t. I, vol. 1, 1864. El ambicioso proyecto del autor de escribir una historia completa del Derecho mercantil finalmente quedó –lo que no es poco– en la evolución en los pueblos de la Antigüedad y en los países latinos en la Edad Media en un primer y único tomo. También es de gran interés REHME con su *Historia universal del Derecho mercantil* (trad. de Gómez Orbaneja, Madrid, 1941, cuyo texto original formaba parte del *Handbuch des gesamten Handelsrechts* de Ehrenberg, t. I, Leipzig, 1913), más centrado en las contribuciones de los países germánicos y quizá algo desdeñoso con las aportaciones españolas a la historia del Derecho mercantil. También son interesantes los estudios de HUVELIN y su *Historie du droit comercial (Conception générale, état actuel des études)*, París, 1904; THALLER, «De la place du commerce dans l'histoire générale et du Droit commercial dan l'ensemble des sciences», *Annales de Droit Commercial*, 1892, pp. 129 y ss., y 279 y ss. De la doctrina italiana hemos utilizado, además de las páginas dedicadas a la evolución histórica del Derecho mercantil de ASCARELLI en su *Corso di diritto commerciale*, Milán, Ed. Giuffrè, 1962 (publicada en castellano como *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, trad. por Verdura, Barcelona, Bosch, 1964, pp. 29 a 137); GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 2.<sup>a</sup> ed., 1980 (traducida como *Historia del Derecho mercantil*, trad. Bisbal, Barcelona, Ed. Laia, 2.<sup>a</sup> ed., 1987); publicada de nuevo con el título *Lex mercatoria*, Bolonia, Ed. Il Molino, 2001, con algunas actualizaciones (el último capítulo de este libro ha sido recientemente publicado como «*Lex mercatoria, shopping del Derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*», *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 7 a 20).

En nuestra doctrina mercantilista se echan de menos trabajos que traten globalmente la historia del Derecho mercantil, y siguen siendo nombres de referencia los de LORENZO BENITO, *Ensayo de una introducción al estudio del Derecho mercantil (Preliminares e historia)*, Valencia, 1896, *passim*; ÁLVAREZ DEL MANZANO, *Curso de Derecho mercantil filosófico, histórico y vigente*, Madrid, 1890-96; RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., esp. pp. 132 a 194; y LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, t. I, cit., esp. pp. 101 a 193, que en 1950, como indica en la página 900 de la obra citada, tenía en preparación un estudio titulado *Historia universal y española del comercio y del Derecho mercantil*, que, por desgracia, nunca llegó a publicar. Entre nuestros historiadores del Derecho me parece de gran interés las páginas dedicadas al Derecho mercantil por TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 346 a 368.

## 1. LA INEXISTENCIA EN EL DERECHO ROMANO DE UN DERECHO MERCANTIL

Sin retroceder más en el tiempo, pero reconociendo la existencia de instituciones jurídicas dirigidas a atender necesidades derivadas del tráfico comercial en todas las civilizaciones que han tenido un mínimo grado evolucionado de Derecho y de comercio, entre las que destaca Babilonia –con su famoso Código de Hammurabi<sup>3</sup>- y Grecia<sup>4</sup>, se plantea si en Roma hubo un rama del ordenamiento asimilable al Derecho mercantil. El interés en aclarar esta cuestión deriva de la decisiva influencia que tuvo el Derecho Romano en la formación de los ordenamientos continentales.

En este punto se debe aclarar, para evitar un planteamiento equívoco, que no es Derecho mercantil toda norma reguladora del comercio, sino que para que éste exista es necesaria la existencia de un Derecho especial, que regula

---

<sup>3</sup> Sin entrar en detalles, sí nos parece interesante recordar a este importante cuerpo normativo, que contiene las prescripciones jurídicas más antiguas referidas al comercio. El Código lleva el nombre de un importante rey de Babilonia (Hammurabi, 2285-2242 a. C.) y se considera el texto jurídico extenso más antiguo que ha llegado hasta nosotros de manera casi completa (sólo faltan treinta y cinco de los doscientos ochenta y dos artículos que contenía la ley). Entrando en su contenido –y seguimos aquí a REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, cit., pp. 41 a 48-- lo primero que hay que destacar es la ausencia de normas especiales para los comerciantes, mientras que sí existen regulaciones específicas para otros profesionales, y para los contratos típicos de la actividad comercial que regula (compraventa, depósito, transporte y préstamo). El Código contiene una serie de preceptos relacionados con el comercio (arts. 101-107), en los que algunos autores reconocen la esencia de la *commenda* e incluso de la sociedad colectiva, aunque la conclusiones no son definitivas porque precisamente algunos de los preceptos que faltan del Código son los que inician esa parte de la ley y porque las traducciones difieren entre sí. Por último, la Ley regula ciertas instituciones de Derecho marítimo (entre otras la construcción naval y el abordaje).

<sup>4</sup> La principal aportación del Derecho griego al Derecho mercantil es el Derecho marítimo, y en concreto la *lex Rhodia de iactu*, compilación de usos marítimos que se extiende desde la colonia de Rodas al resto de puertos del Mediterráneo, adoptada posteriormente por Roma continuó su vigencia hasta la Edad Media, en la que la principal institución era el préstamo a la gruesa (LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, t. I, cit., pp. 103 y s). No se deben olvidar tampoco las importantes contribuciones de Grecia a la ordenación de la banca, con la existencia de normas peculiares que obligaban a los banqueros a llevar libros obligatorios, y la práctica habitual por parte de estos bancos de la llevanza de servicios de caja a sus clientes, de cambio de moneda, la documentación de órdenes de pago y la creación de títulos a la orden y al porteador (REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, cit., pp. 51 a 53). RIPERT y ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, t. I, París, Ed. LGDJ, 17.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 10, citan la existencia contratos privados e informes de abogados (Isocrates y Deosthenes) que demuestran las prácticas bancarias griegas.

una realidad económica concreta que es lo que la justifica. Dicho esto, hay que indicar que de manera mayoritaria tanto romanistas como mercantilistas consideran que en ningún momento hubo un Derecho Mercantil en Roma, a pesar del importante volumen del tráfico de la época y de la existencia de instituciones pensadas para el tráfico comercial<sup>5</sup>. Son cuatro las principales razones argumentadas para explicar la carencia de un Derecho especial para las instituciones privadas del comercio en Roma: la falta de una ordenación corporativa mercantil<sup>6</sup>; que el Derecho romano no llegó a culminar en un Derecho internacional del comercio<sup>7</sup>; que la economía de Roma estaba marcada por el trabajo de los esclavos, que eran los que realizaban las compras y despachaban en las tiendas, por lo que una legislación mercantil era considerada en muchos aspectos como superflua<sup>8</sup>; y la más aceptada, que la perfección y adaptabilidad del Derecho Romano, con una inestimable ayuda del pretor en la labor renovadora del Derecho (que a través de sus edictos crea el *ius honorarium*<sup>9</sup>) y de el *ius gentium* (que satisfacía las exigencias

---

<sup>5</sup> GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pp. 55 a 59, aporta datos que demuestran el desarrollo del comercio en Roma, y señala que éste no sería igualado hasta bien entrado el siglo XVIII. Sobre las instituciones romanas que sirven al tráfico comercial y sólo a este: GIRÓN, «El concepto del Derecho mercantil...», cit., pp. 704 a 710, autor para el que no hay una completa unificación del Derecho privado civil y mercantil.

<sup>6</sup> THALLER, «De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences», cit., p. 135, nota 4, critica tal razonamiento en base a que no es indispensable a la existencia de un Derecho mercantil un régimen comercial gremial, y que tan poco es exacto que en Roma no hubiese corporaciones mercantiles o artesanas.

<sup>7</sup> HUVELIN, *Études d'histoire du Droit comercial romain (Histoire externe – Droit maritime)*, París, 1929, pp. 79 y ss. (obra póstuma publicada por Lévy-Brühl). Para este autor hay una íntima relación entre la existencia de un Derecho mercantil especializado y su posibilidad de desarrollo como Derecho internacional, y si el Derecho romano hubiera seguido desarrollándose como un Derecho internacional del mercado, el Derecho mercantil romano se hubiera separado del Derecho civil, pero —en su opinión— esto no ocurrió porque ese Derecho del mercado se transformo en Derecho privado interno. Acoge esta tesis BENITO MAMPEL, «Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 31 a 34. Entre otros argumentos críticos de RUBIO, *op. cit.*, p. 136, me quedo con que no es tan clara la relación de internacionalización del Derecho y Derecho mercantil y puede existir un Derecho especial de este tipo puramente interno o un sistema unitario para un comercio fuertemente internacionalizado.

<sup>8</sup> REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, cit., p. 56.

<sup>9</sup> Los pretores cumplieron una gran tarea histórica de adaptación de las nuevas exigencias jurídicas de la comunidad y, por ejemplo, para resolver el problema de representación que planteaba el comercio por medio de esclavos y libertos, crearon una serie de acciones, como fue



internacionales a las que respondió en sus orígenes el Derecho mercantil), hizo innecesario un Derecho especial separado del privado general<sup>10</sup>.

A pesar de la existencia de normas que regulaban instituciones que servían de modo efectivo al tráfico mercantil y sólo a éste, no existía una sistematización de fuentes o científica diferentes al Derecho común que conformara un Derecho especial alternativo a aquél, como el que surgió en la Europa occidental en la Edad Media, y esto es lo fundamental<sup>11</sup>. De estas instituciones jurídicas especiales del Derecho romano para atender necesidades específicas del tráfico, destacan las del Derecho marítimo<sup>12</sup> y bancario<sup>13</sup>. Por

---

la acción *institoria*, que se promovía contra el dueño de un establecimiento para la ejecución de los contratos celebrados por su factor o representante.

<sup>10</sup> Tesis patrocinada por GOLDSCHMIDT, para el que «en un Derecho civil, universal, flexible y desarrollado con una técnica depurada hasta en sus más finos detalles, dominado por los más elevados principios éticos, en cuya aplicación se juzgaba con libre apreciación, según la buena fe, según la variable usanza del comercio, según la manifiesta intención de los interesados, no había lugar para un Derecho especial del comercio, ni tampoco necesidad de él» (*Storia universale del Diritto commerciale*, cit., p. 60). También se argumenta que la razón de la pobreza legal de este Derecho es que el comercio romano se rigió principalmente por costumbres y no hubo por parte del legislador interés en recoger un Derecho que se había desarrollado fuera de su margen de actuación (LORENZO BENITO, *Ensayo de una introducción al estudio del Derecho mercantil*, cit., pp. 64 y s.).

<sup>11</sup> GIRÓN, «El concepto del Derecho Mercantil...», cit., pp. 707 y ss., y de manera más breve en *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 3.ª ed., 2002, p. 17; y BERCOVITZ, «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, pp. 3 y s. En cambio, para FADDA, *Gli istituti commerciali del Diritto romano*, Nápoles, 1903, p. 45, los romanos gozaron en sentido exacto de la especialidad del Derecho mercantil.

<sup>12</sup> En cuanto a los institutos referentes al tráfico marítimo romano, los principales estaban ya perfectamente elaborados en el mundo griego, como el *foenus nauticus* o préstamo a la gruesa y la avería a la gruesa. El préstamo a la gruesa, antecedente de instituciones mercantiles tan importantes como la *commenda*, la asociación naval o el contrato de seguro a prima, aunque era practicado en Grecia, son del Derecho romano las primeras fuentes legales que se conservan, entre las que destacan el Digesto de *nauticum foenus* (XXII, 2), que utilizan la expresión *pecunia trajecticia (quae trans mare vehitur)* para designar el capital prestado, o lo que hubiese sido adquirido con ese capital; y el nombre de *foenus nauticum* para referirse al interés al que tenía derecho el prestamista por compensación del riesgo. La esencia de la institución consistía en que el dinero dado a mutuo con interés, o bien la mercancía adquirida con aquel dinero, debía ser transportada por mar a riesgo del prestamista (*periculo creditoris*), y solamente en el caso de que tales cosas llegasen felizmente a destino, el acreedor recobraba el capital con los intereses pactados. Sobre estas y otras instituciones de Derecho marítimo en la Antigüedad vid. BRUNETTI, *Derecho Marítimo Privado. (Parte histórica – De los buques)*, t. I, trad. y anotado por Gay de Montellá, Barcelona, Bosch, 1950, pp. 111 y ss.

<sup>13</sup> En lo que se refiere al Derecho bancario de Roma, la influencia del Derecho griego en este punto es también evidente. Aunque no se sabe con certeza si hubo unas normas especiales que rigiese la banca en Roma, se sabe de la llevanza de libros y de la existencia de dos instituciones

otra parte, no se puede desconocer la importancia que el Derecho romano ejerció una gran influencia en el Derecho mercantil a través de la teoría general de las obligaciones y contratos, que será utilizada por los juristas de la Edad Media<sup>14</sup>, o por ejemplo, que allí se encuentran los precedentes de los procedimientos concursales por insolvencia del deudor<sup>15</sup>.

Como gráficamente se ha dicho, para el proceso histórico del Derecho mercantil, el sistema jurídico romano es prehistoria en el sentido de génesis de la disciplina<sup>16</sup>, pero con una influencia en el desarrollo de la misma que justifica el tratamiento recibido en este lugar del Proyecto Docente.

---

muy desarrolladas: el *receptum argentariis*, con una función semejante a la aceptación de la letra de cambio; y el contrato de cuenta corriente (REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, cit., pp. 57 y s.). Los romanos, como los griegos, distinguían entre banqueros propiamente dichos (*argentarius*) y cambistas de monedas (*numularius*). Con más detalle GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pp. 71 a 73; y REHME, *Historia universal del Derecho mercanti.*, pp. 57 y s.

<sup>14</sup> Sobre este punto *vid.* RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, p. 11.

<sup>15</sup> Primero con la denominada *bonorum venditio*, procedimiento por el que se ocupaban los bienes del deudor y el pretor procedía al nombramiento de un curador (*magister bonorum*) que se encargaba de efectuar la venta de los bienes y repartir el producto entre todos los acreedores. Las notas de infamia que llevaba aparejada la *bonorum venditio* para el deudor dio origen a la *cessio bonorum*, que se caracterizaba por el sometimiento voluntario del deudor a la ejecución, entregando los bienes que componen su patrimonio para que se satisfagan con ellos. Sobre los antecedentes de la quiebra medieval en Derecho romano, ZAMBRANA MORAL, *Derecho concursal histórico*, t. I, Barcelona, 2001, pp. 72 y 83.

<sup>16</sup> JIMÉNEZ DE PARGA, «Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación», en *Estudios homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, p.320.

## 2. EL DERECHO MERCANTIL HASTA LA CODIFICACIÓN

En la evolución histórica del Derecho mercantil se pueden distinguir dos periodos bien diferenciados: el de su delimitación subjetiva como Derecho de los comerciantes en el tráfico, y el intento —que resultó infructuoso— de definir objetivamente su concepto; y que se corresponden respectivamente con la etapa que se desarrolla desde su nacimiento en el medioevo hasta la codificación del siglo XIX y desde ésta hasta nuestros días. Estas etapas no coinciden con periodificación de la historia general, pero las edades en que esta se divide (en lo que nos interesa Edad Media y Edad Moderna por una parte y Edad Contemporánea por otra) sí nos pueden servir como referencias para entender mejor la evolución del concepto y de las fuentes del Derecho mercantil, que, en definitiva, es lo que se pretende.

Esa primera etapa del Derecho mercantil, que se caracteriza por ser un Derecho subjetivo del comerciante, ocupa parte de la Edad Media y la Edad Moderna. La Edad Media se presenta como un periodo histórico dominado por un ideal religioso de vida y por una economía feudal; y la Edad Moderna se caracteriza por una transformación progresiva de dichas notas, con la afirmación del Estado nacional como unidad política y la significación económica del mercantilismo y el cambio sociocultural de la época, con un mayor individualismo y una paulatina y manifiesta pérdida de la influencia de la teología moral de la iglesia; cambios que, como se verá, afectarán al desarrollo del Derecho Mercantil aunque todavía sin perder —si alguna vez la perdió del todo— su orientación subjetiva.

En el plano económico, el gran comercio significó la causa de la transformación del sistema económico en un embrionario capitalismo comercial que, en su desarrollo, conducirá a un sistema de economía de mercado. Pero, al igual que los cambios en la historia se producen lentamente y no de una manera homogénea en todas las zonas geográficas, el Derecho mercantil evoluciona progresivamente y sus características no se presentan todas de la misma

manera ni con la misma intensidad en una misma época y lugar. Por eso las generalizaciones a las que recurro para facilitar la exposición, no significa que la evolución del Derecho mercantil ocurriera de modo tan simplista y excluyente.

2.1. EL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MEDIA. LA GÉNESIS DEL DERECHO MERCANTIL

**«Açi començen les bones costumes de la mar**

**Estas son las buenas instituciones y los buenos usos concernientes a cuestiones marítimas que los hombres juiciosos que recorren el mundo comenzaron a dar a nuestros antecesores y elaboraron mediante los libros de la ciencia de las buenas costumbres. En lo que sigue puede hallarse: cómo debe un patrón comportarse con el mercader, el marinero, el pasajero u otra persona que vaya en la nave; y asimismo cómo deben el mercader y también el pasajero comportarse con el patrón»**

Capítulo XLVI del *Llibre del Consolat de Mar*  
que inicia las *Costums de la mar*

### 2.1.1. Presupuestos político-ideológicos y socio-económicos

La caída del imperio romano de occidente tuvo para Europa importantes repercusiones en el orden socio-económico. Sucesivas invasiones asolan Europa, desaparecen villas y ciudades y, con ellas, las actividades urbanas, comerciales y artesanales. Como consecuencia de todo ello, la vida económica en la Europa del alto medioevo se organiza sobre la base de núcleos rurales dispersos y autosuficientes, con sometimiento al primitivo sistema feudal y con una economía eminentemente agrícola y autárquica.

Aparte de estas circunstancias sociales, las ideas económicas medievales se mezclan con cuestiones éticas y morales, que en un primer momento influyeron negativamente en el desarrollo de aquéllas. En la Alta Edad Media, la Iglesia está presente en todos los aspectos de la vida medieval y su teología moral desalentaba a aquellos que querían mejorar su situación. La condena por la Iglesia de la codicia (*el camello y el ojo de la aguja* de los que nos habla la Biblia) y su énfasis en la bendición de los pobres, no favorecía el desarrollo económico. Se condenaba la avaricia en todas sus manifestaciones, llegándose a considerar pecado, por ejemplo, escalar posiciones sociales u obtener ganancias por encima de la mera subsistencia sino era para la realización de obras pías, en previsión de futuras emergencias o para el mantenimiento de la descendencia. Se entiende, por tanto, que el comercio y los comerciantes estuviesen especialmente mal vistos (se hacía un símil de los *mercaderes expulsados del templo* de los que habla la Biblia con la expulsión de los comerciantes del Reino de los Cielos).

Pero por encima de todo se censuraba la usura, que se consideraba un pecado capital. La aplicación de la prohibición de la usura, y en concreto de todo beneficio derivado del interés sobre los préstamos, supuso un importante obstáculo para el desarrollo del comercio por su íntima conexión con el crédito. El cambio de actitud no se manifiesta hasta el siglo XIV, cuando comienza a ser respetada la figura del gran comerciante adinerado, lo que vino precedido de una

justificación del comercio que hasta ese momento se consideraba como algo pecaminoso<sup>17</sup>.

Por otra parte, hasta mediados del siglo X la utilización de monedas en la vida cotidiana era bastante escasa. Esto se debía, de un lado a la falta de materiales preciosos y, de otro, a la posesión por parte de los señores feudales de la mayor parte de las monedas, por lo que la economía local funcionaba con una mezcla de autosuficiencia, trueque y algunos pagos en dinero. Pero es a partir de este siglo X cuando hubo una serie de circunstancias que transformaron la economía europea de una manera espectacular y se inicia un periodo denominado *revolución comercial*. Se produjo un aumento sin precedentes de población, que provocó una demanda de productos de todo tipo y, por ende, el desarrollo del comercio, primero a nivel local con mercados y después a nivel internacional con las ferias y con los mercaderes ambulantes. A esto colaboró el descubrimiento de nuevas rutas y la apertura de nuevos mercados e influencias, se establecieron bases que facilitaban el comercio con Oriente con lo que se aumenta la relación directa con el levante, tomando muchos de los adelantos técnicos de los árabes, como por ejemplo el sistema de la cifras indias del algoritmo que fue introducido en la vida comercial en Italia a principios del siglo XIII. También fue de indudable importancia la reapertura de las vías comerciales en el norte y sur de Europa, y en concreto entre Flandes y Venecia<sup>18</sup>.

Otro motivo de esta revolución comercial se encuentra en el aumento de la cantidad de dinero en circulación y en factores monetarios, siendo un punto de inflexión importante la creación en Florencia a mediados del siglo XIII del Florín de oro, que fue la primera moneda realmente estable en Europa.

En el periodo que se inicia con el siglo XIII, la Edad Media llega a su punto culminante, y comienza una época de transición a la Edad Moderna. En

---

<sup>17</sup> Sobre todas estas cuestiones *vid.* WOOD, *El pensamiento económico medieval*, Barcelona, Ed. Crítica, 2003, pp. 69 y ss., y 223 y ss.

<sup>18</sup> En cambio, cada vez se pone más en duda si las Cruzadas, organizadas a partir del siglo XI para la conquista de lugares santos, fue otro elemento propulsor del comercio (TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, cit., p. 348).

todo occidente empiezan a surgir formas de Estados determinados en sentido nacional, con una cultura también nacional cada vez más desarrollada, que no reconocen sobre sí ni la primacía del declinante Sacro Imperio Romano Germánico y dudan, cada vez más, de la de la Iglesia.

Paralelamente con el desarrollo de las relaciones comerciales se produce el de la profesionalización de las personas que realizan ese tráfico. En un primer momento el renacer del tráfico europeo dará lugar a la aparición de mercaderes nómadas o ambulantes, que acompañan a las mercancías hasta su destino e intervienen personalmente en todas las negociaciones, que viajaban en caravanas y que traficaba entre las diversas cortes señoriales o entre éstas y las nuevas rutas comerciales abiertas con el exterior, adquiriendo y revendiendo, y que obtienen grandes beneficios derivados de la gran desproporción entre el precio de los productos en los lugares de producción y el precio de éstos en su lugar de consumo. Inicialmente el comerciante medieval trafica con toda clase de mercancías y no se diferencia claramente el gran comercio y el detallista. Posteriormente, y de manera progresiva, el comerciante deja de acompañar personalmente a las mercancías y empieza a utilizar empleados o auxiliares y las técnicas de la comisión y la expedición; al igual, aunque más tardíamente, se produce una especialización por actividades o ramas del comercio.

También en esta época se desarrollan las ferias, primero en la campiña francesa y luego por toda Europa, que se presenta como la primera forma de comercio de comerciantes con comerciantes, y en la Edad Media se constituyen como la forma más importante de comercio interlocal con una importancia vital en el desarrollo uniforme de Derecho mercantil<sup>19</sup>.

Pero el hecho realmente fundamental en el desarrollo del comercio y del nacimiento del Derecho mercantil, es el auge y el desarrollo de las ciudades y de

---

<sup>19</sup> Las ferias de Champagne constituyeron a partir del siglo XII el principal foco de mercaderes de Europa. Se desarrollaban de forma casi continuada a lo largo de todo el año, alternándose las ciudades de celebración (Provins, Troyes, Lagny y Bar-sur-Aube) y las autoridades ofrecían su protección a cuantos se acercaban a ellas para comerciar, establecían Tribunales y vigilaban los caminos. Sobre el desarrollo de estas ferias GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pp. 185 y ss.



la cultura urbana, como centros de actividad política, religiosa y, sobre todo, comercial. Las antiguas ciudades romanas casi vacías durante el primer período, se repueblan a medida que se produce el éxodo de los feudos al que hemos hecho referencia y, en concreto, las primitivas caravanas de mercaderes elegirán para sus asentamientos estas ciudades, dado que su emplazamiento en los cruces de las carreteras les proporcionaba la seguridad que necesitaban. Se constituye una sociedad urbana, que halla su expresión política en la organización comunal y que dará lugar a una segunda generación de mercaderes ya no ambulantes, sino organizada establemente en la ciudad. Es en esas fechas cuando se va a producir un resurgimiento del comercio que da lugar a una nueva clase social de ciudadanos dedicados al comercio y la industria incipiente, cuyo origen hay que situar en una zona concreta de la Europa occidental: las ciudades del área Mediterránea. En un primer periodo (de los siglos VI a IX) las poblaciones más activas fueron Amalfi, Nápoles y Gaeta, a los que pronto se unió Venecia, debido a las invasiones lombardas que le privaron de sus tierras del interior y se vio abocada al comercio mediterráneo. Posteriormente a aquéllas se añaden Pisa, Génova, alcanzando en Italia el desarrollo urbano a ciudades como Florencia y Milán. Ya fuera de Italia, hay que mencionar el desarrollo del levante español, con las ciudades de Barcelona, Valencia, Tortosa y Mallorca a la cabeza, y el sur de Francia, donde destaca entre todas Marsella.

En los mares del norte europeo también se desarrolla las bases de un comercio que alcanza su punto culminante con la Hansa Teutónica, liga de ciudades alemanas (en el siglo XIV, que es cuando alcanza su mayor esplendor, sesenta y siete ciudades formaban parte de esta confederación), cuya capital era la ciudad alemana de Lübeck, y entre sus fines destacaban, junto al control del comercio de la zona, con la exención de aduanas y la prohibición de la entrada de navíos flamencos en el Báltico, motivos estrictamente políticos e incluso militares. También en el norte se desarrolla en las ciudades flamencas un comercio continuo con el resto del continente, destacándose Gante y especialmente Brujas, que en el siglo XIV fue el más importante mercado monetario del norte de Europa, hasta que el centro de esa actividad comercial es

en el siglo XV trasladado a Amberes por motivos políticos, comerciales y naturales.

En este marco urbano, la clase mercantil coexiste con la nobleza de origen feudal que aún subsiste y con una masa de trabajadores manuales que cambian su originaria condición servil feudal por la de artesanos libres. Esto constituye un factor determinante en el ascenso de la clase mercantil medieval, pues permitirá que ésta supere su originaria actividad de mera interposición consistente en adquirir a bajo precio donde la producción era excedente y revender a alto donde lo exigía la demanda, para hacerse promotora de la producción aportada por artesanos locales<sup>20</sup>.

Ante la fragmentación del poder y con objeto de defender sus propios intereses, los comerciantes, como los banqueros y artesanos, se agrupan en distintas organizaciones o asociaciones profesionales. Aunque habían existido en siglos anteriores asociaciones de oficios (que a cambio de prestaciones al soberano disfrutaban de monopolios), el rápido florecimiento de las corporaciones profesionales después de la primera mitad del siglo XII, como asociaciones libres parece un hecho nuevo vinculado a la constitución del municipio y la fuerte inmigración de los campos a la ciudad<sup>21</sup>.

Entre estas organizaciones cabe distinguir dos tipos básicos: las *corporaciones mercantiles*, en las que los grandes comerciantes se asocian, y los *gremios* locales (corporaciones menores), que responden a las necesidades del modesto comercio local. Ahora bien, estos dos tipos de comercio no fueron sólo dos formas sucesivas de actividad mercantil, sino también dimensiones del comercio que coexistieron durante siglos, quedando paulatinamente las segundas subsumidas bajo el control de las primeras. Así, las corporaciones menores pierden su autonomía frente a las mayores, convirtiéndose a la larga en

---

<sup>20</sup> Sobre el renacer urbano del medioevo y el coetáneo desarrollo del comercio: GALGANO, *op. cit.*, pp. 40 y s.

<sup>21</sup> ASCARELLI, *op. cit.*, p. 32.

articulaciones subalternas de aquéllas, dominadas por los grandes comerciantes y banqueros<sup>22</sup>.

Las corporaciones de comerciantes de las grandes ciudades o de ligas de ellas, que servían de instrumento del comercio a gran escala, se denominaban en el área del comercio germánico *guildas* (o gildas) y *hansas*, y en las ciudades mediterráneas *Universidades de comerciantes (universitates mercatorum)*<sup>23</sup> y *consulados*, término éste que se generalizó posteriormente por toda España, aunque también se denominaba así a la organización constituida por la colonia de comerciantes de una misma procedencia establecida en una ciudad o país extranjeros<sup>24</sup>. En estas corporaciones había una unión estrecha de los miembros, y tenían la posibilidad de ingresar en ellos aquellos vecinos cuya ocupación habitual se relacionaba de modo directo o indirecto con el comercio marítimo (mercaderes a gran escala, navegantes, aseguradores, cambistas, etc.). El ingreso lo hacían bajo juramento (*matricula*, precedente más remoto del Registro Mercantil) y se comprometían a observar los estatutos, obedecer a los cónsules y tener una conducta ordenada, y muchas veces había una gran relación con fraternidades de carácter religioso. Estas corporaciones, en cuanto agrupación constituida para la defensa de los intereses económicos, protegía a todos ellos, dictando reglamentos, estableciendo cónsules en las plazas en que sus miembros tienen su tráfico, y llegan a tener autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Así, los miembros de las corporaciones

---

<sup>22</sup> GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 35.

<sup>23</sup> En España en 1257 se constituyó la Universidad de prohombres de Ribera; y el primer Consulado del Mar fue el constituido en Valencia en 1283. En 1326 se crea el de Mallorca; y el de Barcelona se constituye plenamente en 1347. Posteriormente se crean Consulados en Torrotas, Gerona, San Feliz, y después en Castilla, destacando entre todos el de Burgos (1494), Bilbao (1511) y Sevilla (1543).

<sup>24</sup> Tomando como ejemplo lo ocurrido en España, en Brujas en el siglo XIII ya existía una colonia muy importante de comerciantes castellanos, vizcaínos, aragoneses y catalanes, y al compás del desarrollo y de las necesidades del tráfico es como aparecen las primeras organizaciones consulares y corporativas, y lo hacen con una directa vinculación a las grandes organizaciones que protagonizan en la península el corporativismo comercial. Así, en Brujas se constituyen la universidad o gilda de Aragón-Cataluña (1330) vinculada al *Consulado del Mar de Barcelona*, la de Castilla dependiente de la *Universidad de la Contratación de los Mercaderes de Burgos* y la de Vizcaya, dirigida por la *Universidad de los Mercaderes Maestros de Bilbao*, constituidas años después. Acerca de estos consulados *vid.* MUÑOZ PAREDES, *Un capítulo pendiente a la historia del seguro*, Madrid, 1991, pp. 19 y ss.

elegían unos magistrados (*cónsules*) que velaban por los intereses corporativos, aprobaban los estatutos, interpretaban las leyes y ejercían ciertas funciones jurisdiccionales, primero en sus localidades de origen y después en las plazas mercantiles más importantes<sup>25</sup>.

En cambio, las asociaciones de impronta *gremial* se crean con fines de proteccionismo de sus miembros en el tráfico local y comercio al por menor, y se desarrolla en el marco de un comercio reglamentado, protegido por las autoridades locales y nada competitivo, ejerciendo para ello un riguroso control del ejercicio profesional de la actividad que se trate. La mayoría de los gremios que se constituían eran de artesanos, pero también había gremios de mercaderes. Las ordenanzas gremiales, que frecuentemente procedían de la potestad normativa ejercida por las autoridades municipales o por las grandes corporaciones mercantiles, reglamentaban, entre otras cosas, la cuantía de los salarios, la materia prima a emplear, y controlaban la venta monopolística del producto y su precio.

Pero son aquellas corporaciones creadas por los comerciantes para el desarrollo del comercio al por mayor de exportación e importación entre ciudades y áreas económicas, muy distintas en sus ansias de libertad, autonomía e independencia, donde se encuentra el germen del Derecho mercantil. Autonomía que no quita que estas corporaciones mantuvieran vínculos muy estrechos con las autoridades municipales y participaran activamente en el gobierno de muchas ciudades.

En algunas ciudades mediterráneas, especialmente en Italia, las instituciones de la ciudad son en ocasiones producto directo de las corporaciones mercantiles, que eligen en su seno el gobierno municipal. Por ejemplo, en algunas ciudades del norte de Italia estas agrupaciones acabaron convirtiéndose en verdaderos gobiernos municipales, negociando cartas de libertad o autonomía política y judicial con los señores feudales, firmando

---

<sup>25</sup> Sobre la forma de ingreso en las corporaciones y la elección de los cónsules *vid.* GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pp. 132 a 134; y VIVANTE, *Tratado de Derecho mercantil*, vol. 1, trad. por Silió Beleña, Madrid, Ed. Reus, 1932, pp. 23 a 25.

tratados comerciales internacionales y llegando incluso a luchar por sus derechos.

Incluso cuando las magistraturas municipales son formalmente autónomas de las de las corporaciones, en las mayoría de casos las instituciones están dirigidas por una plutocracia mercantil, (excepto en las ciudades en las que dominaban los gremios o artes menores) aliada, en su caso, con la nobleza urbana. Pero ni las instituciones de la ciudad tenían solamente funciones de gobierno de los intereses generales, ni las corporativas tenían meras funciones de autogobierno de los intereses particulares de sus miembros. Sólo en caso de los gremios puede afirmarse que la organización corporativa cumplía funciones de autogobierno, mientras que las grandes corporaciones mercantiles, además de gobernar a los gremios (sus estatutos no eran eficaces sin la aprobación de la corporación mercantil, que podían ser modificados por ella; estaban sometidos a los estatutos de la corporación, a la jurisdicción de los cónsules y a la vigilancia por los órganos corporativos de aquélla), extiende sus poderes normativos y jurisdiccionales fuera de su esfera corporativa, desarrollando auténticas funciones de gobierno de la sociedad urbana<sup>26</sup>.

### **2.1.2. Las fuentes del Derecho mercantil**

El Derecho mercantil surge en la Edad Media, ante la inadecuación de contenido y procedimiento del *ius commune* (integrado por elementos del Derecho romano y germánico, y del Derecho canónico) para satisfacer las necesidades del ingente y dinámico tráfico comercial. El Derecho germánico se presentaba demasiado simple y primitivo; el Derecho justiniano era técnicamente inferior al Derecho romano clásico en lo que se refiere al rigor de los principios y a la tutela de la buena fe, y en que no prestaba apenas atención a los bienes muebles, que son precisamente sobre los que se realiza el tráfico comercial. Además decayó el

---

<sup>26</sup> Vid. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., pp. 35 a 37.

uso de la institución del pretor que tan útil se había demostrado. Por su parte, el Derecho canónico estaba inspirado en unos principios incompatibles con el desarrollo comercial<sup>27</sup>.

Surge así, para dar respuesta a las necesidades del tráfico, un Derecho nuevo, ágil y flexible, aplicable a los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional que se conoce como *ius mercatorum o lex mercatoria*, basado en la equidad, la seguridad del tráfico, el crédito y la tutela de la buena fe. Este Derecho basado en las exigencias del tráfico y destinado a regir en las transacciones comerciales, más que un Derecho especial frente al *ius civile* o un Derecho que se desgaja de éste, surge como un Derecho distinto, dotado de sus propios principios, de sus propias fuentes normativas y de su propio orden jurisdiccional y en el que sea crean instituciones jurídicas completamente nuevas<sup>28</sup>.

Este nuevo Derecho se caracteriza por una serie de rasgos que vamos a comentar. En primer lugar, existe una gran dispersión en cuanto a las fuentes materiales de este Derecho<sup>29</sup>.

De un lado existe un Derecho de producción autónoma, hecho por y para los comerciantes, en el que hay que distinguir varios grupos de fuentes: el *Derecho estatutario* que producen las corporaciones a través de sus estatutos u ordenanzas (*statuti o brevi*), con una indudable importancia en el origen del Derecho mercantil; la producción a través de *documentos notariales, formularios, tratados* de carácter internacional e interlocal que se conciertan con ocasión de las ferias y mercados permanentes; y por medio de las *decisiones* de una jurisdicción mercantil especial que es la jurisdicción consular. Y sobre todo la *costumbre* como fuente básica de ese primer Derecho mercantil, y no sin razón, se dice que éste es un Derecho de

---

<sup>27</sup> Vid. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, cit., pp. 83 y ss.

<sup>28</sup> MUÑOZ PLANAS, «Teorías de los usos», en *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles, seguidos en España*, Madrid, 1964, p. 29, señala que el Derecho mercantil anterior a la codificación constituye un sistema normativo propio y no un Derecho excepcional, aplicable a una determinada clase social; y ni siquiera es un Derecho especial frente al *ius civile*.

<sup>29</sup> Sobre esta cuestión GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pp. 122 y ss.; GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., pp. 37 y s.; y en España, GIRON, «El concepto de Derecho Mercantil...», cit., pp. 715 y s.; y GARCÍA VILLAVARDE, Voz «Ius Mercatorum», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid, Ed. Civitas, 1994, pp. 3774 y s.

carácter eminentemente consuetudinario pues esta fuente está en el trasfondo de todas las demás.

Los Estatutos de las corporaciones mercantiles estaban formados en un primer momento por los juramentos de los cónsules, que junto a las resoluciones de los Consejos (constituidos por lo comerciantes más ancianos) y de la asamblea son transcritos en volúmenes, sin otro criterio que el orden cronológico. Después, para poner algún orden se instituyó una magistratura especial, nombrada entre los mejores comerciantes que se llamaron *statutari*, con lo que los Estatutos ganaron sistemática<sup>30</sup>.

En un mundo caracterizado por multitud de fueros, la conquista de una jurisdicción propia, concedora del Derecho de los comerciantes era una de los principales objetivos a los que aspiraban los comerciantes, especialmente ante el desconocimiento del nuevo Derecho por la jurisdicción ordinaria de la época, de formación romano-canónica. Estos tribunales, que aparecen en principio ocasionalmente, adquieren luego permanencia, y a través de sus decisiones, jugarán un papel decisivo en la fijación y extensión del nuevo Derecho<sup>31</sup>. Los conflictos se resolvían atendiendo principalmente a la famosa *aequitas mercatoria* y a las costumbres de los comerciantes (*Verdad sabida y buena fe guardada*<sup>32</sup>),

---

<sup>30</sup> Como ejemplos tempranos y significativos de estos Estatutos, podemos citar a el *Breve Mercatorum* de Pisa (1316), los *Statuti dei mercanti* de Parma (1215), o los de Piacenza (1263), Brescia (1313), Roma (1318), Verona (1318) o Milán (1341). Muchísima más información y detalle en GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., pp. 128 y s., y pp. 134 a 137.

<sup>31</sup> Entre los más conocidos *consulatus maris* medievales del Mediterráneo cabe citar, en Italia, los de Pisa, Genova, Messina, Amalfi, Ancona y Trani, en Francia el de Montpellier, y en España los de Barcelona, Valencia, y Mallorca (GOLDSCHMIDT, *Storia universale...*, cit., pp 143 y s.).

<sup>32</sup> Expresión contenida, entre otros documentos históricos españoles (como son las Ordenanzas de Bilbao), en la Carta de los Reyes Católicos que establece el Consulado de Burgos, otorgada en Medina del Campo el 21 de julio de 1494, en la que declaran: «Por la presente damos licencia, y facultad, y jurisdicción á los dichos Prior, y Consules de los Mercaderes de la dicha Ciudad de Burgos..., para que puedan conocer, y conozcan de las diferencias, y debates, y pleytos pendientes... para que lo libre, y determinen breve, y sumariamente, según el estilo de los Mercaderes, sin dar lugar á luengas, ni dilaciones de malicia, ni plazos de Abogados; ... salvo solamente la verdad sabida, y la buena fe guardada como entre Mercaderes» (la cursiva es mía y la cita de DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, cit., p. 12). Sobre el significado de la *aequitas mercatoria*, GIRÓN TENA, «La codificación en general y, en particular la Mercantil como punto de partida», en *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986, pp. 34 y s., señala que tenía un aspecto procedimental básico (huir de las sutilezas, lentitudes, dificultades probatorias, intrincamiento de

aplicándose el Derecho común cuando no existía especialidad mercantil<sup>33</sup>. Su competencia es reconocida primero por los poderes públicos locales y después por los estatales allí donde van apareciendo. El ámbito de dicha jurisdicción se delimita por razón de la condición de comerciantes de las partes (criterio subjetivo), pero siempre que la litis estuviese referida al ejercicio del comercio (criterio objetivo; *causa mercantilis*), advirtiéndose una progresiva superación de criterios formales respecto de la concreción de la condición de comerciante a los efectos del sometimiento a la jurisdicción especial mercantil. Así, si en un principio resultaba decisiva la inscripción o matrícula en el gremio correspondiente para ostentar la condición de comerciante, posteriormente lo esencial era si se ejercía o no la profesión de mercader o comerciante, extendiéndose incluso el ámbito de esta jurisdicción a las relaciones entre comerciantes y quienes no lo eran, y era frecuente recurrir a la ficción de considerar comerciantes a las clases que no podían de derecho ejercer el comercio (nobles, clérigos y militares) pero que sí lo hacían de hecho<sup>34</sup>.

Pero, como decíamos, es imposible separar de estas fuentes a la *costumbre*, ya que precisamente sobre ésta se cimenta el resto de manifestaciones este originario Derecho mercantil, aunque no con igual intensidad en todo tipo de fuentes. Aun cuando las corporaciones de mercaderes colaboraban activamente

---

recursos, etc.; y que el procedimiento fuera, según el uso de los mercaderes, expeditivo y breve) y otro material (una defensa frente a la inadaptación de la técnica del Derecho común al tráfico).

<sup>33</sup> BERCOVITZ, «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, cit., p. 35. El Derecho común se usa para regular las relaciones extraprofesionales del comerciante y las relaciones comerciales que no tengan una regulación específica en el *ius mercatorum*, como lo demuestra el hecho de que los mismos estatutos corporativos se remitan a él como fuente subsidiaria de regulación de relaciones mercantiles (GALGANO, *Historia del Derecho mercantil*, cit., p. 50).

<sup>34</sup> Acerca de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del *ius mercatorum*, entre nosotros, GIRÓN, «El concepto de Derecho Mercantil...», cit., pp. 721 y 723; BERCOVITZ, *op. cit.*, loc. cit.; GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción...*, cit., p. 20; ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 23; y fuera, por todos, GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, cit., pp. 138 a 142; y GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 37. TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, cit., p. 354, señala que quizá el más temprano ejemplo de lo que se puede llamar concesión a una visión objetivista del Derecho y de la jurisdicción mercantil sea el privilegio concedido por Martín I al Consulado de Barcelona en 1401, que permitía que los cónsules barceloneses conocieran de todos los pleitos surgidos en Barcelona a propósito de contratos de sociedades, cambios y actos mercantiles realizados entre mercaderes o entre cualquier género de personas.



en el mantenimiento y fijación de los usos de comercio observados en cada plaza, incorporándolos en algunos casos en sus propios Estatutos, directamente o a través de las decisiones de jurisdicción consular que fallaba conforme a la equidad y a los usos (*secundum usum*); y la protección del comercio hizo que en determinados supuestos las autoridades civiles y municipales introdujeran los usos mercantiles observados en la plaza en los estatutos de las ciudades; lo que realmente contribuyó a la permanencia de estas costumbres fue su recopilación sistemática por las Corporaciones que transformó el Derecho consuetudinario oral en escrito.

Entre los primeros textos que recogieron el más antiguo fondo tradicional del Derecho consuetudinario comercial medieval, se conservan recopilaciones de Derecho marítimo (algo que no ocurre para el Derecho terrestre, lo que no significa que no existieran), se cuenta el *Constitutum usus* de Pisa dado en 1161 y la famosa *Tabla Amalfitana (Capitula et ordinationes curiae maritimae nobilis civitatis Amalphae; siglo XI?)*<sup>35</sup>. Pero estas fuentes, poco tienen que ver con la más madura y completa recopilación de costumbres conocidas como *Costums de la Mar*, contenidas en el *Llibre del Consolat de Mar* (siglo XIII?)<sup>36</sup>, principal fuente

---

<sup>35</sup> Durante mucho tiempo se dudó de la existencia de esta compilación de costumbres marítimas, hasta que en 1844 se descubrió un ejemplar en la Biblioteca de Viena (sobre el origen de la tabla y final de la ciudad a manos de los pisano *vid.* LORENZO BENITO, *Ensayo de una introducción al estudio del Derecho mercantil*, cit., pp. 79 y s.).

<sup>36</sup> El Libro del Consulado del Mar es una recopilación de textos relacionados con la actividad marítima y comercial. Hay quien considera que dicha compilación se llevó a cabo en Mallorca por un notario del consulado de aquella ciudad, llamado Huguet Borrás hacia 1345 (TOMÁS y VALIENTE, *op. cit.*, p. 356). La edición de Celedes publicada en Barcelona en 1494, que se considera su texto definitivo, se compone de las normas judiciales o de procedimiento (Cap. I-XLIII), un capítulo dedicado a los cargamentos de Alejandría (Cap. XLV); de las costumbres del mar, que son un conjunto de capítulos que sirven para resolver los litigios (Cap. XLVI-CCCXXXIV); los capítulos del rey Don Pedro sobre cuestiones marítimas dictadas en 1340, que son normas sobre la navegación; y Ordenanzas que conciernen al corso y a la armada. Posteriormente se va añadiendo nuevos textos y documentos al Libro, entre los que destaca las Ordenanzas sobre seguros marítimos dictadas por los magistrados municipales de Barcelona, ya incluidas en la edición de 1484. La primera edición de las *Costums de la Mar* se fecha —aunque no está determinada— a mediados del siglo XIII y parece que tuvo un claro reflejo en otras recopilaciones de la época, como fue el *Llibre de las costums de Tortosa* de finales de dicho siglo.

FONT RIUS, «La Universidad de prohombres de Ribera de Barcelona», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, EDERSA, 1981, pp. 231 y s., al negar la influencia de las Ordenanzas de la Ribera (1258) en las Costumbres de Mar cita referencias documentales de contratos comerciales *ad usum maris* o *ad udum et consuetudinem*

del Derecho marítimo medieval de gran difusión en espacio (aplicándose como Derecho en las principales plazas mercantiles marítimas europeas del Mediterráneo e incluso en el Mar del Norte) y tiempo, ya que su observancia se prolongó hasta el siglo XVIII<sup>37</sup>. En la costa Atlántica cumplió un papel similar los *Rooles de Oleron* (siglo XIII?), que rigió en el litoral del norte de España donde se conocía como *Leyes de Layron*<sup>38</sup>.

De otro lado, están las fuentes que emanan de los poderes públicos representados en las instituciones de la ciudad, de los señores feudales o de los Estados que se van conformando y que se manifiestan en los primeros cuerpos legislativos<sup>39</sup>. En este periodo, estas fuentes se caracterizan por ser escasas, confusas y fragmentarias y se concretan en normas cuya finalidad estriba fundamentalmente en el mantenimiento de las condiciones objetivas del tráfico, como son las normas sobre ferias y mercados —tendientes a asegurar el abastecimiento de pueblos y villas—, o sobre precios y monedas, que pueden considerarse un antecedente lejano del actual Derecho de la economía.

Pero no podemos desconocer lo limitada de la distinción entre el Derecho público y Derecho autónomo de los comerciantes, ya que la producción autónoma

---

*maris* desde 1231, encontrados por GARCÍA SANZ («Estudios sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIX, 1969, pp. 220 y s.), considerando muy razonable que esta expresión sea una referencia precisa a las *Costums de Mar*. La edición utilizada por nosotros del Libro del Consulado del Mar es la traducción de Parellada, Madrid, 1955 (la cita en pp. 16 y s.). Aunque la versión más antigua que se conserva del Libro del Consulado está hecha en Valencia a mediados del siglo XIV, el núcleo primitivo de las costumbres del mar, eje central de dicho texto, parece que fue redactado un siglo antes en Barcelona. Sobre su origen volveremos más tarde.

<sup>37</sup> En palabras de GOLDSCHMIDT, tuvo tal difusión que en la práctica funcionó como *Derecho común* en toda la Europa marítima, especialmente en su redacción en italiano (*Storia universale del diritto commerciale*, cit., p. 166).

<sup>38</sup> También se le conoce por *Juicios de Oleron*, al presentarse sus decisiones en forma de casos prácticos que terminan con esta fórmula: «este es el juicio en este caso». Sobre su origen y contenido LORENZO BENITO, *Ensayo de una introducción al estudio del Derecho mercantil*, cit., pp. 102 a 105; y GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, cit., p. 177.

<sup>39</sup> Por ejemplo, disposiciones de contenido mercantil se encuentran en el Fuero Real (1254-55) con normas sobre la contratación y sobre los intereses sobre los préstamos (lib. III) y que contaba con dos leyes marítimas referentes a las mercancías caídas por naufragio u otras averías y a la echazón (lib. IV); y sobre todo en las Siete Partidas (1256-63) de Alfonso X, especialmente en la V dedicada al Derecho contractual. Sobre el contenido mercantil de éstas y otras normas generales de la España medieval *vid.* RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit, pp. 283 y s.

de los mercaderes, especialmente en la concesión de funciones jurisdiccionales muchas veces estaba precedida de una concesión real. A su vez, las relaciones estrechas del poder municipal con las corporaciones de comerciantes, a las que ya hicimos referencia, hacen difícil distinguir las ordenanzas de las corporaciones de los Estatutos de las ciudades<sup>40</sup>.

Y por ejemplo, en España los consulados fueron todos de creación regia, ya que le interesa a los monarcas el fomento del comercio y por esta razón se le confieren privilegios. Precisamente una de las principales diferencias existentes entre el Derecho corporativo del levante español y el italiano es la influencia de las autoridades reales y municipales en el desarrollo de la actividad consular, con una potestad autonormativa mucho menos acusada<sup>41</sup>. En este sentido, no se dio entre nosotros la pretendida coincidencia entre cuerpo de mercaderes y jurisdicción consular y me parece sobrevalorada la importancia dada al corporativismo medieval español<sup>42</sup>. No obstante, es innegable que aunque los consulados en

---

<sup>40</sup> Esta confusión se entiende por el predominio absoluto en las ciudades medievales de la clase mercantil, hasta el punto de que en las propias fuentes se utiliza el término *burgués* como sinónimo de *mercader*- y que en los Estatutos que rigen las ciudades, cuyas más altas magistraturas son ocupadas por los grandes mercaderes, se reproducen muchas de las disposiciones del *ius mercatorum*, con lo que se le aplica a la mayoría de los ciudadanos (RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 273 y s.; y GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción...*, cit., p. 19).

<sup>41</sup> GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, cit., p. 167. Para este autor (*op. cit.*, p. 165), el Consulado de Valencia estaba más controlado por la autoridad real que el de Barcelona; pero para RUBIO (*op. cit.*, loc. cit.), el de Valencia, conservó su independencia radical respecto a la ciudad, mientras que el de Barcelona no pudo librarse de la injerencia de las autoridades municipales.

<sup>42</sup> Como señala RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, pp. 88 a 90, al que sigo en esta cita, el reconocimiento pleno de las corporaciones de comerciantes con su jurisdicción privativa no se realiza en Castilla hasta la llegada de las ideas y el comercio flamenco a partir de los Reyes Católicos: la corporación de mercaderes de Burgos se reconoce en 1494 y la de Bilbao en 1511. Pero incluso en el litoral mediterráneo tampoco ambos aspectos van indisolublemente unidos, ya que, por ejemplo, en Barcelona un Consejo de prudentes (*probis homines*), de signo gremial y corporativo, se encargaba desde 1258 de ordenar y administrar el puerto de dicha ciudad, pero lo hacía por privilegio concedido por Jaime I. Esta asociación fue posteriormente absorbida por un consulado marítimo directamente dependiente del municipio barcelonés, que era quien elegía a los cónsules —FONT RIUS, *op. cit.*, p. 237, señala hacía 1280 la fecha de dicha absorción—; hasta que finalmente se crea el Consulado como tal en 1348 por el Rey Pedro el Ceremonioso, bajo la estructura ensayada anteriormente en Mallorca.

De éste es la frase cuando reorganiza el Consulado del Mar en Valencia en 1362, respecto al hecho de que lo conformen comerciantes y hombres de mar que «la medicina és cosa del metges, de les coses fabrils que se n'ocupin els obrers». La constitución por prerrogativa real es un hecho también en el resto de los consulados del Reino de Aragón: en 1283 se crea el de

España fueran creados vía regia, la elección de sus cónsules y el Derecho que se crea es autónomo, hecho por y para los mercaderes.

Todo esto se percibe en las fuentes, con una gran diversidad de formas externas de delimitación y de formulación del Derecho Mercantil de la época, en las que convivían, por ejemplo, el Derecho marítimo cerrado del Consulado del Mar, que se diferenciaba considerablemente en el tratamiento formal del Derecho especial de un cuerpo de Derecho de la ciudad de carácter predominantemente mercantil pero no exclusivo, como el *Constitutum usus* de Pisa, o también de los numerosos Estatutos que se conservan de Corporaciones italianas de comerciantes o el libro del Derecho de la ciudad de Augsburgo, con numerosas prescripciones de Derecho mercantil público; que a su vez difieren de los Códigos especiales de Derecho mercantil como el *Statute of Acton Burnell* y el *Statute de mercatoribus* del rey inglés Eduardo I<sup>43</sup>. Pero en todo caso es innegable que era un Derecho autónomo de producción, porque estaba hecho directa o indirectamente por los comerciantes. Comerciantes eran los Cónsules que debían deducir los juicios de la experiencia cotidiana de los negocios; comerciantes eran los estatutarios en los que estaba delegada la compilación y la revisión de los Estatutos; de comerciantes estaba compuesta la asamblea general que debía aprobarlos. Así pasaba el Derecho de los contratos a las costumbres, de estas a la ley y a las sentencias, por obra de aquellos mismos que las habían experimentado en la práctica de los negocios<sup>44</sup>.

Ahora bien, con independencia de estos datos, la matriz del Derecho mercantil hay que buscarla propiamente en la organización y en la actividad normativa y de administración de justicia de estas Corporaciones. El punto de partida para la formación del Derecho mercantil de las Corporaciones se

---

Valencia por Pedro el Grande; en 1326 se crea el de Mallorca por Felipe de Mallorca, tutor de Jaime III, que posteriormente es confirmado por Pedro el Ceremonioso en 1343. Como vemos la intervención de la autoridad pública es una constante en la creación de los Consulados en nuestro país.

<sup>43</sup> HEYMANN, *Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht*, 1932, p. 12, cit. por GIRÓN, *op. cit.*, p. 721.

<sup>44</sup> Las palabras son ahora de VIVANTE, *Tratado de Derecho mercantil*, vol. I, cit., p. 24.

encuentra no en sus normas escritas (que aparecen en una época posterior), sino más bien en los usos del comercio, esto es, en las costumbres creadas por el comportamiento de los mismos mercaderes interesados, que funcionaban como instrumento elástico y práctico de integración, de corrección y también de sustitución, del rígido y poco manejable Derecho común. Aun antes de que estas costumbres fueran recogidas por escrito en normas estatutarias o a través de decisiones consulares, se observa en el conjunto de las normas una cierta organicidad, en función de principios o, al menos, de tendencias comunes de los mercaderes, inspiradas por la seguridad, por la tutela de la buena fe y de la confianza, por la seguridad del crédito, por la libertad de los cambios, por el rigor en el cumplimiento de las obligaciones y de los contratos y por la separación de estos últimos de las formas rígidas del Derecho común.

Con ocasión del estudio de las fuentes cabe destacarse como segunda nota esencial el proceso de unificación internacional del Derecho mercantil medieval, y que se va produciendo a través de los intensos contactos y continuos intercambios mantenidos por los comerciantes de las diferentes regiones de Europa, sobre todo en mercados y ferias, en las que va desenvolviéndose un Derecho propio que se aplica a los que allí concurren. A esto contribuye la coincidencia de necesidades y circunstancias económicas y sociales, que da lugar a una copia de instituciones jurídicas, hecho que se percibe claramente en las compilaciones de usos que pasan a los Estatutos corporativos directamente o a través de las decisiones judiciales, y como éstos pasan de una corporación a otra tenemos un Derecho muy uniforme<sup>45</sup>. Por otra parte, las corporaciones exigen la aplicación de su Derecho allí donde comercian sus miembros, y así se constituían delegaciones administradas por Cónsules, que gracias a los privilegios obtenidos con Tratados internacionales ejercían una autoridad disciplinaria y judicial en las controversias comerciales de sus conciudadanos y de los extranjeros que recurrían a su Tribunal, lo que conllevaba la transmisión del Derecho propio que es tomado como ejemplo en

---

<sup>45</sup> No obstante, no se debe exagerar esa uniformidad, como demuestra el hecho de que STRACCA en pleno siglo XVI planteara el conflicto entre distintos *statuta mercatorum* (GONDRA, «La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho internacional», *RDM*, nú., 127, 1973, p. 20).

muchos lugares. Así, el carácter personal y de clase de este Derecho ligado a la condición social de la persona, aunque parezca contraria a la idea de unificación, la favoreció por exigencias del propio comercio y por el carácter cosmopolita de la clase mercantil<sup>46</sup>.

### 2.1.3. Concepto de Derecho mercantil

Al carácter uniforme del Derecho Mercantil en sus orígenes, corresponderá también en este período una unidad respecto de su concepción como un Derecho de base personal, referido a los comerciantes por razón de su oficio o profesión. En este sentido se habla generalizadamente de un sistema subjetivo de delimitación de la materia jurídico-mercantil, definiéndosele como un Derecho profesional de los comerciantes en su tráfico<sup>47</sup>. La base en dicho sistema, es la persona del comerciante la que atrae la aplicación de la normativa y la jurisdicción especial. En consonancia con la estamentización social de la época es el Derecho Mercantil en este período es un Derecho personal, de status o de clase, creado *para* y normalmente *por* un estamento social determinado, que nace en conexión con el resurgimiento del comercio y que, por tanto, encuentra en el comerciante su centro de referencia.

La noción del comerciante va unida indisolublemente al ejercicio profesional de la actividad comercial. La actividad comercial se concretaba, fundamentalmente, en la compraventa de mercancías y desde el punto de vista histórico es innegable la correlación existente entre comercio y compraventa, como demuestra la propia etimología de la palabra *comercio* (el vocablo latino

---

<sup>46</sup> GARCÍA VILLAVERDE, *op. cit.*, p. 3775. En España, por ejemplo, el Fuero Juzgo permitía ya al comerciante de *ultra portos* litigar conforme a sus leyes y ante sus propios jueces; y en las Partidas se establecía que fueran puestos juzgadores *en los puertos y lugares ribereños del mar*, para que librasen *llanamente* los pleitos entre mercaderes (LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, t. I, cit., p. 136).

<sup>47</sup> Entre otros, GIRÓN, «El concepto del Derecho Mercantil...», cit., pp. 718 y ss.; y *Apuntes de Derecho Mercantil*, cit., p. 13; GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción*, cit., pp. 11, 52 y s., y 118 y ss.; y ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 13.

*commercium*, deriva de *cum* y *merx*, que guarda relación con el acto mismo de comprar, pues *merx* significa en Derecho romano la cosa objeto del contrato de compraventa)<sup>48</sup> y que los autores, durante años, identificaran al comercio con el contrato de compraventa<sup>49</sup>. Ahora bien, para el desarrollo de la actividad comercial se requieren también otras operaciones, como el transporte, al que se liga la aparición de las letras de cambio trayecticio y del contrato de seguro para la cobertura de los riesgos de pérdida de la mercancía, y paulatinamente se hace necesario la colaboración entre comerciantes, formas de intermediación en la contratación, surgen las compañías, los representantes y auxiliares, etc., con lo que el comercio, o mejor dicho, la materia comercial se extiende espectacularmente y, en un primer momento, al no haber especialización por ramas todo se considera actividad comercial.

Así, el Derecho mercantil, como Derecho de los comerciantes, es un Derecho *subjetivo*. No obstante, se trata de un subjetivismo objetivado o relativo, en cuanto que es un Derecho que no se aplicaba a todas las relaciones en que intervenía el mercader, sino exclusivamente a aquellas que tuvieran su origen en el tráfico mercantil (*ratione mercaturae*). Así no se puede simplemente hablar del *ius mercatorum* como un derecho de los comerciantes, ya que al comerciante se le aplican un conjunto de normas que exceden de ese Derecho, y por eso, en la definición debe necesariamente aparecer la referencia a *su tráfico*, porque éste —el comercio y su organización— y no las personas que lo realizan es lo relevante<sup>50</sup>. De esta manera el Derecho mercantil se presenta en esta época como un Derecho especial referido a los comerciantes por razón de su oficio o profesión.

---

<sup>48</sup> GARRIGUES, «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil», cit., p. 43, que además apunta que la traducción literal de la palabra comerciante en alemán (*Kaufman*) significa *el que compra*.

<sup>49</sup> GARRIGUES, *op. cit.*, loc. cit., en este sentido cita a Ulpiano, Graciano, Stracca y Scaccia. Para nuestro HEVIA BOLAÑOS, *mercaderes* son los que compran y venden las mercaderías (mayormente en mercados) por ganar en ellas (*Laberinto del comercio*, Cap. I, Libro Primero -- *Comercio terrestre*-- del *Segundo Tomo*, núm. 3., p. 262. La edición utilizada es la hecha en Madrid en 1797; Ed. Facsímil, Valladolid, 1989).

<sup>50</sup> GIRÓN, *op. cit.*, pp. 720 y ss.

Desde esta perspectiva, se justifica la expansión de la jurisdicción especial mercantil de un lado a quien ejerciera de hecho el comercio aunque no estuviese matriculado, con la ficción de considerarlo comerciante, en una superación del mero criterio formal originario empleado en la delimitación del concepto de comerciante y, de otro, a las relaciones entre comerciantes y no comerciantes por asuntos mercantiles (*causa et occasione mercaturae*), es decir, a lo que hoy se califican como *actos mixtos*<sup>51</sup>.

El carácter del Derecho Mercantil en sus orígenes como Derecho personal, de status o de clase, delimitado, por tanto, conceptualmente con base en un sistema subjetivo, hace cuestionarse la consideración de este Derecho como privilegiado. Al respecto, puede afirmarse, por una parte, que las instituciones del *ius mercatorum* en general son más rigurosas que las del Derecho civil, como consecuencia de las exigencias y necesidades del tráfico profesional en el que encuentran su origen y justificación (especialidades contractuales, la exigencia de la contabilidad, las normas sobre cumplimiento de las obligaciones —particularmente la regla de la solidaridad en la responsabilidad, el tratamiento de la quiebra, etc), que lo aleja de ese supuesto carácter privilegiado; y, por otra, que se trata de un Derecho especial no por razón del sujeto al que se aplica (comerciante), sino por razón de la materia regulada, esto es, el comercio y los intereses comerciales, a los que responden los principios de máxima libertad, onerosidad, movilidad, rapidez, seguridad y protección del tráfico<sup>52</sup>.

#### **2.1.4. Contenido del Derecho mercantil**

La gran mayoría de las instituciones mercantiles modernas tienen su origen en las reglas y prácticas comerciales desarrolladas en la Edad Media en

---

<sup>51</sup> GIRÓN, *op. cit.*, pp. 721 y s.; GARCÍA VILLAVERDE, *op. cit.*, p. 3776; y ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 23.

<sup>52</sup> LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, t. I, cit., p. 118; GIRÓN, *op. cit.*, pp. 721 y s.; y GARCÍA VILLAVERDE, *op. cit.*, p. 3776



las grandes ciudades marítimas, sobre todo las italianas. Las instituciones del *ius mercatorum* encuentran su origen y justificación en las propias exigencias del tráfico a veces sin paralelo en el Derecho común o civil (Registro de comerciantes, marcas, formas asociativas peculiares, contabilidad, etc.) y, en ocasiones, con un trato distinto de instituciones civiles paralelas que se muestran insuficientes y se hace necesario excepcionar el régimen común cuando se utilizan para el comercio (como ocurre en el Derecho de obligaciones y contratos) pero, en todo caso, configurándose de manera progresiva a medida que dichas exigencias se van manifestando.

El contenido de este primigenio Derecho mercantil contiene una serie de instituciones de índole muy diversa, que podemos clasificar siguiendo criterios actuales, y dejando aparte la existencia de un *Derecho corporativo* que atiende a las necesidades de las organizaciones de los comerciantes (disposiciones disciplinarias, de organización, etc.), en aquellas pertenecientes al *Derecho de la economía* y aquellas del *Derecho mercantil privado*<sup>53</sup>.

Las primeras, las normas del Derecho de la economía, son consecuencia de la intervención en la actividad comercial, esencialmente por parte de los poderes públicos que consideran el comercio como una actividad de interés público (así hay un control de precios, de pesos y de medidas en las normativas especiales sobre ferias y mercados, y normas relacionadas con el abastecimiento de las ciudades<sup>54</sup>), y por parte de las propias asociaciones de comerciantes (con controles, entre otras cosas, de la producción, de la calidad y precios de los productos). Aunque se limitaba el acceso al mercado al restringirlo a los miembros de la clase mercantil y se monopolizaba la comercialización de los productos locales, curiosamente en esta época encontramos las primeras manifestaciones de

---

<sup>53</sup> Distinción que hace GIRÓN, *op. cit.*, pp. 717 t s.; y después GARCÍA VILLAVARDE, *op. cit.*, pp. 3775 y s.

<sup>54</sup> Por ejemplo, era normal regular el *derecho de etapa* o *estadía*, por el que los mercaderes que atravesasen una ciudad o pasen junto a ella, estaban obligado a depositar sus mercancías y exponerlas para la venta; o el *derecho de trasbordo*, por el que las mercancías transportadas debían ser cargadas en vehículos de los vecinos de la ciudad de etapa; o la imposición de uso a los comerciantes de las vías principales, con lo que se le obligaba a pasar por la ciudad (REHME, *op. cit.*, p. 124).

un *Derecho de la competencia* con la existencia de normas antimonopolio<sup>55</sup>. Así, por ejemplo, se prohibía la acumulación innecesaria de bienes para crear una escasez artificial que alterase directamente los precios del mercado, o se consideraba ilegal el *grocer* (que suponía la compra anticipada de mercancías y su retirada del mercado hasta que su precio subiese) y las compras *antes de la tienda* (es decir, comprar las mercancías antes de que llegasen al mercado para venderlas después obteniendo un beneficio)<sup>56</sup>.

En cuanto las instituciones que podríamos llamar del Derecho mercantil privado en este primer período en la historia del Derecho mercantil, cuyo término inicial podría situarse a principio del siglo XII, se desarrollan los institutos que todavía son considerados característicos del Derecho mercantil y lo hacen muy ligados al mercado y al intercambio. Este período tuvo una capacidad de génesis institucional sin parangón en la historia, y creemos conveniente comentar –aunque muy sucintamente– alguna de las instituciones jurídico-mercantiles que se crean.

El contrato mercantil por excelencia es la compraventa, que las fuentes denominan *mercatura* o *negotatio*, y aunque regulada de un modo uniforme, presenta dos modalidades distintas: la adquisición, cuyo objetivo es la reventa (acto de cambio entre el artesano-productor o el campesino-productor y el comerciante); y la reventa propiamente dicha (acto de cambio entre el comerciante al por mayor y otro comerciante y los cambios entre el comerciante detallista y los consumidores)<sup>57</sup>.

Si en un primer momento los comerciantes se caracterizan por su falta de especialización y por la autosuficiencia familiar para llevar a cabo sus negocios, el

---

<sup>55</sup> En Italia, los estatutos de muchas ciudades medievales contenían cláusulas que prohibían las asociaciones constituidas para alterar los precios del mercado y en Florencia en 1293 se prohibían todas las «conspiraciones, monopolios, ligas y pactos» que intentasen manipular los precios. Sobre los monopolios de los que gozaba la clase mercantil en la Edad Media y del control político de la producción *vid.* GALGANO, *Historia del Derecho mercantil*, cit., pp. 42 a 44.

<sup>56</sup> Desde mediados del siglo XIII, las regulaciones que prevenían estas estrategias se incluían a menudo en los estatutos de las corporaciones o de las ciudades, y por ejemplo en Inglaterra esta prohibición se convirtió en ley real (WOOD, *El pensamiento económico medieval*, cit., pp. 196 y s.)

<sup>57</sup> GALGANO, *op. cit.*, pp. 53 a 56, explica los detalles jurídicos de estos distintos tipos de intercambios.

desarrollo del comercio irá creando nuevas necesidades que culminarán en un proceso de especialización de funciones, con la consiguiente ampliación de la tipología de comerciantes (transporte, seguro, banca) y del sector de colaboración con el comerciante. Conforme se produce el proceso de extensión de la actividad del comerciante se hace necesaria la ampliación del negocio lo que lleva a fórmulas asociativas (commenda primero, sociedad general de mercaderes después<sup>58</sup> y finalmente la sociedad en comandita<sup>59</sup>) y a la utilización de auxiliares

---

<sup>58</sup> Esta forma asociativa nace en la Edad Media como forma evolutiva de las comunidades hereditarias familiares que continuaban la explotación del comercio paterno y, por eso, en un principio unía exclusivamente a personas ligadas por vínculos de sangre. Como señala GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 214, en su origen estas sociedades se componían de la misma familia que se sentaba alrededor de la misma mesa y comían el mismo pan, y de ahí formulas como «dos hombres en una casa que comen un mismo pan» o «el mismo pan y el mismo vino y gastos no separados» (de *cum-panis* deriva el nombre de *compañía*). Si bien se discute la influencia de la comunidad de mano común germánica (*gesamte Hand*) en la configuración de la institución, es mayoritaria la opinión que considera que estas sociedades surgen ante la inoperabilidad de la *societas* de tipo romano, caracterizadas por un rígido individualismo inadecuado para un sistema económico de intercambios, en concreto cuando por impulso de las corporaciones artesanas asume una particular fisonomía en el ámbito de las especulaciones comerciales. Posteriormente se extiende el círculo de la parentela y llegan a asociar a personas de fuera del círculo familiar, pero conservan el nombre de la familia del fundador (por ejemplo, la sociedad de los Peruzzi o de los Alberti en Italia, o la de los Fugger en Alemania) y continúan constituyendo una comunidad de trabajo entre pocas personas unidas por estrechas relaciones de confianza mutua. La razón de la extensión del vínculo asociativo a extraños fue la propia fuerza expansiva de la vida de los negocios comerciales de la época, en busca, por ejemplo, de una extensión geográfica justificada por el interés creciente en el tráfico interlocal e internacional y por la consiguiente necesidad de recursos financieros y de personal (*vid. GIRÓN, Derecho de sociedades, cit.*, p. 376). La *compañía* medieval se distingue históricamente de la antigua comunidad familiar y del tipo de la *societas* por tres notas: la finalidad de lucro, el régimen de responsabilidad solidaria de sus miembros y por el ejercicio de la empresa bajo un nombre propio; notas estas dos últimas debidas en gran medida al rigor técnico que exige el tráfico mercantil que separa al Derecho mercantil del común y que paulatinamente es configurada por la práctica comercial y a la costumbre mercantil que se va expresando en las fórmulas contractuales y en las decisiones de los Tribunales especiales. Esta transición del Derecho de familia (un núcleo familiar, un espíritu fraternal y sin la existencia de un contrato expreso) al Derecho de obligaciones (sociedades formadas sobre base contractual, con ánimo de ganancia la individualización jurídica de las sociedades con una razón social o firma), y de la originaria universalidad de la comunidad familiar a la progresiva especialización comercial de las sociedades colectivas, concluye en la mercantilidad de estas sociedades por objeto de la actividad y no, como en un principio, por ser comerciantes sus miembros.

<sup>59</sup> Más controvertido es el origen de la sociedad comanditaria o en comandita que aparece al final de la Edad Media con sus rasgos propios. Para una parte importante de la doctrina, la sociedad comanditaria tiene su origen en la *commenda* medieval, tesis que se apoya, entre otros argumentos, en la etimología de la palabra. Recordemos que éste es un instituto desarrollado en los albores del medioevo, especialmente en el ámbito marítimo, para eludir las prohibiciones de la usura, por el que un capitalista (*commendator, socius stans*) presta dinero, mercaderías o el propio barco, a un tratante o portador (*commendatarius, tractator, portator*) que pone a trabajar el capital o trafica con él, con el fin de obtener beneficios en los que participa aquél. Pues bien, se dice que cuando la asociación de personas que participan en el contrato se dé a conocer a

como el factor, dotados de apoderamiento, especialmente cuando se ejerce entre plazas distantes. Y en la organización del tráfico comercial a las formas de contabilidad y a la aparición de las marcas y signos distintivos, y la matrícula de comerciantes se convertirá en Registro con efectos materiales de publicidad<sup>60</sup>.

Paralelamente, con el desarrollo de la tipología de comerciantes aparecen las peculiaridades en materia de obligaciones y contratos, adaptándose los esquemas contractuales del Derecho común a las nuevas necesidades del tráfico, y por ejemplo en la compraventa mercantil (*negotiatio*) se atenúan los requisitos de formales; se facilitan la adquisición de bienes genéricos; se exigen más enérgicos y rápidos sistema de tutela en el caso de incumplimiento, etc.

En esta época la necesidad de crédito por los comerciantes tiene que convivir con las leyes canónicas y la prohibición de la usura, que limitaba en gran medida su desarrollo. De la prohibición estricta de intereses, cuyo punto culminante es la publicación de los famosos Decretales del Papa Gregorio IX en el siglo XIII —en las que tuvo un papel muy activo nuestro patrón Raimundo de Peñafort—, que en la práctica se eludía de muchas maneras (mediante el *préstamo ficticio*, en el que la cantidad que aparecía en el contrato era mayor que la que se prestaba, o con los *contratos por venta*, en el cual un contrato de préstamo se disimulaba apareciendo en los registros en forma de venta) se pasó en el siglo XIV a multar a los usureros, que en realidad se convirtieron en cuotas a cambio de las cuales los usureros quedaban absueltos.

También aparecen y se desarrollan nuevas figuras contractuales, como el contrato de transporte o el contrato de seguro, primero en el ámbito marítimo y después en el terrestre. Tomando como ejemplo la génesis del contrato de seguro,

---

terceros nace la sociedad en comandita (y cuando esta existencia de colaboración no es conocida se produce la *sociedad oculta* o *cuentas en participación*). Esta tesis patrocinada por GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 203, choca con la dificultad de explicar cómo el capital de uno se convirtió en patrimonio común y cómo se estabilizó contractualmente ese vínculo. Algunos autores, en cambio, consideran que la sociedad comanditaria es una desviación de la sociedad colectiva, bien por la progresiva incorporación al régimen de comunidad de las aportaciones financieras inicialmente obtenidas por otro título (depósito, préstamo) o bien por cambio en comanditarios de los herederos de un socio colectivo que continúan en la sociedad. Sobre la cuestión *vid.* GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., pp. 528 y s.

<sup>60</sup> Con detalle sobre todo esto REHME, *op. cit.*, pp. 80 y ss., y 128 y ss.

éste lo encontramos en el ámbito marítimo en Italia, como una desviación del *préstamo a la gruesa*, motivada por las prohibiciones canónicas que calificaban a éste de usurario por los intereses cobrados (*usurae maritimae*), que eran notablemente superiores a los normales y sin limitaciones<sup>61</sup>. Para eludir las terminantes procripciones eclesiásticas sobre la usura, se intentó dar al contrato de préstamo a la gruesa una apariencia de licitud que finalmente desembocó en una nueva institución: el contrato de seguro marítimo, que vino a sustituir a la cobertura de los riesgos propios de la expedición marítima que se realizaba por el préstamo a la gruesa; y la prima del seguro, precio de cobertura del riesgo, a los intereses remuneratorios, con lo que se eludía la prohibición de la usura<sup>62</sup>.

El banquero medieval esencialmente realizaba dos tipos de operaciones que le reportaba grandes beneficios: el cambio de monedas y el cambio trayecticio. A los pagos entre plazas lejanas, y por ello con cambio de moneda, sirve una nueva institución: la letra de cambio. La causa de su nacimiento era evitar los peligros y molestias del transporte de numerario de un lugar a otro en el

---

<sup>61</sup> En la famosa Decretal de Gregorio IX (Lib. V, Tít. IX, Cap. XIX) se decía: «*Naviganti vel eunti ad nundinas, certam mutuans pecuniae quantitatem pro ea quod suscepti in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem usurarius est censendus*».

<sup>62</sup> La doctrina italiana de la época pretendió justificar la naturaleza jurídica del contrato de seguro, sin perder de vista la tradición del Derecho romano. Al principio (a mediados del siglo XIV), se consideró al seguro como un *mutuo condicionado*, en el sentido de que el asegurador simulaba haber recibido un préstamo, cuya obligación de reembolso era resuelta en el caso de feliz llegada; y a la inversa, el importe del seguro (que simulaba un préstamo) era pagado al ocurrir el infortunio. Pero al formularse el seguro como un mutuo, la prima a favor del asegurador representaba el interés cobrado, lo que colisionaba de nuevo con la prohibición de la usura. Posteriormente (desde el último cuarto del siglo XIV a principios del siglo XV), el contrato de seguro se articuló en la práctica como una *compraventa bajo condición resolutoria*, mediante un procedimiento de ficción que suponía vendidos por el asegurado al asegurador el buque y la carga, pero con la obligación del asegurador de pagar el precio sólo en el caso de naufragio o avería, es decir, se vendía la cosa asegurada bajo condición resolutoria de salvo arribo. Como remuneración del riesgo que el supuesto comprador (asegurador) corría, el vendedor (asegurado) debía pagarle una suma fija. Esta tesis sirvió de transición a la definitiva, en la que el contrato de seguro se asume como una institución nueva, en la que no se transfieren las cosas expuestas al riesgo sino que el asegurador asume el riesgo que recae sobre las cosas aseguradas, y la prima es la contrapartida a la cobertura de dicho riesgo *vid.* la descripción del desarrollo del seguro marítimo a partir de la prohibición del préstamo a la gruesa por usurario, y las diversas justificaciones de la naturaleza jurídica del seguro en la clásica obra de GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, cit., pp. 281 a 283; y BRUNETTI, *Derecho Marítimo Privado. (Parte histórica – De los buques)*, t. I., cit., pp. 198 a 201.

momento de hacer frente a los pagos internacionales con sus documentos, y posteriormente se utilizaría para realizar operaciones de crédito, eludiendo la prohibición de pactar intereses. Los primeros documentos se remontan al siglo XII, y en el siglo XIV se da su afirmación definitiva al no exigirse ya la redacción notarial originalmente exigida y al unificarse todos los documentos en uno<sup>63</sup>.

También en la Italia medieval aparece la institución de la quiebra, como procedimiento concursal específicamente ideado para el tratamiento del problema de la situación de insolvencia del comerciante, en el que los propios acreedores participan activamente en su resolución, caracterizado por agilidad y flexibilidad, pero también por su rigor habiendo drásticas medidas represivas contra el comerciante<sup>64</sup>.

### 2.1.5. Fuentes doctrinales

En cuanto a las fuentes doctrinales hay que destacar que estamos ante un Derecho de formación eminentemente espontánea y popular, a la que no presta atención la doctrina jurídica culta de aquel tiempo, que se vuelca sobre el

---

<sup>63</sup> Sobre el origen y evolución de la letra de cambio *vid.* ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, cit., pp. 40 a 43. La Orden de los Templarios, fundada en 1118 con el nombre de *Orden de los Pobres Caballeros de Cristo y del Templo de Salomón*, tuvo una actividad financiera muy notable hasta su disolución en 1307, y los *Pobres Caballeros de Cristo* no eran tan pobres, y funcionaron de facto como una banca internacional y casa de cambio, y entre otros instrumentos usaron muy frecuentemente letras de cambio.

<sup>64</sup> GALGANO, *Lex mercatoria*, cit, p. 52 y s., señala que la grave represión penal y las infamantes consecuencias personales de la quiebra, muestran el precio que estuvo dispuesto a pagar la clase mercantil para adquirir crédito y gozar de la confianza del mercado. En el reparto del patrimonio, una de las mayores novedades frente al criterio jerárquico en el pago de créditos y de la regla de *prioratis tempore* del Derecho común fue acudir al criterio de la proporcionalidad en el reparto del activo del deudor y al principio de *par conditio creditorum*, esto es, que a los acreedores se les pagaba con el producto de la venta de los bienes del deudor de acuerdo al valor de sus respectivos créditos y, en principio, tratando de manera igual a todos los acreedores de un mismo tipo. Pero de forma casi inmediata los estatutos italianos empiezan a contener excepciones a la regla del reparto proporcional con la existencia de créditos privilegiados, como generalmente eran los de la dote para la mujer del deudor y los del fisco. A pesar de la expansión del procedimiento de quiebra por Europa, se duda hasta que punto penetró en el Derecho castellano, donde se percibe una evolución peculiar de los procedimientos concursales. Sobre ésta y otras cuestiones relacionadas con el origen de la quiebra *vid.*, por todos, GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 209 a 227.

cultivo del Derecho romano y canónico —glosadores y posglosadores— y poco se ocupa de este *ius mercatorum* salvo para reflejar la constante preocupación moral de la época por el ejercicio de la actividad comercial y de las prescripciones canónicas de la usura. Por citar alguna obra, destacamos la conocida *Prattica della mercatorum* de BALDUCCI PEGOLETTI (1343), orientada a facilitar el aprendizaje del oficio de comerciante.

## 2.1. EL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MODERNA. LA ETAPA PRECODIFICADORA

**«Tres motivos tuvo mi ingenio para tejer estos diálogos, que espero granjeen el título de curiosos. El primero, entretener el ocio con algún deleite que no desdore lo modesto. El segundo, describir (para los que no lo ejercitan) un negocio que es el más real y útil que se conoce hoy en la Europa (la Bolsa). Y el tercero, pintar con el pincel de la verdad las estratagemas con que lo tratan los tahúres que los desdoran, para que unos sirva de delicia, a otros de advertencia y a muchos de escarmiento (...) LLámole Confusión de confusiones por no haber en él sutileza que no encuentre quien la asalte, ni ardid que no halle quien lo rinda. Y bien conocerá el lector atento que, en un mapa de tinieblas, no puede haber juicio que lo comprenda, ni pluma que las descifre»**

José de la Vega

Prólogo de *Confusión de confusiones*,

Ámsterdam, 1688<sup>65</sup>

### 2.2.1. Presupuestos político-ideológicos y socio-económicos

---

<sup>65</sup> Pp. 7 y 10 (utilizo la reimpresión por la Universidad Europea-CEES Ediciones, Madrid, 2000, pp. 75 y s.).



Desde la toma de Constantinopla por los turcos (1453) hasta la Revolución Francesa (1789), se produjeron importantísimas transformaciones en la vida política y económica del occidente europeo, que influyeron poderosamente en su panorama jurídico. Conviene de nuevo advertir aquí la visión simplista de la realidad que se ofrece con objeto de facilitar la exposición, y no se oculta la existencia de grandes diferencias en cuanto a la evolución del Derecho mercantil se refiere entre diferentes zonas de la Europa occidental que es donde se centra el estudio.

En el plano político-social, la formación del Estado moderno, ligada a la progresiva conformación de las nacionalidades, constituye la nota más relevante del período comprendido entre los siglos XV al XVIII. La formación de los Estados modernos ocupa un período iniciado en la Baja Edad Media y que, por regla general, culmina en la Edad Moderna, aunque hay un gran desfase de lo ocurrido en unos territorios y otros (por ejemplo, frente a España, Francia o Inglaterra, países como Italia o Alemania no se convertirían en Estados hasta épocas mucho más avanzadas).

Pero lo que es un hecho es que a partir del siglo XVI los Estados fueron dirigiéndose lentamente a lo que será llamado el *Ancien Régime*, caracterizado por la decadencia de las grandes fuerzas que en la Edad Media habían representado el poder: el feudalismo, las autoridades municipales y las corporaciones mercantiles. Frente a todos ellos se hallaba el príncipe con su corte y su burocracia, un poder central que estaba articulándose de modo cada vez más eficaz y que alcanzará durante el siglo XVII la forma extrema del Estado absoluto con la identificación del Estado y el monarca a través del concepto de soberanía. Ello irá acompañado de un progresivo sometimiento a la soberanía regia de los grupos sociales autónomos que bajo ella coexisten y entre los que se sitúan los comerciantes que, aún habiendo ascendido en escalafón social, perderán el poder político y la posición privilegiada que habían ocupado en la época anterior.

En este plano tampoco podemos olvidar las reformas religiosas del siglo XVI patrocinadas por Lutero y Calvino que constituyen la esencia de una religión

con una visión santificadora del trabajo e incentivadora del éxito y del ascenso social, lo que contribuyó al desarrollo económico en las zonas en las que se arraigaron; ni el desgaste que supusieron los gastos militares en las economías de los países que, como España, intentaron defender la fe católica. Pero también durante este mismo periodo se producen movimientos culturales (Renacimiento, Reforma y Racionalismo) que tendrán importantes consecuencias en el ámbito económico, propiciando su desarrollo (espíritu de progreso, amparo a la libre creatividad individual, espíritu laico, justificación del beneficio, confianza en la técnica, etc.).

En el plano socio-económico, la pérdida del poder político de la clase mercantil no supondrá, sin embargo, un retroceso en el proceso de conformación del capitalismo comercial, sino tan sólo un cambio en el sujeto al que se encomienda el desarrollo económico en virtud de la doctrina denominada *mercantilismo*, que toma precisamente su nombre para designar la aplicación a la economía pública de los criterios de una buena gestión comercial. Con base en dicha doctrina, la dirección del desarrollo económico se va a trasladar de la clase mercantil al Estado, personificado en el monarca, el cual asumirá un papel regulador de la economía. El interés del Estado por la economía tuvo un influjo directo en la consideración de la figura del comerciante, y asistimos a su exaltación, que contrasta con lo que ocurría en el anterior período histórico<sup>66</sup>. Los fabricantes y los mercaderes, sobre todos los grandes, aparecen como agentes de la prosperidad común. Pero el proteccionismo de la actividad comercial y de

---

<sup>66</sup> No obstante, la exaltación del comerciante se produjo ya en el siglo XIV de manera paralela con el nacionalismo económico que empieza a desarrollarse. Así, Bartolo de Sassoferrato, famoso glosador de la época, consideraba el comercio como el fundamento del poder político y animaba el desarrollo de mayores y prósperas clases comerciales en las ciudades. Por poner otro ejemplo, el comerciante de italiano COTRUGLI escribió una manual llamado *Sobre el comercio y el perfecto comerciante* (Nápoles, 1458), donde declaraba que «el avance, el confort y la salud de la república procede en gran medida de los comerciantes»; que «ni los reyes, ni los príncipes ni miembros de cualquier otro rango cuenta con tanta reputación o crédito como un buen comerciante, y que mientras el sello simple y llano de un comerciante es válido incluso sin testigos, no se confía en gobernantes y otras personas sin gran cautela»; y que «por medio del comercio países estériles consiguen sus alimentos y provisiones» y los comerciantes «permiten vivir al pobre; por medio de su iniciativa en los impuestos ayudan a los administradores a cumplir con sus funciones: por medio de sus importaciones y exportaciones permiten la expansión de las aduanas y los impuestos de los señores y las repúblicas, con lo cual aumentan el tesoro público y común» (citas tomadas de WOOD, *El pensamiento económico medieval*, cit., pp. 168 y s.).

aquellos que la profesan conllevó una rígida reglamentación económica y restricción de los mercados, con la consiguiente constitución de privilegios y monopolios para unos pocos, que impedía la competencia y el desarrollo económico.

Los antecedentes del mercantilismo, caracterizado por un afán de extremado dirigismo y proteccionismo de la Economía nacional al servicio del fortalecimiento del Estado, se sitúan en la política practicada ya por algunas ciudades de la Baja Edad Media. Sin embargo, su máxima expresión y desarrollo suele asociarse al reinado de Luis XIV y, en concreto, a su Ministro de Finanzas Colbert, que en el preámbulo a las Ordenanzas de Comercio de 1673 manifiesta: *«Como el comercio es fuente de la abundancia pública y la riqueza de los particulares, Nos hemos empleado nuestros medios desde hace años para hacerlo floreciente en nuestro Reino»*. El cambio de actitud respecto al comerciante es evidente.

El mercantilismo, en mayor o menor grado, será una doctrina económica compartida por la generalidad de los Estados modernos durante el período comprendido entre los siglos XV al XVIII. La clase mercantil ya no dirige el desarrollo económico; lo hace la monarquía absoluta, y aunque en teoría, en la medida que la política mercantilista de los Estados significa el máximo desarrollo del tráfico económico y su éxito es también el de la clase mercantil, finalmente se produce su reacción propugnando el encuadre de la Economía al margen de toda intervención estatal en materia económica, lo que dará lugar durante el siglo XIX a la configuración de las teorías liberales.

También en el plano económico tuvo una tremenda incidencia los nuevos descubrimientos y las experiencias colonizadoras transoceánicas, y la vieja economía euro-afro-asiática empieza a ser sustituida por una auténtica economía mundial, lo que produce un desplazamiento de los centros de la vida económica cuyos ejes no son ya las ciudades en sí mismas sino las grandes economías nacionales. En el siglo XVI, el liderazgo del comercio internacional lo ostentan españoles, portugueses y franceses, y las ciudades económicamente más

importantes fueron Sevilla y Lisboa, a las que siguen Lyon, París, Londres y Amberes. Las ciudades italianas, aunque siguieron teniendo una importante participación en la economía del siglo XVI, se ven afectadas por los numerosos conflictos militares y avatares políticos y territoriales que, entre otras cosas, impiden una mayor participación en el comercio internacional.

En el siglo XVII el panorama de la economía internacional cambia radicalmente, siendo ahora los ingleses y holandeses los que la dominan como consecuencia a la expansión colonial de ambas potencias, con los franceses y belgas a la zaga; Ámsterdam primero y Londres después ocupan el lugar preferente en el comercio mundial, y finalmente la libra esterlina sustituye al florín holandés como moneda de referencia en el tráfico internacional. También es en este siglo cuando Francia comienza a dedicarse a las empresas transoceánicas, que complementan su tradicional comercio por el Mediterráneo. En el siglo XVIII, el liderazgo económico de Inglaterra se consolida.

Por otra parte, en la Edad Moderna se produjo un claro progreso comercial, manufacturero y crediticio, y se inicia un proceso de industrialización que culminaría con la Revolución Industrial del periodo siguiente que se ha denominado protoindustrialización, que contrastaba con las rígidas estructuras de los gremios que ahogaban la iniciativa industrial, impedían la competencia y el desarrollo económico<sup>67</sup>.

### **2.2.2. Las fuentes. La evolución del *ius mercatorum***

En ese marco regulador de lo económico desde el Estado, identificado con el monarca absoluto a través del concepto de soberanía, propugnado por el mercantilismo, se van a producir importantes consecuencias en el plano político-jurídico y, concretamente, en materia de fuentes. Los Estados reivindicarán en este período el monopolio de la función legislativa, con el propósito de acabar con la

---

<sup>67</sup> La supresión del sistema gremial en España era solicitada por muchos ilustrados a finales del siglo XVII (RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, cit., pp. 77 y ss.).

pluralidad de derechos consuetudinarios territoriales característicos de la Edad Media y lograr la unificación jurídica nacional a través de la Ley, expresión del poder normativo estatal.

Con la afirmación de los Estados y de la nacionalidad del Derecho, y el fenómeno de centralización jurídica de carácter general, característico de este período, se modifica la posición del Derecho mercantil aun cuando es una evolución de contenido más formal que material o sustantivo, ya que los Estados modernos recogen y sancionan el Derecho vigente en la Edad Media. Se produce así una progresiva reducción de la autonomía del Derecho mercantil, como consecuencia del fortalecimiento del poder real por encima de los demás poderes sociales, que se manifestará en el plano de las fuentes y en el jurisdiccional.

En el plano de las fuentes el *ius mercatorum* formalmente deja de ser esencialmente un Derecho de producción autónoma y se generaliza un proceso, iniciado en la época anterior, de estatalización o centralización legislativa<sup>68</sup>. El Derecho mercantil pasa a formar parte del Derecho estatal, directamente a través de Ordenanzas dictadas por la autoridad central y lo hace con pretensión de validez para todo el territorio, o indirectamente a través del refrendo de las ordenanzas consulares elaboradas por los comerciantes. Este fenómeno, aunque gradual y de alcance variable según los países, va a afectar la jerarquía de fuentes, especialmente cuando la Ley acaba por imponerse sobre los usos, con la correlativa prohibición del uso *contra legem*. El Derecho mercantil se convierte así en los principales países de Europa en un Derecho nacional y unificado bajo la autoridad oficial del Estado, en contraposición con el sistema de variedad legislativa imperante en la Edad Media.

Francia da un paso definitivo durante el siglo XVII a una nueva etapa legislativa con la precodificación de la materia mercantil, a través de las famosas

---

<sup>68</sup> Sobre el proceso de *estatalización* del Derecho mercantil *vid.* RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 156; GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción*, cit., p. 24; MENÉNDEZ, Voz «Derecho Mercantil», *EJB*, cit., p. 2331; URÍA y MENÉNDEZ, «El Derecho mercantil», *Curso de Derecho mercantil*, Uría-Menéndez, t. I, Madrid, Ed. Civitas, 1.<sup>a</sup> ed., p. 31. *Vid.* la contraposición de la estatalización del Derecho mercantil y el Derecho civil en GALGANO, *Historia del Derecho mercantil*, cit., pp. 86 y ss.

Ordenanzas del Comercio (1673) y la Marina (1681)<sup>69</sup>. Estas constituyen las primeras recopilaciones a nivel nacional del Derecho del comercio terrestre y marítimo, y son básicamente colecciones de disposiciones legales y costumbres de distinta procedencia y época, a las que se le imprime una aire ilustrado, intentado más que innovar, transcribir el Derecho existente con normas claras y precisas y adaptadas a un sistema, con el que lograr una mayor certeza y facilitar su aplicación a los ciudadanos. Los juriconsultos a los que Colbert encomendó elaborar las ordenanzas recopiladoras del Derecho del comercio terrestre y marítimo, acuden a las fuentes de la época, que principalmente son las recopilaciones de usos y decisiones judiciales del Derecho mercantil medieval, por lo que el Derecho uniforme de origen medieval pasa así a las Ordenanzas francesas, al que se le añade nuevas instituciones jurídico-mercantiles que surgen para cubrir nuevas necesidades económicas<sup>70</sup>.

La Ordenanza del comercio francesa tiene gran importancia para la historia del Derecho mercantil por tres motivos: es la primera recopilación sistemática del Derecho especial de los mercaderes aplicables a un territorio nacional; constituye el antecedente inmediato del Código de comercio francés de 1807, que es la pieza clave para explicar la evolución del Derecho mercantil continental; y tuvo gran influencia en todos los ordenamientos de su entorno. Que la unificación del Derecho mercantil francés se produjera en el siglo XVII, mientras que la del Derecho civil no se consiguiera hasta el Código de Napoleón, sin duda, contribuyó a mantener y dar un acento particular a la dicotomía del Derecho mercantil y civil en la tradición francesa, fenómeno que también se dio en España al asimilarse las mismas técnicas legislativas aunque el proceso no fue equivalente.

La Ordenanza presupone la existencia de las Corporaciones y la esencia

---

<sup>69</sup> La segunda se considera muy superior a la primera —como afirma RIPERT, *Droit maritime*, t. I, París, 4.ª ed., 1952, pp. 70 y s. —, y para la elaboración de aquélla se aprovecho el trabajo de un autor anónimo de finales del siglo XVI titulado *Le Guidon de la mer*, cuya base es el Derecho romano y los usos y costumbres comerciales de Rouen. En la Ordenanza del comercio terrestre participó muy activamente SAVARY, por lo que vulgarmente se denomina *Code Savary*.

<sup>70</sup> ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 27. Sobre el contenido de dichas ordenanzas, especialmente en cuanto las disposiciones sobre el ejercicio de las profesiones comerciales y de la organización de las corporaciones y gremios *vid.* RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, pp. 14 y s.

subjetiva del Derecho comercial, aunque tanto en ella como en la de la Marina —primeras tentativas modernas de codificación del Derecho mercantil— se percibe una tendencia hacia la desvalorización de las Corporaciones y una intervención o dirigismo cada vez más penetrante y amplio del nuevo Estado unitario que tiende a sustituir la libertad corporativa por la autoridad estatal y la disciplina del comercio y de la industria adquiere una impronta publicista que supera el carácter puramente privado de las normas primitivas.

Comienza así el proceso de desautorización de las corporaciones que terminará con su supresión. Aunque supervivieron a las Ordenanzas colbertianas, las antiguas y gloriosas corporaciones sufrieron el primer golpe de gracia con el Edicto (después revocado) de febrero de 1776, inspirado por Turgot, que las declaró contrarias al Derecho natural y proclamó el principio de la libertad de trabajo, siendo suprimidas radicalmente por la revolución del 89 en cuanto contrarias a los principios de libertad y de igualdad de los ciudadanos inspiradores de la misma. Disueltas definitivamente en Francia por la Ley de 2 de marzo de 1791, dejaron el campo abierto a los nuevos principios de libertad de iniciativa económica y de trabajo y, así, la desaparición del Derecho corporativo, diferenciado según las clases sociales, artes y oficios, abre la vía a la afirmación de un nuevo Derecho mercantil objetivado, totalmente estatal, en el que el aspecto subjetivo constituye un *posterius* respecto a la identificación de los actos objetivos de comercio y que tiene un ámbito indiferenciado para todos los comerciantes o, si se quiere, un Derecho general del tráfico objetivamente considerado. A consecuencia de estos nuevos condicionantes políticos, sociales y económicos, comienza una nueva etapa histórica en el desarrollo moderno del Derecho mercantil que arranca de la codificación francesa.

En España, de manera paralela a las numerosas normas dictadas por los monarcas que afectaban al tráfico comercial (Ordenanzas Reales de Castilla —1484—, la Nueva Recopilación —1567—, las Recopilación de las Leyes de Indias —1680—, por poner algunos ejemplos, contenían multitud de normas que

afectaban al comercio y al comerciante)<sup>71</sup>, se dictan los ordenamientos jurídicos del comercio elaborados por nuestros Consulados, es decir, por comerciantes, y sancionados por la Corona. Esta fue la época de nuestras más famosas Ordenanzas (las de Burgos se remontan al 1495, aunque las más importantes fueron las de 1538; o la de Sevilla de 1554), y aunque en ellas se daba al Derecho mercantil un carácter local y no general, algunas, como las de Bilbao de 1737 (aprobadas por Felipe V primero y Fernando VII después) llegaron a extender su vigencia por todo el territorio nacional e incluso a Hispanoamérica<sup>72</sup>, y en las que se advierte una notable influencia de las Ordenanzas francesas, aun cuando no están exentas de elementos procedentes de nuestra tradición jurídica nacional y para muchos constituían un verdadero Código mercantil, sin parangón técnico con las ordenanzas de su época<sup>73</sup>.

Por tomar otro ejemplo, en Alemania hubo una gran profusión de Estatutos, Ordenanzas, Reglamentos y compilaciones particulares, entre éstas últimas destacan las *Ordenanzas marítimas de la Hansa teutónica* (1591), y se dictaron algunas codificaciones en Prusia, como fue el *Allgemeins Landrecht für preussischen Staaten* (1794), que hay quién la considera la primera codificación moderna<sup>74</sup>, y que contiene una ordenación del Derecho privado prusiano, con numerosas normas de carácter mercantil<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Con mucho más detalle LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, t. I, cit., pp. 156 y s., y 163 y s.

<sup>72</sup> Por ejemplo, en México, las Ordenanzas bilbaínas estuvieron vigentes hasta que se publicó el Código de comercio de 1854, pero con una vigencia efímera, ya que fue derogado por la Ley de 22 de noviembre de 1855 que de nuevo restableció la vigencia de las Ordenanzas hasta que se publicó el Código de 1884, sustituido poco después por el vigente de 1889.

<sup>73</sup> El mismo PARDESSUS decía sobre ellas, que desde su publicación obtuvo una especie de prioridad y casi universalidad (cita contenida en la introducción histórico-comparada del *Código de comercio concordado y anotado*, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1859, pp. XIII y XIV).

<sup>74</sup> GONDRA, *Derecho Mercantil. Introducción*, cit., p. 27.

<sup>75</sup> Especialmente Tít. VIII, parte 2.<sup>a</sup>. Lo que interesa destacar de este texto es que, por una parte, somete a los fabricantes a las normas mercantiles, lo que pone de manifiesto la expansión del Derecho mercantil a la actividad industrial; y que se manifiesta un proceso de generalización del Derecho mercantil, ya que muchas de las normas jurídico-civiles contenidas en dicho texto legal anteriormente eran consideraras normas mercantiles (BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, cit., p. 32).



Como vemos la pérdida de autonomía en el plano de las fuentes no se produce de una manera homogénea en Europa en la Edad Moderna, aunque sí es manifiesta la mayor intervención estatal en la regulación del Derecho mercantil respecto a épocas anteriores.

Esa reducción de la autonomía del Derecho mercantil durante este período también se manifestará en el plano jurisdiccional, donde se advierte de manera generalizada un proceso de reducción de la autonomía de la jurisdicción consular. Así, en el continente europeo, aunque la antigua jurisdicción especial consular va a mantenerse e, incluso, su competencia va a tender a ampliarse, frente a lo que acontecía durante la Edad Media, donde muchos Tribunales consulares estaban adscritos a los gremios o corporaciones mercantiles —cosa que, sin embargo, no ocurrió en España donde la jurisdicción consular se ligó desde un principio a la prerrogativa real que era también la que autorizaba la constitución del consulado—, durante este período van a quedar adscritos formalmente a la jurisdicción del rey, en cuyo nombre impartirán justicia los jueces consulares<sup>76</sup>. Finalmente las propias corporaciones pasan a ser objeto de centralización y nacionalización y los consulados se convirtieron en instrumentos del poder central para la consecución de objetivos e intereses nacionales.

---

<sup>76</sup> Un paso definitivo a la nacionalización del Derecho mercantil francés se dio cuando en 1563 Carlos IX reestructura completamente los Tribunales de comercio, con la creación de la *Jurisdiction des Juges et Consuls de Paris*, integrando su jurisdicción en la estatal, aunque siga estando formados por comerciantes y que sienta los principios del fuero consular moderno.

Sin embargo, en esta materia es preciso distinguir, de un lado, lo que acontece en el continente europeo y, de otro, en Inglaterra, pues el proceso de reducción jurisdiccional adquiere distinto alcance en uno y otro ámbito. Frente a lo que ocurre en el continente, en Inglaterra la jurisdicción común tenderá durante este período a atraer hacia sí el conocimiento de las causas mercantiles. La aplicación de la «Law Merchant» por los tribunales de Derecho común dará lugar a un proceso de progresiva absorción de este Derecho en el tronco del Derecho común inglés («Common Law»), dada la formación jurídica de Derecho común de los jueces que la aplican. En este sentido, es de destacar la obra jurisprudencial del juez Lord Mansfield durante el siglo XVII. Se sitúa, pues, en este lugar la justificación y origen de que la tradición jurídica anglo-americana desconozca formalmente la dicotomía de Derecho privado-mercantil y civil, característica de los Ordenamientos jurídicos del continente europeo. Un proceso similar sólo se producirá en el continente europeo occidental a lo largo del siglo XIX, con la supresión de la jurisdicción especial mercantil en la que, sin embargo, no participarán todos los Ordenamientos (tal es el caso de Francia). Sobre esto GIRÓN, «El concepto del Derecho Mercantil...», cit., pp. 757 a 763.

Por otra parte, la afirmación de las Leyes y jurisdicciones nacionales que acontece durante este período por efecto de la conformación del Estado moderno, va a incidir en la pérdida de uniformidad que caracterizaba al Derecho Mercantil en sus orígenes medievales, pérdida que se agranda conforme se acentúan los nacionalismos jurídicos con la pretensión de cada Estado de tener un Derecho propio producto de sus tradiciones jurídicas. Pero también aquí el proceso disgregador es más aparente que real, ya que los legisladores de la época no recogen un Derecho nacional *ex novo*, sino el Derecho mercantil uniforme de origen medieval.

### 2.2.3. Concepto del Derecho mercantil

El concepto de Derecho mercantil vigente en el periodo anterior no se va a ver afectado con los cambios en el esquema de las fuentes visto. El criterio para la aplicación de las normas de Derecho mercantil sigue siendo subjetivo, esto es, se aplican en función de la presencia de un comerciante, ya que el Derecho Mercantil que se precodifica sigue siendo el Derecho medieval de origen consuetudinario creado por —aunque ahora indirectamente— y para los comerciantes<sup>77</sup>. Por ello, resulta válido para esta fase lo expuesto sobre el concepto del Derecho mercantil en la Baja Edad Media, y sigue empleándose un sistema subjetivo de delimitación del Derecho Mercantil, al que se define como el Derecho del comerciante en su tráfico.

No obstante la Ordenanza francesa del comercio dio un paso más hacia la objetivación del Derecho mercantil, que se puede considerar iniciado con la tendencia medieval a extender la aplicación de la jurisdicción mercantil a personas no comerciantes mediante la ficción de considerarlos tales<sup>78</sup>. Así

---

<sup>77</sup> ALONSO UREBA, *op. cit.*, pp. 27 y s.

<sup>78</sup> GALGANO, *Historia del Derecho mercantil*, cit., p. 48, comenta que la eficacia extracooperativa del *ius mercatorum* en la Edad Media se justificaba con una *fictio iuris*: quienquiera que trata con un comerciante se presume que también es comerciante. Esta cuestión fue tratada en la nota núm. 59.

establece que la jurisdicción consular es competente «entre cualesquiera personas, por letras de cambio o envío de dinero, hechas de plaza a plaza» (art. 2 del Tít XII), con lo que en cierta medida se objetiviza el ámbito de aplicación de la jurisdicción mercantil por la naturaleza misma del acto realizado, y no como ocurría en la Baja Edad Media por la ficción o presunción de que por el mismo hecho de ejecutarlos tenían sus autores la cualidad de comerciantes<sup>79</sup>. Se reconoce, por tanto, que ciertos actos están sujetos a la jurisdicción mercantil con independencia de las personas que los ejecutan, que será el criterio generalizado en la mayoría de las codificaciones mercantiles del siglo XIX. Pero en el contexto de la Ordenanza francesa, el precepto tiene un carácter aislado y excepcional dentro del sistema. Y así, no se puede poner en tela de juicio su carácter profesional, ya que aunque se haya introducido una noción objetiva en ese Derecho subjetivo sigue siendo un Derecho profesional de los comerciantes<sup>80</sup>. Pero es un Derecho subjetivo relativo en el sentido de que sólo afecta al comerciante en lo que se refiere a su profesión.

Por tanto, las Ordenanzas mercantiles dictadas durante este período suponen un cambio desde el punto de vista formal, pero no en el contenido, pues esencialmente recogen el Derecho Mercantil uniforme de origen medieval.

#### **2.2.4. Contenido del Derecho mercantil**

Institucionalmente, se conservan las instituciones jurídico-mercantiles del período anterior, a las que se añadirán otras nuevas conectadas, sobre todo, con el desarrollo del sector financiero, que acompaña a la expansión del comercio.

---

<sup>79</sup> LANGLE, *Manual de Derecho mercantil*, t. I, cit., p. 147; MENÉNDEZ, «Derecho Mercantil», cit., p. 2331; BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, cit. p. 32; en contra GIRÓN, *op. cit.*, p. 722, para el que precisamente se generaliza una presunción de comerciante para atender al requisito subjetivo del Derecho mercantil.

<sup>80</sup> MUÑOZ PLANAS, «La objetivación del Derecho mercantil en la codificación napoleónica», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*, t. II, Valencia, 1995, pp. 2545 a 2549.

Es el momento en que aparecen las grandes compañías coloniales, como la holandesa de 1602, que constituye el primer embrión de la sociedad con responsabilidad limitada de los socios, a la que siguen posteriormente las inglesas y las francesas, que se constituyen con impronta publicista por la autoridad real como instrumentos de expansión colonial y, al propio tiempo, como empresas asociativas privadas con fines lucrativos. Al respecto destaca la configuración de una nueva forma organizativa de empresa, la *compañía colonial*, concebida para la captación de los grandes capitales que demanda la explotación de las nuevas tierras recientemente descubiertas. Esta nueva forma organizativa, caracterizada por una mixtura entre lo público y lo privado, constituirá el antecedente inmediato de la sociedad anónima del siglo XIX.

Consecuencia de ello es el nacimiento de nuevos mercados de cambio y Bolsa en Amberes y Ámsterdam, tan bien reflejados en la famosa obra *Confusión de Confusiones* de nuestro José DE LA VEGA de la que después hablaremos.

En Inglaterra encontramos las primeras iniciativas para la tutela de las invenciones industriales (*Estatuto de los monopolios* de 1623) y para la exclusiva del reconocimiento del derecho de autor (*Copyright* en 1710); y todavía en Inglaterra, la aparición del *Lloyd's* para la explotación de seguros marítimos y del primer registro para la clasificación de buques (1764), acontecimientos todos ellos que influyeron de modo penetrante y decisivo, no sólo sobre los mercados y los tráficos, sino también sobre el Derecho mercantil, cuyo desarrollo y consolidación en Europa y en todo el mundo se orienta a través de los Edictos y Ordenanzas de los soberanos de las prepotentes monarquías absolutas. El monopolio del tráfico con Indias atribuido entre nosotros a la Casa de Contratación de Sevilla es, en este aspecto, un dato definitivo y revelador.

#### **2.2.5. Fuentes doctrinales**

Durante este período, se elaborarán las primeras obras sistemáticas de Derecho mercantil, entre las que destaca la obra de STRACCA, *Tractatus de mercatura seu mercatore* (Venecia, 1553), que hasta que en el siglo XVIII la doctrina francesa se atribuyó el liderazgo ostentado por Italia, fue el texto más influyente en la literatura y práctica europea. También en Italia es cita obligada la obra de SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio* (Roma, 1618); TURRI, *Tractatus de cambiis* (Génova, 1639); ROCCO, *Responsa legalia* (Nápoles, 1655); y posteriormente CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, en tres volúmenes (Florencia, 1719). En Alemania, será fundamental la obra en dos volúmenes de MARQUARD, *Tractatus politico iuridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari* (Francfort, 1662). En Inglaterra es clásica la obra de MALYNES, *Consuetudo vel lex mercatoria of the ancien Law Merchant* (Londres, 1636). En Francia, que acabará imponiendo su predominio cultural y jurídico, especialmente con la publicación de sus ordenanzas, hay que mencionar el libro de SAVARY (padre), *Le parfait negociant* (2 vols., París, 1675, de la que se hicieron numerosas ediciones y fue traducida a varias lenguas); y de EMÉRIGON, *Traité des assurance et des contrats à la grosse* (Marsella, 1783). De Portugal es originario SANTERNA, autor de un afamado tratado de seguros titulado *Tractatus des assecorationibus* (Venecia, 1552).

Para nuestro país esta época es la de mayor esplendor de nuestra literatura mercantil y se habla de Edad de Oro<sup>81</sup>. De los numerosos nombres ilustres, sin duda, destaca el ovetense HEVIA BOLAÑOS, autor de la *Curia Philipica* (Lima, 1603), y del *Laberinto del comercio terrestre y naval* (Lima, 1617; Madrid, 1619; Valladolid, 1623; que son las primeras de numerosas reediciones, la mayoría publicando ambas obras de manera conjunta en dos tomos)<sup>82</sup>. Sobre este autor se acaba de publicar un brillantísimo estudio que cierra toda discusión sobre el origen

---

<sup>81</sup> Para profundizar sobre los grandes mercantilistas españoles de los siglos XV a XVIII remito a LANGLE y a su *Manual* (t. I, cit., pp. 165 a 171); y a RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 303 a 320. Una lista muy completa de autores y sus obras la aporta POLO, «Hacia la renovación de los estudios jurídico-mercantiles», *RDP*, 1941, pp. 217 y s.

<sup>82</sup> Nosotros utilizamos la edición facsímil de la edición de Madrid de 1797, Valladolid, 1989.

del autor y la autoría de sus obras<sup>83</sup>. Si la *Curia*, por su contenido procesal se limitó a guiar la práctica procesal de todas las jurisdicciones, civil, criminal y eclesiástica hasta la misma codificación; al ser —como decía STRACCHA— el mercado la patria común de todos los mercaderes, el *Laberinto* que constituye el primer tratado español de Derecho mercantil, superó fronteras y penetró en el mundo de aquellos grandes abogados, italianos especialmente, y que tanto colaboraron en la formación de la ciencia del Derecho mercantil<sup>84</sup>.

En materia concursal, brilla con luz propia la doctrina española en toda Europa. Primero con Amador RODRÍGUEZ con su *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus* (Madrid, 1616; Venecia, 1644; Lyon 1665); y después SALGADO DE SOMOZA con su *Labyrinthus creditorum concurrentium* (Valladolid, 1646; Lyon, 1651-54-65-72; Amberes, 1656; Frankfurt, 1663), autor relevante, especialmente por la influencia que su obra ejerció en la conformación del Derecho positivo alemán<sup>85</sup>. Y aunque no sea un jurista, es obligada la cita de José de la VEGA, autor de *Confusión de confusiones*.

---

<sup>83</sup> Nos referimos al Discurso leído en la apertura del curso académico 2000-2001 de la Universidad de Oviedo por el profesor MUÑOZ PLANAS, con el título *Defensa y elogio de Juan de Hevia Bolaños: primer mercantilista español*, Oviedo, Serv. Publicaciones, 2000 (también publicado en *RDM*, núm 241, 2001, pp. 1109 y ss.). Antes de esta publicación definitiva, hay que reconocer a RUBIO la primera y, hasta ese momento, la más seria preocupación por saber sobre la vida y obra de Hevia Bolaños («La doctrina del fletamento en Hevia Bolaños», *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, núms. XVII y XVIII, 1944, pp. 5 a 25; y en *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 310 a 314). Más recientemente, el profesor MUÑOZ PLANAS reitera, con nuevos datos, la paternidad irrefutable de la obras de Hevia Bolaños con el artículo titulado «En los umbrales del IV centenario de la *Curia Filípica* (Nota final sobre su autoría)», *RDM*, núm. 247, 2003, pp. 21 a 35.

<sup>84</sup> MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 13, que comprueba las citas de Hevia Bolaños en autores tan importantes como Casaregis, Rocco, Ansaldo de Ansaldis y Targa.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, uno de nuestros grandes expertos en Derecho concursal (baste recordar que en su exilio mexicano publicó numerosos estudios sobre el tema, entre los que destaca uno titulado *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942: Concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía*, México D.F., 1943, siendo el autor de gran parte del texto de la ley) manifiesta que toda la doctrina centroeuropea se inspiró en sus enseñanzas sobre la quiebra, que se recogieron a principios del siglo XX en las leyes belgas y holandesas sobre la quiebra, que persistieron en la ordenanza concursal alemana y en todas las leyes que ésta inspiró, como la italiana de 1930 (*Curso de Derecho mercantil*, t. I, cit., p. 24). Sobre la figura y obra de este autor, es indispensable el trabajo de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Un español mal comprendido. Salgado de Somoza en la literatura alemana sobre el concurso de acreedores*, Madrid, 1932. Vid. también AÑOVEROS TRÍAS de BES, «Salgado de Somoza. Precursor de la moderna doctrina del Derecho concursal», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Madrid, 1996, pp. 3463 a 3477.

*Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo* (Ámsterdam, 1688), que constituye el primer tratado sobre las operaciones de Bolsa y su tratamiento jurídico<sup>86</sup>. Aunque parece probado que su padre (Isaac Penso Félix), nació en Espejo (Córdoba), no está claro si aquél nació en España, en Portugal o en los Países Bajos, donde tuvo que emigrar por ser judío. En todo caso el empleo de la lengua española (a la que muchas veces se refiere como *nuestra lengua*) permite incluirlo entre los autores españoles de la época.

---

<sup>86</sup> La obra fue traducida al alemán por PRINGSHEIM (*Das älteste Buch über die Börse: Don Joseph de la Vega. Die Verwirrung der Verwirrungen. Vier Dialogen über die Börse in Ámsterdam*, Breslau, 1919) y en Portugal, donde se abogan por la paternidad del autor, AMZALAK, publicó *Joseph de la Vega e o Seu Livro "Confusão de Confusões"*, Lisboa, 1925; y poco después, *As Operações de Bôlsa Segundo Joseph de la Vega ou José da Veiga Economista Português do Século XVII*, Lisboa, 1926. La obra se traduce al neerlandés por SMITCHEL, como *Confusion de Confusões. Herdruk van denb Spaanschen Teskst met Nederlansche Vertaling*, Ed. The Hague, 1939; y al inglés por KELLENBENZ, con el título *Confusión de Confusiones by Joseph de la Vega, 1688. Portions Descriptive of the Ámsterdam Stock Exchange*, Boston, Univ. Harvard (desconozco la fecha de publicación). En 1996 se publica la obra *Extraordinary Popular Delusions and Mandes of Crowd & Confusión de Confusiones*, editado por Martín S. FRIDSON, New York, Marketplace Books, que contiene esta última obra traducida también al inglés (pp. 125 a 211), y en la que se recomienda la lectura de estos dos clásicos de la bolsa a los analistas bursátiles de hoy día.

En España, GARRIGUES (*Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, cit., pp. 65 y ss.), recupera la figura de este autor, hasta ese momento casi del todo olvidada por nuestra doctrina (a excepción de BONILLA y MIÑANA que lo mencionan en *Derecho bursátil*, Madrid, 1924). A partir de momento aparecen varias ediciones facsímiles de su obra (Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1958; Valencia, Ediciones Saetabis, 1977; Madrid, Bolsa de Madrid, 1997). El trabajo fundamental sobre este autor es el de TORRENTE, *La bolsa en José de la Vega. «Confusión de Confusiones», Ámsterdam, 1688*, Madrid, Ilustre Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid, 1980, pp. 45 y ss. En el año 2000 se ha publicado un interesante trabajo que bajo el título *Confusión de confusiones* (Universidad Europea-CEES Ediciones, Madrid) que contiene la reedición de la obra de José de la Vega (pp. 67 a 284), a la que antecede una interesante semblanza del autor y un estudio filológico de la obra a cargo de varios autores (BUEZO-CORRALES-FANCONI-GUERRA-MORAL-PAÚL-SATTLER).

### **3. EL DERECHO MERCANTIL DESDE LA CODIFICACIÓN**

La segunda gran etapa del Derecho mercantil abarca desde la codificación del siglo XIX hasta nuestros días. Los grandes cambios ideológicos, económicos y sociales producidos a lo largos del siglo XX dificultan el tratamiento uniforme de los nuevos hechos en este gran período. Por ello lo dividiremos en dos subetapas, el Derecho mercantil en la codificación; y el Derecho mercantil en el siglo XX. En este último período trataremos esencialmente la doctrina de la empresa y las nuevas tendencias en la concepción del Derecho mercantil. Como epílogo haremos una recapitulación del concepto y sistema del Derecho mercantil español.



3.1. EL DERECHO MERCANTIL EN LA CODIFICACIÓN. LA PRETENDIDA OBJETIVACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

**«Comenzando por el carácter general que ofrece el proyecto, se observa desde sus primeros artículos que éste considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva, no sólo en cuanto a lo que debe ser el objeto principal de sus disposiciones, sino en lo que atañe a los elementos o fuentes que lo constituyen, en lo cual se distingue esencialmente del vigente Código. En efecto, mientras éste, partiendo del concepto que tenían formado de las leyes los antiguos jurisconsultos, parece ser el Código propio y peculiar de una clase de ciudadanos, el proyecto propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren. Por eso, el primero atiende ante todo a calificar las personas que están obligadas a observar sus preceptos, de cuya calificación hace depender muchas veces la que debe darse a los actos y contratos que celebran y concede tanta importancia a las formas y solemnidades necesarias para adquirir la calidad de comerciante, y muy en particular a la inscripción en la matrícula o registro que debe contener los nombres de los que ejercen la profesión mercantil en cada provincia. Y, en cambio, el segundo se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos, para atribuirlos o no la calificación de mercantiles, con independencia de las personas que en ellos intervienen, sin limitar su número a los que taxativamente ha consignado el legislador en el Código... Comparados ambos sistemas salta á la vista la superioridad del adoptado por el proyecto».**

Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1882

### **3.1.1. Presupuestos político-ideológicos y socio-económicos**

El siglo XIX representa un hito en la evolución del Derecho mercantil de extraordinaria significación. Durante este período, el Derecho mercantil de un lado cristaliza y da lugar formalmente a un cuerpo legal separado en el área jurídica del occidente continental europeo que, en la mayoría de Ordenamientos, llega hasta nuestros días. De otro lado, se va a operar un cambio en la concepción del Derecho mercantil que, de algún modo, será determinante de una profunda crisis de identidad por la que atravesará nuestra disciplina durante este período. En conexión con dicha crisis, comienza a plantearse el problema del concepto y delimitación de la materia, tratando de encontrar un fundamento que justifique la existencia del Derecho mercantil como Derecho especial, lo que determinará un importante cambio metodológico.

Comencemos, como hasta ahora, viendo algunos aspectos generales políticos, ideológicos y socio-económicos de la época y cómo inciden en el plano jurídico, y en concreto en la formulación del Derecho mercantil.

En la segunda mitad del siglo XVIII, se inicia en Inglaterra una transformación profunda de los sistemas de trabajo y de la estructura de la sociedad. La ciencia se aplicó, por primera vez, de un modo sistemático a los procesos de producción, dando lugar al descubrimiento de nuevas fuentes de energía y a la invención de nuevas técnicas. El trabajo perdió su antiguo carácter artesanal y pasó a organizarse en fábricas, y las comunicaciones experimentaron un desarrollo sin precedentes. Todo ello supondrá el tránsito de una economía agraria y artesanal a una economía industrial, financiera y de servicios y, en este marco, se producirá una progresiva extensión del sistema económico capitalista del comercio a otros sectores de la economía (minería, industria, etc.). Se produce así el tránsito del capitalismo comercial a un capitalismo financiero e industrial. En este contexto el comercio, sin perder su importancia dentro del sistema, va a pasar sin embargo de constituir el exclusivo

sector de la actividad económica a coexistir con una actividad de organización de factores de producción.

Estas transformaciones económicas provocaron grandes cambios políticos. Cae el Absolutismo y llega al poder la burguesía, que implanta las tesis liberales. En el siglo XIX ya ha acontecido la Revolución francesa, la cual, con su ideario igualitario-formal, supondrá la abolición de la sociedad estamental característica del antiguo régimen y determinará, a su vez, la configuración de una sociedad civil separada del poder político, debiendo ponerse todo ello en relación con los dos movimientos culturales que caracterizan este período: el racionalismo y el iusnaturalismo.

Las estructuras del Antiguo Régimen son abolidas para instituir un sistema más racional, basado en la Ley y el reconocimiento al individuo de ciertos derechos y libertades inviolables. Jurídicamente, esto se traduce en la promulgación de un nuevo Derecho liberal, que propugna, antes que nada, el desarrollo de la libertad del individuo. Como doctrina, constituye una reacción frente al intervencionismo económico y las desigualdades sociales de las monarquías absolutas. En el plano económico, el liberalismo —con su gran teórico Adam SMITH— considera la libertad uno de los presupuestos fundamentales del progreso y bienestar social y se postula la libertad de mercados. Existe una confianza ciega en las ventajas de la competencia como motor del crecimiento económico y del progreso técnico (que guía *con mano invisible* los recursos). El Estado no interviene en la economía, adoptando una postura neutral frente a ésta que, a través de su pieza básica (el mercado), se autorregula. Corresponde, por tanto, al Estado tan sólo asegurar legislativamente que tal autorregulación se produzca (Estado policía).

Se produce una despolitización y privatización de la economía, que pasa a ser considerada un ámbito de actividad reservado a la libertad de cada individuo, y se crea un Estado de Derecho, que gobierna con leyes generales aplicables a todos los individuos por igual, sin ningún tipo de privilegios. Surgen así las primeras constituciones liberales, en las que el Estado tiene como

principal función mantener el orden social y velar por la seguridad e igualdad de los ciudadanos.<sup>87</sup>

### **3.1.2. Las fuentes del Derecho mercantil. La codificación como nueva técnica legislativa**

En el marco socio-político y económico apuntado debe situarse el fenómeno de la Codificación como nueva técnica legislativa. Los Códigos liberales son el resultado de la conjunción del viejo ideal racionalista con las doctrinas liberales. El Derecho llamado a abolir los excesos del Antiguo Régimen debía ser a la vez ordenado y sistemático, dictado con arreglo a los postulados de la razón. La codificación se convirtió en uno de los instrumentos fundamentales de la nueva ideología política y económica.

Los Códigos, frente a las antiguas recopilaciones caracterizadas por una casuística yuxtaposición de las dispersas normas legales vigentes, aspiran a expresar en las normas jurídicas el orden natural, con una precisión referida a principios y reglas generales agrupados en orden lógico.

Sobre la nueva técnica legislativa, se afirma que los Códigos son hijos de la época, en el sentido de ser el resultado de la proyección en el ámbito legislativo de la ideología liberal, así como de los movimientos racionalistas e iusnaturalistas característicos del XIX. El ideario igualitario-formal liberal explica la abstracción y generalidad del contenido de los Códigos; el racionalismo, la sistematización global de las normas a partir de la corriente metodológica conocida como jurisprudencia

---

<sup>87</sup> Sobre estos presupuestos socio-políticos y económicos: GIRÓN, «El concepto del Derecho mercantil...», cit., pp. 731 a 735; MENÉNDEZ, «Autonomía económica liberal y codificación mercantil española», en *Centenario del Código de Comercio*, vol. 1, Madrid, 1986, pp. 45 a 82; GONDRA, «Derecho mercantil», cit., pp. 5 a 27; ALONSO UREBA, *Elementos de Derecho mercantil*, cit., pp. 28 a 32; y DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., pp. 17 a 32.

de conceptos; y, finalmente, el iusnaturalismo explica la pretensión de atemporalidad y perpetuidad con que nacen los Códigos<sup>88</sup>.

Sin embargo, desde un punto de vista económico, se manifiesta un desfase entre la realidad contemplada en los Códigos decimonónicos y la existente en el plano de los hechos. En efecto, la codificación de la materia jurídico-mercantil se inicia en un momento particularmente complejo, en el que en realidad se está produciendo el tránsito del capitalismo comercial hacia un capitalismo industrial y financiero. Los Códigos europeos del siglo XIX no darán una acogida expresa al mencionado tránsito en el plano de los hechos económicos, aunque esté presente implícitamente en el sistema.

En efecto, la Codificación —que supuso la conclusión del proceso de estatalización de las fuentes de producción normativas, iniciado en épocas anteriores, especialmente en la Edad Moderna— significó un cambio en el origen del Derecho mercantil, aunque como veremos más formal que material. Así, la Codificación no dará lugar a un nuevo Derecho de creación estatal, sino que recogerá el contenido de las Ordenanzas del período anterior, a su vez, en línea de continuidad con el *ius mercatorum* medieval. Puede sostenerse, por tanto, que más que responder a la idea teórica revolucionaria de los Códigos entendidos como nueva fuente del Derecho a la que se atribuye la función de replanificar la sociedad mediante renovación intensa del sistema normativo, al menos el Código francés de 1807 no constituye más que una recopilación y resistemización de la normativa precodificadora del siglo XVII que contemplaba como único presupuesto económico el comercio.

Empezando por esta primera codificación, la separación entre el Derecho mercantil y civil se producirá en Francia que enlaza con la tradición jurídica continental consagrada con las Ordenanzas francesas del XVII. En 1804 se promulgó el Código civil francés, que recogerá un Derecho histórico pues su contenido se estructura, fundamentalmente, sobre la base del Derecho romano y,

---

<sup>88</sup> Ahora ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 32 y pp. 39 a 44.; y DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 39 a 44..

posteriormente, se promulgará el Código de comercio en 1807, fuertemente influido por las Ordenanzas francesas del Comercio y la Marina de Colbert, lo que será determinante a la hora de delimitar el concepto de Derecho mercantil recogido en dicho Código.

En España, el Código de comercio de 1829 constituye una obra legislativa de extraordinario valor para su época, constituyendo cronológicamente el segundo Código de comercio del mundo, después del napoleónico de 1807. Fue redactado por un jurista de extraordinario talento: Sainz de Andino, que tuvo el mérito de aprovechar los logros alcanzados por la codificación mercantil francesa y combinarlos con lo mejor de nuestra tradición jurídica y comercial, reunida en las viejas ordenanzas consulares<sup>89</sup>. Tras su promulgación, el Código pasó a ocupar por Derecho propio un lugar relevante en la evolución posterior del Derecho mercantil europeo, y su impronta se dejó sentir en la mayor parte de las codificaciones europeas posteriores<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Aunque las Cortes habían intentado ya antes la elaboración de un Código de comercio, la idea no se materializó hasta que fue designada a principios de 1828 una Comisión especial compuesta de magistrados y juriconsultos y de personas versadas en la práctica y usos mercantiles, que recibió el encargo de elaborar y presentar un Proyecto de Código de comercio. En breve fueron redactados y presentados dos Proyectos diferentes, uno obra de la Comisión y otro de su Secretario, Sainz de Andino. Ambos trabajos fueron elevados al Ministerio y una vez examinados por el *mismo* Rey (Fernando VII) y oído el parecer de personas versadas en la materia, se optó por el que presentaba Sainz de Andino que, con leves retoques, fue promulgado el 30 de mayo de 1829. Sobre la figura del autor, y sobre la codificación misma *vid.* RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, obra interesantísima que incluye como apéndice —tras su hallazgo por el autor— el Proyecto preparado por la Comisión real.

<sup>90</sup> De los elogios que del Código de 1829 han hecho repetidamente autores españoles y extranjeros nos quedamos con el de PARDESSUS, además de por la innegable autoridad del autor, porque describe el contexto social en el que surge el Código de Sainz de Andino: «En este estado de la legislación comercial moderna, ha salido a la luz el Código español; y si hubiéramos de dar crédito a esas perpetuas declamaciones con que generalmente se denigra a la España y a su gobierno, parece que estábamos en el caso de preguntar si era posible que en España se hiciera nada bueno; ni siquiera tolerable. Pero por más que refunfunen los que se empeñan en pintar a la España cual si estuviera asumida en la barbarie y en la ignorancia, no podemos menos que decir con sinceridad, que su nuevo Código es mucho más perfecto que todos los que han salido a luz hasta ahora. Porque aunque sus redactores no hubiesen hecho otra cosa sino aprovecharse de los códigos de las demás naciones, aun en esto mismo merecería muchos elogios su prudencia; pero han hecho mucho más, y en esto han dado pruebas de su sabiduría» (la cita la tomo de la «Introducción» del *Código de comercio, concordado y anotado*, cit., pp. XVIII y s.).

Con el tiempo, los profundos cambios económicos e ideológicos hicieron necesaria la reforma de nuestro Derecho mercantil. Tras varios intentos infructuosos, la reforma se inicia realmente en 1860, con el nombramiento de una Comisión presidida originariamente por Gómez de la Serna, y después por Alonso Martínez. En 1882 el Gobierno presentó el Proyecto a las Cortes, que lo aprobaron sin grandes discusiones, siendo promulgado en agosto de 1885, entrando en vigor el primero de enero del año siguiente<sup>91</sup>.

El Código de comercio español de 1885 tuvo como preocupación fundamental conectar la reforma legislativa con la evolución político-ideológica del XIX. Ello justifica que el impulso decisivo para su elaboración proceda del Decreto de Bases para la redacción del Código de comercio de 20 de septiembre de 1869, que trata de plasmar la ideología liberal triunfante con la revolución de 1868. Con base en ello el Código pretende separar la condición de comerciante de todo status socio-político privilegiado y de ahí la supresión en el concepto de comerciante del artículo 1, tanto de la referencia a la «matrícula» como de la expresión «en que funden su estado político», vestigios ambos del antiguo régimen en el que aún se situaba el anterior Código de 1829.

Sin embargo, si bien el Código de comercio de 1885 intenta conectar con la evolución político-ideológica española del XIX, no acontece lo mismo con relación a los cambios económicos que se están produciendo en la realidad. En este momento, en España se está afrontando la revolución industrial. Es el momento en que se está produciendo un desplazamiento del centro de gravedad del sistema del capitalismo comercial al industrial, que no se hará explícito en el Código de Comercio. Este desfase entre norma reguladora y realidad regulada no será, sin embargo, una característica exclusiva del Derecho español, sino que se advierte en general en todos los Códigos del siglo XIX, pudiendo citarse en descargo del Código español de 1885 la tardía industrialización de España respecto de otros

---

<sup>91</sup> Vid., por todas, *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986-1991-1993, cuyo primer volumen fue el resultado de las *Jornadas de Estudios en Conmemoración al Centenario al Código de Comercio* en noviembre de 1985. El segundo y tercer volumen, a cargo de MOTOS GUIRAO y BLANCO CAMPAÑA, contienen los proyectos y trabajos preparatorios del Código.

países europeos, anteriormente expuesta. No obstante dicho desfase del Código español, puede hablarse de algún modo de una industrialización del Código, manifestada en algunos añadidos al referirse en distintos preceptos a la *fábrica, explotación, industria, empresa, establecimiento*. La referencia a dichos elementos, aun cuando no se les dote en el Código de contenido fijo y sistemático, permite sostener en la perspectiva del legislador histórico una equiparación de la actividad industrial a la comercial (arts. 117.2, 123 y 325) y en una perspectiva actual posibilita, junto a otros elementos peculiares de nuestro Código, una interpretación actualizadora que supere los estrechos límites de la doctrina de los actos de comercio<sup>92</sup>.

En Alemania, el proceso codificador estuvo muy influido por el contexto político (a partir de 1815 los Estados alemanes se agrupan en una confederación y en 1871 formaron un Estado federal bajo el nombre de *Reich*) y jurídico (con numerosas legislaciones particulares), y pronto se hizo notar la necesidad de un Derecho único vigente en todo el territorio<sup>93</sup>. El logro de un Derecho cambiario general estimuló la consecución de un Derecho mercantil uniforme para toda Alemania y tras arduos trabajos se aprobó un Proyecto que fue sometido en 1861 a la Asamblea de la Confederación que lo acepta, recomendando a todos los Gobiernos de los Estados alemanes su adopción, cosa que hacen paulatinamente todos. De este modo, Alemania pasaba a tener un Código de comercio general (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch; ADHGB*)<sup>94</sup>.

Por su parte, el segundo Código de comercio alemán de 1897 (*Handelsgesetzbuch; HGB*), que entró en vigor en 1900, tuvo una particular significación histórica en la evolución del Derecho mercantil porque supuso la recepción de la tesis dualista favorable a la dualidad de Códigos dentro del Derecho privado; y una

---

<sup>92</sup> *Vid. infra*.

<sup>93</sup> Sirva como ejemplo de la situación legislativa el aportado por REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, cit., p. 199, que en el año 1843 coexistían en Alemania 56 leyes cambiarias diferentes, por lo que se entiende que la primera reacción legislativa unificada fuese la aprobación de la Ordenanza general cambiaria alemana (*Allgemeine Deutsche Wechsordnung*) de 1847.

<sup>94</sup> Sobre el primer proceso codificador en Alemania *vid.* DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., pp. 75 y ss.



revisión a nivel legislativo de la delimitación de la mercantilidad<sup>95</sup>. Al *HGB* le precedió el Código civil alemán de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch; BGB*), lo que tuvo gran trascendencia para el contenido de la materia mercantil codificada, produciéndose un trasvase de normas relativa al Derecho general del tráfico del ámbito mercantil al civil<sup>96</sup>.

En Suiza, la delimitación entre el Derecho civil y el Derecho mercantil presenta una fisonomía peculiar. La bipartición Código civil-Código de comercio fue sustituida hace más de un siglo por la de Código civil-Código de las Obligaciones, mediante la publicación de la Ley Federal sobre el Derecho de Obligaciones aprobada en 1881, lo que representó un hito en el proceso codificador europeo por su originalidad (que es justo valorarlo en su contexto histórico, cuatro años antes que nuestro vigente Código de comercio). En 1912, tras una limitada revisión en 1911 fue incorporado como Parte V del Código civil (aunque en la práctica se mantiene separado con el viejo título y numeración propia), produciéndose en 1936 una gran revisión de su contenido, que es lo que justifica que el Código de obligaciones tenga una doble fecha (1911/1936)<sup>97</sup>.

En Italia el proceso codificador fue muy movido, en consonancia con la situación política del país. La influencia política y económica francesa y la vinculación con Austria fueron causa de que durante años estuvieran vigentes en una parte del territorio los Código de comercio francés y el alemán de 1661. En el Piamonte-Cerdeña, el afán reformista del Rey Carlos Alberto le lleva a promulgar

---

<sup>95</sup> Sobre el segundo proceso codificador, con especial análisis de las tesis de la codificación mercantil separada defendida por Goldschmidt, frente a quienes postulaban la unificación del Derecho privado, fundamentalmente Endemann y Dernburg, *vid.* GIRÓN, «El concepto del Derecho Mercantil...», *cit.*, pp. 774 y ss.; y también DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

<sup>96</sup> Una Ley de 1873 atribuyó a la legislación del Imperio la competencia sobre la totalidad del Derecho civil y comenzaron las labores de su codificación, y al mismo tiempo se propuso la reforma del *ADHGB* como consecuencia necesaria de la profunda reforma del Derecho privado llevada a cabo por los redactores del Código civil. DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, *cit.*, p. 37, ve aquí la asunción consciente por el Código civil alemán de reglas y principios surgidos originariamente en el ámbito del Derecho mercantil, que se generalizan; en contra GONDRA, *Derecho mercantil*, *cit.*, p. 35, que justifica el trasvase sólo porque el *ADHGB* había regulado materias civiles por no haber en el momento de su promulgación un Código civil.

<sup>97</sup> Sobre esta codificación GIRÓN, *op. cit.*, pp. 754 y ss.; y DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

en el año 1842 un Código de comercio inspirado en el francés (Código *albertino*), cuya vigencia se irá extendiendo a la práctica totalidad del territorio de la nueva Italia. En el año 1865 fue aprobado el Código de comercio del Reino de Italia, tomando como base el texto del Código *albertino* y el *Code* francés. Cuatro años después se crea una Comisión para la redacción de un nuevo Código que finalmente se promulgó en 1882, y que estuvo en vigor hasta su sustitución por el Codice de 1942<sup>98</sup>.

### **3.1.3. Concepto del Derecho mercantil. El denominado *criterio objetivo* delimitador de la mercantilidad y los intentos de su superación**

#### **a. La teoría del acto de comercio**

El concepto del Derecho mercantil en el período del siglo XIX no se puede abordar sino sobre la base de la distinción entre un concepto codificado —recogido en el primer Código de comercio francés de 1807— y un concepto doctrinal —elaborado por la doctrina francesa— que ejercerá una notable influencia sobre lo podríamos denominar la segunda generación de Códigos de comercio.

La mencionada distinción resulta trascendental pues se afirma que el siglo XIX representa el tránsito de un sistema subjetivo a un sistema objetivo de delimitación de la materia jurídica mercantil. Sin embargo, dicho tránsito se producirá no tanto con relación al primer Código de comercio francés de 1807,

---

<sup>98</sup> Vid. VIVANTE, *Tratado de Derecho mercantil*, cit., pp. 50 a 54; y ASCARELLI, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, cit., pp. 75 a 84. Otras codificaciones mercantiles europeas del siglo XIX, que sólo voy a citar, son la de Holanda con el Código de comercio de 1838 (*Wetboek van Koophandel*); y la de Portugal con los Códigos de comercio 1833 y 1889. Además, en muchos países estuvo vigente el Código francés, como ocurrió en Bélgica, o con ligeras variantes como en Grecia (1835) o Turquía (1850).

como respecto de la interpretación que la doctrina francesa inmediata al Código hará de éste<sup>99</sup>.

En efecto, el Código francés no hizo, en esencia, sino recoger el Derecho mercantil de origen medieval en cuanto Derecho de los comerciantes en su tráfico<sup>100</sup>. Ello se confirma a la hora de delimitar el Código francés el ámbito de competencia de la subsistente jurisdicción mercantil especial en los artículos 631 y 632.

El artículo 631.1 alude a las «controversias relativas a los acuerdos y transacciones entre negociantes, comerciantes y banqueros» y en el artículo 632, penúltimo párrafo, se consideran como «actos de comercio» en orden a la delimitación de la competencia de los tribunales de comercio, «todas las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros». Es decir, bajo denominación diversa (actos, negocios u operaciones de comercio) —que va incluso más allá del ámbito del estricto *comercio* y contempla los actos o negocios de *empresa* (art. 632, párrafos 4º, 5º y 6º)— el legislador francés, en línea de continuidad con el *ius mercatorum* medieval, seguía delimitando el Derecho mercantil subjetivamente, definido como el Derecho del comerciante en su tráfico y con arreglo a la *ratione mercaturae* tradicional<sup>101</sup>.

Y cuando el legislador francés, al referirse en el artículo 631.3 a los «actos de comercio entre todas las personas», no hace sino una concesión al contexto político-ideológico de la época, con la finalidad de evitar que la jurisdicción especial pueda entenderse como privilegiada en el sentido de conectada a la clase de los comerciantes. Pero aunque esto es cierto, y el centro del Derecho mercantil del

---

<sup>99</sup> No obstante hay que mencionar que el Código de comercio francés de 2000 no ha modificado la técnica delimitadora de la mercantilidad del Código de Napoleón. Es más, con la nueva sistemática, parte del contenido de los antiguos arts. 632 y ss., que determinaban qué eran reputados actos de comercio, pasan a ser los primeros artículos del Código (art. L. 110-1 y ss.), lo que significa un reconocimiento explícito de la importancia de estos actos de comercio en el sistema del Código. Y al igual que ocurría con el texto de 1807, hay preceptos dedicados al comerciante y contratos que se consideran mercantiles por la presencia de aquéllos, lo que pone de nuevo en tela de juicio su pretendida objetividad.

<sup>100</sup> GIRÓN, *op. cit.*, pp. 739 y s.

<sup>101</sup> GIRÓN, *op. cit.*, p. 740.

*Code* sigue siendo el comerciante, no lo es menos que de manera consciente se quiso dar al Derecho mercantil un carácter de Derecho general aplicable tanto a comerciantes como a no comerciantes, mediante la técnica de los actos de comercio, y que quiso implantar una nueva configuración del Derecho mercantil más objetivada<sup>102</sup>.

Y ésta fue precisamente la interpretación que hicieron los comentaristas del Código francés. La ideología igualitaria liberal lleva a interpretar el Derecho mercantil en el marco estamental del antiguo régimen, con proyección en derechos de clase y jurisdicciones especiales, como Derecho privilegiado de la clase de los comerciantes. Ello determina la propuesta de un criterio de delimitación objetivo del Derecho mercantil que prescindiera de toda referencia al comerciante para determinar su ámbito de aplicación, con lo que se persigue garantizar el acceso al ámbito del Derecho mercantil de *todos* en congruencia con el principio de igualdad.

En este contexto se desarrollan las distintas doctrinas objetivadoras de la mercantilidad que persiguen la construcción de un concepto del Derecho mercantil desvinculado de toda referencia a la persona del comerciante. Lo que la letra del Código no había hecho, esto es, elevar el concepto de acto de comercio al centro del sistema, hubo de ser realizado por la doctrina del siglo XIX, en lo que se ha dado en llamar *teoría de los actos de comercio* (PARDESSUS<sup>103</sup>;

---

<sup>102</sup> MUÑOZ PLANAS, «La objetivación del Derecho mercantil en la codificación napoleónica», cit., pp. 2259 y ss., realiza un cuidadoso estudio de los trabajos legislativos en la redacción del Código francés, y señala que en el Proyecto inicial de la Comisión redactora, la definición del acto de comercio se establecía en el Libro I (arts. 2 y ss.), pero que después se pasó al Libro IV (art. 447) para facilitar la comprensión de las normas relativas a la competencia de los tribunales. Tal modificación fue aprobada por el Consejo de Estado y de esta suerte encontraron su sede definitiva los arts. 632 y s. del *Code*. Este abandono del sistema general adoptado por el Proyecto contribuyó a oscurecer la futura interpretación del Código, y —en su opinión— el resultado fue un texto ni objetivo, ni subjetivo, sino híbrido y desequilibrado, porque termina de admitir dentro de su sistema una categoría de actos que son mercantiles por la condición de las personas (art. 631.1).

<sup>103</sup> En su conocida obra *Cours de Droit commercial*, 1.ª ed., París, 1814, en el que decía —sigo a MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, pp. 2556 y s. —: «No hay nadie que desconozca la importancia de definir de manera precisa y conocer por caracteres que eviten toda confusión, cuáles son las operaciones que deben recibir la cualidad de actos de comercio, puesto que las negociaciones relativas a estos actos son por sí solas el objeto exclusivo de la legislación mercantil». Se liga así

DELAMARRE y LEPOITVIN<sup>104</sup>), con la que se intenta la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho mercantil, el llamado criterio de mercantilidad, bajo condicionamientos ideológicos que conducirán a resultados erróneos.

Según esta doctrina, el Derecho mercantil es el derecho de los actos de comercio, con independencia de la condición de comerciantes de quienes los ejecuten, desconectándose así la materia jurídico-mercantil del tráfico profesional. Los esfuerzos doctrinales se dirigen, principalmente, a la obtención de un concepto unitario de dichos actos y a la sistematización de los distintos tipos existentes de actos de comercio<sup>105</sup>.

El carácter meramente ejemplificativo que tenían la enumeración legal de los singulares actos de comercio hacía necesaria la búsqueda de su esencia unitaria que contuviera en sí la sustancia unitaria del acto de comercio aislado que permitiera extender el campo de aplicación del Derecho mercantil a todos aquellos sectores del tráfico que el legislador no previó. En este sentido la doctrina de la época realizó sobre los Códigos un notable esfuerzo constructivo para explicar el por qué de la mercantilidad de la serie de actos que la Ley reputa actos de comercio<sup>106</sup>. En este sentido, y desde esta perspectiva, hay que citar especialmente aquellas aportaciones de finales del siglo XIX y principios del XX, que creyeron encontrar la idea esencial del acto de comercio en su *especulación* (BESLAY<sup>107</sup>, BRAVARD-VEYRLERES<sup>108</sup>); las que pretenden alcanzar un noción

---

de manera clara y terminante los conceptos de Derecho mercantil y Derecho de los actos de comercio, que tendrá una gran influencia en las interpretaciones posteriores del Código francés.

<sup>104</sup> *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, 1861.

<sup>105</sup> Así se reconducen los actos legales de comercio a cuatro categorías diferentes: en primer lugar, estarían los *actos absolutos u objetivos*, que son mercantiles por razones intrínsecas y con independencia del sujeto que los ejecute; en segundo, los *actos subjetivos o relativos*, cuya mercantilidad deriva de pertenecer a la actividad propia del comerciante o encontrarse en una relación accesoria con su tráfico; en tercer lugar, los *actos mixtos*, en los que sólo una de las partes es comerciante; y por último, los *actos formales*, que reciben su calificación como mercantiles bien por el cumplimiento de determinados requisitos formales frente a sus homólogos civiles o bien porque su mercantilidad deriva de una declaración formal por la Ley.

<sup>106</sup> Sobre todo esto: MUÑOZ-PLANAS, *op. cit.*, pp. 2559 y ss.; y GIRÓN, *op. cit.*, pp. 746 y ss.

<sup>107</sup> *Des actes de commerce. Commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de commerce*, París, 1865, pp. 28 y ss., citado por MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, loc. cit., nota 31.

sistemática de los actos de comercio partiendo del concepto de *circulación* de los productos y del crédito (THALLER<sup>109</sup>); las de la *interposición en el cambio* (ROCCO<sup>110</sup>) o usando fórmulas mixtas, buscando la esencia del Derecho mercantil en la combinación de varios elementos, como es la tesis del acto de comercio como un compuesto de ánimo de lucro y circulación (HAMEL y LAGARDE<sup>111</sup>).

Sin embargo, dichos criterios tampoco sirvieron, pues dichas funciones no son exclusivas de los institutos jurídicos mercantiles. Así, estas aportaciones, que se pueden calificar de *positivistas-formalistas*, fracasan en el intento de definir y sistematizar el acto de comercio como criterio aglutinador de la materia mercantil, debiéndose ello principalmente a un incorrecto planteamiento metodológico que trata de aislar el acto de comercio para definirlo. La mercantilidad de un acto no puede llegar a establecerse sobre la base de dicho acto en sí mismo considerado, sino en relación con una serie de actos, con un tipo de actividad<sup>112</sup>.

El fracaso de los expuestos intentos definitorios del acto de comercio determinó la proposición por la doctrina de otros criterios, entre los que podemos citar la doctrina sobre la caracterización del Derecho mercantil *por sus notas específicas*, que con particularidades según autores, pretende una delimitación del Derecho mercantil sobre la base de notas no definitorias (conexión de las normas con la racionalidad del sistema económico, internacionalización de éstas, etc.) o externas, en el sentido de que no explican la razón o fundamento de la especialidad normativa.

---

<sup>108</sup> *Traité de Droit commercial*, París, 2.ª ed., 1890, vol. I, pp. 49 y ss., citado por MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, loc. cit., nota 31.

<sup>109</sup> *Traité élémentaire de droit commercial*, París, 8.ª ed., 1931, pp. 13 y 14; y antes en «*Courte étude sur les actes de commerce*», *Annales de Droit Commercial*, 1895 (vol. 9), pp. 1777 y ss. .

<sup>110</sup> *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. RDP, 1931, pp. 3 y ss.

<sup>111</sup> *Traité de Droit commercial*, vol. I, París, 1954, p. 174.

<sup>112</sup> ESTEBAN VELASCO, «Derecho mercantil», en *Introducción al Derecho*, VV.AA., Toledo, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 1997, pp. 133 y ss.

También hay que mencionar la doctrina de la *distinción entre comercio en sentido económico y en sentido jurídico* (THÖL<sup>113</sup>). Esta tesis, propone situar en el *comercio* el concepto aglutinador de toda la materia jurídico-mercantil contenida en los Códigos, pero conscientes de que el comercio como realidad económica tras la revolución industrial ha pasado a coexistir dentro del tráfico con otros sectores económicos (industria, minería, etc.), proponen la distinción entre comercio en sentido económico —que es identificado con la primitiva actividad de intermediación en el cambio— y en sentido jurídico —que es la contenida en los Códigos—. Pero, como se puso de manifiesto, ésta era una solución artificiosa, porque si se ha producido una ampliación de la esfera de aplicación del Derecho mercantil más allá de lo que constituye el comercio en sentido económico, la consecuencia ineludible es que el Derecho mercantil no depende del concepto de comercio, o dicho de otro modo, que lo que en cada país constituye Derecho mercantil no se determina por lo que sea el comercio, sino por la calificación del legislador, y llamar al resultado de esta calificación legal comercio en sentido jurídico es una simple sustitución de palabras que no sirve como criterio delimitador de la mercantilidad<sup>114</sup>.

## **b. La objetivación de la segunda generación de Códigos europeos**

Las corrientes objetivadoras, a pesar de constituir científicamente intentos fallidos de delimitación de la mercantilidad, ejercerán una notable influencia sobre los Códigos europeos posteriores, excepcionando al primer Código de comercio español de 1829 que ocupa una posición singular en el panorama del Derecho comparado de la época. Veámos por qué.

---

<sup>113</sup> *Das Handelsrecht als gemeines in Deutschland geltendes Privatsrecht*, t. I, 1892, pp. 36 y ss. (citado por RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 22, nota 6).

<sup>114</sup> *Vid.* la crítica de GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1, cit., p. 5; y «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil», cit., pp. 49 y s. y RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 29 a 31.

De un lado, es un Código inscrito aún en el marco del sistema corporativo del período histórico anterior que aún pervive en nuestro país bajo el reinado absoluto de Fernando VII, como manifiesta su artículo 1, que recoge la caracterización del comerciante según la sociedad estamental por la inscripción en la «Matrícula de los Comerciantes»<sup>115</sup>. Y de otro lado, en materia de delimitación del criterio de mercantilidad resulta discutible y controvertida su adscripción a un sistema subjetivo u objetivo.

La delimitación de la competencia de los tribunales mercantiles se atiende, siguiendo el modelo del Código de comercio francés, a la intervención en «alguna operación de comercio» (art. 2), aún sin tener la condición de «comerciante matriculado» (art. 1200). Frente a ello, otros preceptos del Código dan relevancia a la presencia de un comerciante para la calificación de muchos contratos según el sistema subjetivo. Ello justifica la existencia de una conocida disputa doctrinal sobre la adscripción del Código del 29 a un sistema objetivo<sup>116</sup>, a un sistema subjetivo<sup>117</sup>, a un sistema predominantemente subjetivo<sup>118</sup>, o a un sistema mixto en

---

<sup>115</sup> GONDRA, *op. cit.*, p. 32.

<sup>116</sup> GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1, cit., p. 185; y RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 328.

<sup>117</sup> Que es la tesis que preconizan los redactores del Código de comercio de 1882, cuando decían que «se observa desde sus primeros artículos, que éste considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva», y que mientras el Código de 1829 «parece ser el Código propio y peculiar de una clase de ciudadanos, el proyecto, de acuerdo, con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir a todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que lo celebre».

<sup>118</sup> Tesis defendida por LANGLE, *La jurisdicción mercantil en el Código de 1829* (Conferencia impartida en Madrid, el 29 de mayo de 1929, en la conmemoración del primer centenario del Código de comercio celebrada por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Granada. *Publicaciones del Boletín de la Universidad de Granada*, 1930, esp. pp. 20 y s.; *Manual de Derecho mercantil*, t. I, cit., p. 202; y *Orla de mercantilistas españoles alrededor de nuestro primer Código de comercio* (Discurso de Apertura de la Universidad de Granada en el Curso 1950-51), Granada, 1950, pp. 14 a 16, donde hace una interesante comparación entre preceptos del Código de 1829 y del Código de 1885 de determinadas instituciones, que le lleva a afirmar la mayor tendencia subjetiva del primero. Esta preeminencia subjetiva la encuentran mucho más acusada GIRÓN TENA, «El concepto de Derecho Mercantil...», cit., pp. 736 y ss.; y *Apuntes de Derecho mercantil (Introducción)*, cit., pp. 66 a 68; GONDRA, *Derecho mercantil*, cit., p. 32; ALONSO UREBA, *Elementos de Derecho mercantil*, cit., pp. 85 y s.; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Fundamentos de Derecho Mercantil I. Introducción y empresa. Derecho de sociedades (Parte General. Sociedades de personas)*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2.ª ed, 2000, pp. 32 y s.



el que es difícil ponderar el mayor predominio de los factores subjetivos u objetivos<sup>119</sup>.

Los Códigos europeos de la época, sin embargo, pretenderán una acentuada objetivación del criterio delimitativo de la mercantilidad. En este sentido, cabe citar el *ADHGB* alemán de 1861, el Código de comercio italiano de 1882, así como el segundo Código de comercio español. Pero la supuesta *objetivación* del Derecho mercantil en los Códigos europeos de la época no estará, sin embargo, exenta de contradicciones.

Primero, en ninguno de los Códigos el Derecho mercantil se presenta sólo como un Derecho especial regulador exclusivamente de una categoría de actos a los que se denomina *actos de comercio*, sino que todos contienen también normas dirigidas a los comerciantes profesionales. Así acontece en el *ADHGB*, donde la materia mercantil (*Handelssache*) no se limita exclusivamente a los «negocios de comercio» (*Handelsgeschäfte*), sino que se encuentran en dicho Código otras materias —como es el caso del régimen de status del comerciante (*Kaufleute*)— cuya noción se vincula no al acto objetivo del comercio, sino al ejercicio profesional de negocios mercantiles<sup>120</sup>. Otro tanto sucede en el Código de comercio italiano de 1882, en el que junto a la larga enumeración de *atto di commercio* de los artículos 3 y 4 (veinticuatro), contiene un régimen específico para el comerciante<sup>121</sup>.

Segundo, la mercantilidad de algunos singulares actos de comercio se delimita sobre la base de unas presunciones que resultan contradictorias con la concepción objetiva del sistema. El *ADHGB* alemán, establece en el § 272 que se reputarán «negocios de comercio» aquellos que sean realizados por un comerciante, siempre que pertenezcan a la explotación de su profesión mercantil

---

<sup>119</sup> OLIVENCIA, «El Derecho mercantil de la codificación», en *Derecho mercantil*, Coord. Jiménez Sánchez, Barcelona, Ariel, 1992, pp. 16 y s.

<sup>120</sup> Como señala GIRÓN, «El concepto del Derecho Mercantil...», cit., pp. 743 y s., dado que los actos de comercio se conciben en el *ADHGB* en sentido de negocios jurídicos y no como sectores de actividad económico-profesional, la doctrina alemana se verá en la necesidad de precisar que no todos los negocios de comercio atribuyen la condición de comerciante, sino sólo aquellos considerados *fundamentales* (*Grundhandelsgeschäfte* de los §§ 271 y 272), y ello en tanto en cuanto sean objeto de un ejercicio profesional (*Gewerhemässig* del § 1).

<sup>121</sup> Vid. VIVANTE, *Tratado de Derecho mercantil*, cit., pp. 70 y s., y pp. 100 y ss.

(zum Betriebe seines Handelsgewerbes); y en el § 274 establece la presunción de mercantilidad de los negocios jurídicos por el hecho de ser parte en ellos un comerciante profesional y, respecto de los documentos de débito, por haberlos suscrito así mismo un comerciante. Estas mismas contradicciones se reproducen en el Código de comercio italiano, a nivel de regulación de los concretos negocios mercantiles (art. 4).

Respecto del criterio delimitativo de la mercantilidad, el Código español de 1885 sigue la tendencia objetivadora manifestada en los Códigos europeos de la época influidos por la doctrina francesa de los actos de comercio. Esta idea objetivadora del Derecho mercantil expresada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 1882<sup>122</sup> se manifiesta a nivel jurídico positivo y, sobre todo, en el artículo 2, párrafo 1, del Código al delimitar el ámbito de aplicación de las normas mercantiles con referencia a los actos de comercio, «sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código». Se advierte en este precepto un paralelismo con el artículo 2 del Código español de 1829, aun cuando con una apertura de la mercantilidad respecto de aquél, al admitir la existencia de materia jurídico-mercantil no contenida en el Código.

---

<sup>122</sup> La Exposición de Motivos del Código sitúa en términos categóricos el centro del Derecho mercantil en el concepto de los actos de comercio:

«Comenzando por el carácter general que ofrece el proyecto, se observa desde sus primeros artículos que éste considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva, no sólo en cuanto a lo que debe ser el objeto principal de sus disposiciones, sino en lo que atañe a los elementos o fuentes que lo constituyen, en lo cual se distingue esencialmente del vigente Código.

En efecto, mientras éste, partiendo del concepto que tenían formado de las leyes los antiguos jurisconsultos, parece ser el Código propio y peculiar de una clase de ciudadanos, el proyecto propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren. Por eso, el primero atiende ante todo a calificar las personas que están obligadas a observar sus preceptos, de cuya calificación hace depender muchas veces la que debe darse a los actos y contratos que celebran y concede tanta importancia a las formas y solemnidades necesarias para adquirir la calidad de comerciante, y muy en particular a la inscripción en la matrícula o registro que debe contener los nombres de los que ejercen la profesión mercantil en cada provincia. Y, en cambio, el segundo se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos, para atribuirlos o no la calificación de mercantiles, con independencia de las personas que en ellos intervienen, sin limitar su número a los que taxativamente ha consignado el legislador en el Código (...) Comparados ambos sistemas salta á la vista la superioridad del adoptado por el proyecto».

El Código de comercio español de 1885, en una primera interpretación y con base en lo expuesto, acusa una radicalización ideológica y una dogmatización técnico-jurídica del objetivismo frente al Código derogado que, sin embargo, no aparece exenta de fisuras y contradicciones en un análisis de los preceptos delimitadores de la mercantilidad no sólo en sí mismos considerados, sino en conexión con otros preceptos del Código<sup>123</sup>.

Dichas contradicciones, en parte connaturales a la lógica del sistema objetivo de los actos de comercio y, por tanto, comunes a otros Códigos de la época también pretendidamente objetivos y, en parte, peculiares de la propia técnica y sistemática delimitadora del Código, determinan una cuestionabilidad del verdadero criterio delimitativo de la mercantilidad en el Derecho español que ha dado lugar a una inacabada polémica doctrinal sobre la función de los actos de comercio, el sistema del Código y el concepto del Derecho mercantil en Derecho español.

Como primera de estas contradicciones que condicionan la interpretación del sistema del Código de 1885, hay que señalar la no identidad entre actos de comercio y materia mercantil, ya que los primeros no agotan la segunda. Así lo confirma que el Código contenga un importante sector de normas sobre el status jurídico del comerciante, la capacidad, etc. que no son calificables como actos de comercio. Otra contradicción es la utilización de criterios heterogéneos en la calificación de la mercantilidad de los singulares actos contenidos en el Código. Al respecto hay que señalar que, al tener la reforma de 1885 un carácter muy ideológico de supresión de toda referencia al antiguo régimen contenida en el Código de 1829, en realidad no se alteran sustancialmente los criterios subjetivos de delimitación de la mercantilidad contenidos en dicho Código.

También hay que considerar como una contradicción del supuesto sistema objetivo, la inclusión, aunque en forma embrionaria y no sistemática, de actividades distintas del comercio dentro de la materia regulada. Al igual que el desarrollo de

---

<sup>123</sup> Como puso de manifiesto GIRÓN, «El concepto del Derecho Mercantil en el Derecho español», cit., pp. 971 y ss.. También GONDRA, *op. cit.*, pp. 11 a 14 y pp. 32 a 35; ALONSO UREBA, *op. cit.*, pp. 87 a 90; y DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, cit., p. 55.

normas especiales al margen del Código que se refieren a relaciones socioeconómicas que guardan relación de continuidad y de finalidad con la materia regulada en el Código. Y por último, la utilización de la analogía económico-comercial para resolver la calificación de actos y actividades del futuro.

De lo anterior, resulta que el sistema seguido por nuestro ordenamiento no es propiamente objetivo, ni puramente subjetivo; sino fruto de una combinación de ambos elementos, aunque materialmente predomine su índole subjetiva.

El Código de Comercio introduce dos novedades importantes en materia de concepto respecto del Código de 1829, de un lado la llamada apertura de la mercantilidad y de otro reconoce la historicidad del Derecho mercantil. El Código de Comercio de 1829, al determinar el marco de competencia de los Tribunales de Comercio se limita a los actos de comercio comprendidos en el Código, y el artículo 2 del Código de Comercio vigente a que «se reputan actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga». Esta idea de apertura de la mercantilidad a materias no reguladas en el Código está presente en la propia Exposición de Motivos, pudiendo leerse que: «en la comisión, en vista de tales dificultades, se decidió al fin por una fórmula práctica exenta de toda pretensión científica, pero tan comprensiva que en una sola frase enumera o resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos ahora y tan flexible que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir..., la comisión confiando más en la ciencia que en el buen sentido, ha declarado que son actos de comercio todos aquéllos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, dejando la calificación de los hechos según vayan apareciendo en la esfera mercantil, a buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de jueces y magistrados». Esto último explica cual es el concepto de analogía utilizado por el legislador, no se está refiriendo al artículo 4 del Código Civil, sino a los que vayan apareciendo en el tráfico remitiendo su calificación como actos de comercio al buen sentido y a la experiencia.

La configuración como cláusula general de los llamados actos de comercio análogos, presenta el origen de la apertura de la mercantilidad y permite una

interpretación actualizada del Código en materia de concepto, no presentándose problemas para plantear un concepto de Derecho mercantil que se sustente sobre el elemento subjetivo y empresarial, como heredero del comerciante y del comercio en el ámbito de la realidad económica actual, tal y como se expondrá más adelante.

**c. Intentos de superación de las concepciones objetivas. Las tesis historicistas. Especial referencia a la corriente de la unificación del Derecho civil y mercantil y a su vertiente legislativa actual**

Las corrientes objetivadoras del Derecho mercantil y, en concreto, la doctrina francesa de los actos de comercio, al situar en dichos actos el centro del Derecho mercantil y fracasar los intentos de definición y sistematización de éstos, provocará una desconexión del Derecho mercantil con la materia regulada. En efecto, la realidad del tráfico va más allá del comercio y de su criterio delimitador, el acto de comercio y el Derecho mercantil codificado<sup>124</sup>.

La consecuencia inmediata de la mencionada desconexión entre Derecho mercantil y materia regulada será una crisis de identidad de dicha disciplina, pues el Derecho mercantil como Derecho especial encuentra la razón y justificación de su existencia y especialidad en la materia que regula donde.

Así, algunos autores alemanes de la segunda mitad del siglo XIX comienzan a poner de manifiesto la historicidad del Derecho mercantil, lo que supuso un inestimable acercamiento del Derecho mercantil a la realidad económica a la que sirve. Esta perspectiva histórica dará razón de la progresiva extensión de las normas mercantiles a otros sectores de la realidad económica distintos del puramente comercial, y acabará sentando las bases de la posterior superación de la doctrina

---

<sup>124</sup> GIRÓN, «El concepto del Derecho mercantil...», cit., pp. 732 y ss.

Dicha crisis dará lugar a la búsqueda de nuevos enfoques de su concepto y justificación, donde hay que situar las corrientes doctrinales de signo historicista, muy difundidas en la doctrina alemana, y que pueden agruparse en *tesis dualistas*, que son aquellas que propugnan el mantenimiento de la clásica dicotomía del Derecho privado en Derecho civil y mercantil; y las *tesis de la unificación*, que propugnaban la desaparición de tal dicotomía del Derecho privado y, correlativamente, su unificación.

Dentro de la primera de estas corrientes de pensamiento histórico destaca la tesis de GOLDSCHMIDT. Este autor —frente a las tesis del historicismo más radical (NUSSBAUM), que consideraba el Derecho mercantil poco menos que un anacronismo y propugnaba su desaparición— partía, como constante histórica, de la subsistencia de la dicotomía del Derecho privado en Derecho civil y mercantil, argumentando que el tráfico mercantil, por su mayor dinamismo respecto del civil, requerirá siempre un Derecho más ágil que el que se contiene en el Derecho común. Sin embargo, si bien es una constante histórica la existencia de ambas disciplinas, las relaciones entre ambas se caracterizan por la nota de la movilidad. En esta movilidad, dicho autor advierte la existencia de un proceso de generalización de normas e instituciones que históricamente aparecen en el ámbito del Derecho mercantil como Derecho especial y, con el tiempo, son asimiladas por el Derecho civil, mientras el Derecho mercantil se expande a nuevos sectores de la realidad económica. Ello da lugar a una especie de flujo que el profesor alemán compara con la figura de un glaciar, cuyos hielos se renuevan permanentemente en las zonas altas y se diluyen a las inferiores a medida que se mezclan con los restantes sedimentos (*Gletschertheorie*)<sup>125</sup>.

Esta tesis encontró explícita acogida a nivel jurídico positivo en Alemania con la promulgación del segundo Código de comercio alemán de 1897. De este modo, en un momento en que se cuestionaba desde diversos sectores la razón de ser del Derecho mercantil como Derecho privado especial, la promulgación de este Código alemán supuso una opción en favor de la codificación separada de este

---

<sup>125</sup> GOLDSCHMIDT, *Storia universale del Diritto commerciale*, cit., p. 13.

Derecho, prevaleciendo la tesis de dualistas frente a las de los que propugnaban la unificación.

A la tesis de GOLDSCHMIDT se le hacen importantes objeciones. Por una parte, que sólo se contemplan sectores o institutos de Derecho patrimonial y de tratamiento jurídico duplicado (sociedad, compraventa, transporte, préstamo); y, por otra, que frente a los ejemplos concretos que se señalan como de generalización del Derecho mercantil fuera del tráfico profesional (letra de cambio), lo que permite hablar de una *comercialización del Derecho civil*, debe destacarse que dicha extensión o generalización es algo accesorio respecto del origen y causación de estas instituciones que sigue estando en el tráfico profesional<sup>126</sup>. Finalmente, que no se llegó a precisar cuáles son las leyes históricas que rigen el proceso de trasvase de normas del Derecho mercantil al Derecho civil, ni los criterios con arreglo a los cuales han de fijarse en cada momento los linderos que separan ambas disciplinas<sup>127</sup>.

Las tesis de la unificación se apoyaban también en enfoques historicistas, aunque contrariamente a las tesis dualistas propugnaban la desaparición de la tradicional dicotomía del Derecho privado. Dentro de esta corriente hay que distinguir a aquéllos que defienden una pura y simple unificación, por no existir razones para la permanencia de un Derecho mercantil como un Derecho especial; de quienes limitan la extensión del tema al Derecho de obligaciones.

La corriente de la unificación se inicia en Alemania en la segunda mitad del siglo pasado con las posiciones de ENDEMANN<sup>128</sup>, para quien sólo la inadaptación del legado civil romano a las circunstancias del presente explica la individualidad conferida al Derecho mercantil<sup>129</sup>. Posteriormente destacan MUNZINGER en

---

<sup>126</sup> ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 39.

<sup>127</sup> GONDRA, *op. cit.*, p. 38.

<sup>128</sup> Ideas por primera vez expuestas en *Der Entwurf eines Deutschen Handelsgesetzbuches in seinen drei resten Büchern. Mittheilungen und Bemerkungen*, Erlangen, 1858; y recogidas posteriormente en su *Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt*, Heidelberg, 2.ª ed., 1868 (lo tomo de DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., p. 165, nota núm. 1).

<sup>129</sup> No obstante, ante las circunstancias de la época en Alemania, que impedían llevar a cabo una reforma generalizada del Derecho civil, abogaba por la formación de un Código general de

Suiza, principal artífice del Código unificado de aquel país; MOLENGRAAF en Holanda<sup>130</sup>, con una indudable influencia en la más reciente unificación del Código civil holandés; y VIVANTE en Italia, propulsor inicial del *codice* único. Estos autores seguirán e impulsarán en sus respectivos países la corriente de la unificación, con una importante influencia en la doctrina de resto de países europeos.

Un resumen muy autorizado de los argumentos en los que se apoya esta posición doctrinal nos lo da VIVANTE, en su conocida *Lección inaugural* en la Universidad de Bolonia en el año 1892<sup>131</sup>. En primer lugar, que el Derecho mercantil es un anacronismo histórico, ya que dicho Derecho obedecía a unas razones históricas más o menos circunstanciales que han perdido vigencia en el tráfico moderno. En segundo lugar, que en dicho tráfico moderno se advierte una progresiva mercantilización de la sociedad civil globalmente considerada. En tercer lugar, se cita la experiencia comparativa —en particular, la anglosajona— que tradicionalmente ha desconocido la dicotomía del Derecho privado. Finalmente, se hace referencia a la contradicción que, desde un punto de vista axiológico, representa el sometimiento al Derecho mercantil como Derecho profesional de los comerciantes de los llamados actos mixtos, en que una de las partes no es comerciante.

Pero conocido es también el cambio de actitud de VIVANTE respecto a la unificación del Derecho mercantil y Derecho civil en un solo Código, en un *acto de*

---

comercio Otro seguidor importante de las tesis unitarias en Alemania es DERNBURG, *Lehrbuch*, t. II, 1887, pp. 8 y ss. (sobre todo esto DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 165 y s.).

<sup>130</sup> *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem, 1885. A su juicio, una división convincente del Derecho civil y mercantil es imposible, ya que la razón de su separación es ocasional, debida al estancamiento del Derecho civil en una fase de rápido desarrollo del comercio, concluyendo —en la línea señalada por ENDEMANN— que la fusión del Derecho civil y mercantil es simple cuestión de transformación del primero (DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 181 y s.).

<sup>131</sup> «Per un codice unico delle obbligazioni», publicada en *Annale de Droit comm.*, 1893; y que después aparecería bajo el título «L'unità del diritto privato», en las sucesivas ediciones de su *Tratatto*, en donde abogaba por un generalización de un nuevo Derecho mercantil. Aunque, incluso en Italia ya en 1889 BOLAFFIO había pronunciado una lección inaugural en Venecia con el mismo título, no hay duda de que VIVANTE fue el gran propulsor de la tesis de la unificación en toda Europa.



*conversión* (en sus propias palabras)<sup>132</sup>. Pero de la lectura de sus reflexiones en contra de la unificación, se perciben más razones socio-económicas, de política jurídica (considera que para el desarrollo económico del país conviene una codificación adecuada al mercado internacional) y de técnica legislativa (diferencias del método en la codificación civil y comercial, y en la forma de trabajar de civilistas y mercantilistas), que razones de fondo (si se quita la existencia de unos peculiares principios configuradores del Derecho mercantil de los que carece el Derecho civil, como el carácter cosmopolita y cambiante este Derecho)<sup>133</sup>.

Otra corriente unitaria distinta es la tesis del Derecho mercantil como Derecho del capitalismo, que afirma la conexión histórico-causal del Derecho mercantil con el capitalismo como sistema económico, negando en la actualidad su fundamentación y justificación por razón de la materia (ASCARELLI<sup>134</sup>). Bajo esta interpretación, el Derecho mercantil no guardaría relación con una categoría descriptiva (comercio, tráfico de empresas), sino con una categoría histórica de la economía: el sistema económico de producción capitalista. Se vincula, pues, bajo esta tesis, la aparición y evolución del Derecho mercantil al sistema económico capitalista; y el tránsito de un capitalismo comercial originario a un capitalismo industrial y financiero como consecuencia de la revolución industrial conducirá a la homogeneización de la actividad económica moderna, lo que privará —a juicio de quienes postulan esta tesis— de toda razón de ser al Derecho mercantil como Derecho especial *ratione materiae*. Se presenta, así, la unificación del Derecho privado, con la consiguiente supresión del Derecho mercantil, como una

---

<sup>132</sup> «L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma», *RDC*, 1925, t. I, pp. 572 y ss., posteriormente introducida en la sucesivas reimpressiones de la 5.ª edición del *Tratado* bajo el epígrafe de «Introduzione».

<sup>133</sup> Recordemos las palabras con las que el maestro italiano inicia ese *atto di conversione*: «siento el deber de justificar esa retractación con el deseo de que le sea dado todo el alcance que merece a causa de la experiencia adquirida: tanto más cuanto que una convicción nueva debe gozar de mayor autoridad que la que fue abandonada, puesto que el escritor de buena fe, para cambiar el propio convencimiento, ha de combatir no sólo las razones que originariamente le determinaron, sino también las que sucesivamente, por fuerza de cohesión, fueron de modo natural a reforzarla. Es un acto de conversión tanto más merecedor de atención cuanto que no resulta agradable al que lo realiza» (*Tratado de Derecho mercantil*, vol. I, cit., p. 16).

<sup>134</sup> Puede verse el fundamento de dicha doctrina en su *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, cit., pp. 94 y ss.

consecuencia histórica vinculada a la evolución del propio sistema capitalista. A esta tesis, se le pueden oponer las siguientes objeciones: pese a la indudable conexión entre sistema económico y Derecho mercantil puesta de manifiesto por esta corriente doctrinal, no cabe centrar en el capitalismo como tal la base del concepto del Derecho mercantil. En los países del Este, y hasta los cambios acontecidos en el último cuarto del siglo XX, no existía capitalismo y sí, en cambio, instituciones jurídico-económicas específicas propias de las empresas y su tráfico y distintas de las comunes o civiles. De otro lado, esta doctrina parte de una visión no actual, sino retrospectiva de la realidad económica, pues Europa occidental ha vivido ya el tránsito del capitalismo y la profundización en la llamada Economía Social de Mercado, lo que da lugar a la toma en consideración en las instituciones jurídicas de intereses plurales más allá de los exclusivamente del capital (consumidores, intereses generales, pequeños ahorradores, etc.)<sup>135</sup>.

En nuestro país las corrientes unificadoras se recepcionan en el siglo XX por un importante sector de nuestra doctrina con distintos matices su marco e intensidad, que va desde el escepticismo de VICENTE y GELLA<sup>136</sup>; a una defensa de una unificación global de RUBIO<sup>137</sup> y CONDE<sup>138</sup>, muy ligada a la teoría del Derecho mercantil como teoría del capitalismo; pasando por postura mayoritaria, favorable a la unificación parcial (sector de obligaciones y contratos), aunque también aquí con ciertas diferencias. LANGLE se pronuncia a favor de una gradual

---

<sup>135</sup> GIRÓN, *Apuntes de Derecho mercantil (Introducción)*, cit., pp. 51 a 54; y ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>136</sup> Para este autor, es *indiferente* refundir en uno solo Código de Derecho privado las reglas civiles y mercantiles, y señala que en Derecho comparado encontramos Códigos separados y unificados, y ni han contribuido ni han sido un obstáculo para el desenvolvimiento comercial de los respectivos países, ni siquiera para la elaboración en ellos de un Derecho mercantil en consonancia con las exigencias de la circulación de los bienes (*Curso de Derecho mercantil comparado*, t. I, Zaragoza, 1.ª ed., 1944, pp. 31 y s.).

<sup>137</sup> Primero «Sobre el concepto de Derecho mercantil», *RDM*, 1947, pp. 317 a 380, esp. pp. 378 y ss. ; y después en *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 236 a 240, donde realiza la más enconada defensa de la necesidad de promulgar un Código único de Derecho privado que responda a las exigencias de la realidad económica presente, sin perjuicio de la posibilidad de leyes especiales cuando una materia lo exija.

<sup>138</sup> «La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo», *RDM*, núm. 11, 1947, pp. 167 y ss.

unificación, comenzado con un Código único de obligaciones<sup>139</sup>; GARRIGUES, cambiando su postura inicial en contra de la unificación, la defiende pero sólo con relación al Derecho de obligaciones y contratos que no fueran *esencialmente mercantiles*<sup>140</sup>; postura que sigue básicamente BROSETA<sup>141</sup>. Por una unificación del Derecho de obligaciones también se manifiesta nuestra doctrina mayoritaria en la actualidad (SÁNCHEZ CALERO<sup>142</sup> y MENÉNDEZ<sup>143</sup>), mientras que abogan por una unificación del Derecho privado del tráfico económico (BERCOVITZ<sup>144</sup>; VICENT CHULIÁ<sup>145</sup>).

---

<sup>139</sup> Considera que la fusión completa de los Derecho civil y mercantil no es aún practicable y que convendría la redacción de un Código fundamental de obligaciones y contratos, y una serie de leyes particulares específicas que desenvolvesen de manera concreta las peculiaridades de ciertas materias y exclusivas del comercio (*Manual de Derecho mercantil*, t. I, cit., pp. 65 y s.; desarrollándola con más detalle en su estudio «La autonomía del Derecho mercantil. Revisión doctrinal y nuevos derroteros», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1942, pp. 465 a 503 y pp. 581 a 632).

<sup>140</sup> Si en 1947, en su *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1, Madrid, pp. 32 y s., justificaba la actual separación entre el Derecho civil y Derecho mercantil; en el epílogo de su estudio «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil», cit., pp. 92 a 94 (en la publicación original de 1959, *RDM*, pp. 57 a 59), expone sintéticamente su opinión a favor de una unificación parcial, aunque ciertamente restringida. Señala que hay instituciones mercantiles intransferibles al Derecho común (empresas individuales y sociales, la empresa como organización, el patrimonio y signos distintivos, etc.), al igual que hay materiales intrínsecamente civiles, y por lo tanto propugna un Código único de Derecho privado, que excluya de su ámbito las normas que no puedan civilizarse (entre las que incluye, junto a las anteriormente citadas, a los contratos *esencialmente mercantiles* por estar ligados inseparablemente a la actividad de la empresa mercantil) y las que no puedan mercantilizarse (personalidad, familia y sucesiones). por lo que la unificación sólo podría afectar a ciertas materias. Aboga por la promulgación de tres Códigos: un Código de obligaciones como el apuntado; un Código de comercio para la empresa como organización y un Código civil (postura que ya incluye en su *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.ª ed., cit., pp. 34 y s., bajo el epígrafe «Los futuros Códigos de Derecho privado»).

<sup>141</sup> Autor que defiende una unificación parcial, similar a la propuesta por GARRIGUES, en su conocido estudio *La empresa, la unificación del Derecho de las obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965, pp. 243 y ss., y 250 y s.

<sup>142</sup> Unificación del Derecho de obligaciones que defiende desde la primera edición de sus *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1968, p. 60 (24.ª ed., 2002, p. 128), que tras comentar la tendencia de hacia un tratamiento legislativo unitario de las obligaciones y contratos, con una recepción por parte del Derecho civil de las normas mercantiles, y que esta unificación consiente seguramente una disciplina más coherente del Derecho de obligaciones, que al mismo tiempo no impide que ciertos contratos por su conformación histórica continúen calificándose como mercantiles.

<sup>143</sup> «El Código de comercio y la reforma de la legislación mercantil», cit., pp. 46 y ss.

<sup>144</sup> «En torno a la unificación del Derecho privado», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. De Castro*, t. I, Madrid, 1976, p. 167; y más recientemente en *Apuntes de Derecho mercantil*, cit., pp. 63 y s. Su tesis se puede resumir en su consideración de que se va hacia un sistema donde regirán las mismas normas para todos aquellos que se dediquen al tráfico económico, y donde las operaciones en el tráfico no tengan más que una única regulación, sin

Aunque esto rompa algo con el punto evolutivo en el que nos encontramos en la exposición, veamos la vertiente legislativa de la unificación del Derecho civil y mercantil desde el siglo XIX hasta la actualidad. Ejemplos tenemos muchos, algunos muy recientes<sup>146</sup>, pero nos centraremos por su proximidad geográfica y cultural en las unificaciones de suiza de 1881 (*Code des Obligations*;

---

distinción sobre legislación civil o mercantil. Vid. también PUENTE MUÑOZ, «De la unificación del Derecho patrimonial privado», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*, t. III, cit., pp. 3065 a 3074.

<sup>145</sup> En toda la lección primera de su *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 15.<sup>a</sup> ed., 2002, pp. 29 y ss., transmite una sensación de pesimismo por el futuro del Derecho mercantil y de optimismo por la pronta unificación de todo nuestro Derecho privado general, argumentado las razones por la que se debe producir dicha unificación y que se pueden concretar en las siguientes: que la división del Derecho privado hoy es injustificable; que la calificación de cuándo un empresario o un contrato son mercantiles no es clara ni para los especialistas; y que falta racionalidad en la discriminación normativa mercantil/civil (p. 37). Rechaza el fundamento argüido por lo que llama *cruzada españolista neocentralista (sic)* de que la distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas vaya en contra de la posibilidad de unificación. Y también en sus palabras, «la tarea del S. XXI es la unificación de todo el Derecho privado, con un único Código —un «Nuevo Código Civil»— y Leyes generales sobre materias concretas; y que, el legislador español —muy condicionado por la presencia de maestros del Derecho mercantil en la Comisión General de Codificación— parece haber dado la espalda hasta ahora al ideal de la unificación» (p. 61).

<sup>146</sup> Sin ánimo exhaustivo: el Código suizo de las obligaciones —a partir del año 1881— que fue incorporado como Libro V del Código Civil en 1912; Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967) y, comprendiendo materia civil y comercial, por los códigos civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1994).

En Argentina el 18 de diciembre de 1998, bajo la presidencia de Ménem, se concluyó un Proyecto de Código civil unificado con el Código de comercio (elaborado por la Comisión designada por el Decreto 685/95), aunque tras se elevado al Congreso su proceso de discusión está paralizado, seguramente debido a las circunstancias político económicas que afectaron al país, y su futuro es bastante incierto. Del contenido *mercantil* del proyecto, aparte de regular contratos netamente mercantiles (contratos bancarios, leasing, transporte, etc.), regula el Registro Mercantil y las obligaciones contables de los titulares de empresas (prescinde totalmente del término comerciante). En cambio, se regulan por leyes especiales las sociedades mercantiles y determinados contratos (seguro).

En Brasil se promulgó en el 2002 un nuevo Código civil (Ley N.º 10.406), que deroga el Código civil de 1996 y la parte primera del Código de comercio de 1885. Se estructura en dos partes, una general y otra especial. En esta última se encuentran las materias mercantiles, especialmente en el Libro I dedicado al Derecho de obligaciones (donde tras una parte general de obligaciones y contratos, regula contratos como la compraventa, el transporte y el seguro y los títulos de crédito), y sobre todo, en el Libro II, que bajo el título de «Do Direito de empresa» regula el estatus del empresario, las sociedades, el establecimiento mercantil e instituciones complementarias (Registro Mercantil, denominación social, el factor, la contabilidad, libros obligatorios, etc.).

*Obligationentecht*), de Italia de 1942 (Codice civile) y la de los Países Bajos culminado en 1992 (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*).

En el *Obligationenrecht* de 1881 suizo, lejos de lo que pueda parecer por su título, tiene cabida, junto a las disposiciones generales sobre obligaciones y las particulares de cada contrato, la reglamentación de las sociedades, los títulos valores, el Registro Mercantil, la contabilidad y los signos distintivos del empresario; mientras que el resto del Código civil regula los aspectos relativos a la persona, la familia, las sucesiones y los Derechos reales<sup>147</sup>.

En Italia, el Código civil de 1942 recoge en un solo cuerpo legal la normativa civil y mercantil. En concreto, la materia mercantil quedó incluida en los Libros relativos a las obligaciones (IV) y al trabajo (V), cuyo contenido procede básicamente del Proyecto de Código de comercio de 1940<sup>148</sup>. Se produjo así la unificación de la disciplina general de las obligaciones, al igual que el régimen particular de los diferentes contratos, desapareciendo, al menos formalmente, la antigua dualidad entre contratos civiles y contratos mercantiles, propia de los sistemas de doble Código. El Libro *del Lavoro*, dedica un primer Título a la disciplina de las actividades profesionales, para ocuparse seguidamente del *trabajo en la empresa*, cuyo contenido es netamente mercantil. También se regulan en él

---

<sup>147</sup> Durante la primera mitad del siglo XIX, la situación política de los cantones suizos habían propiciado la aparición de varios Códigos civiles similares al napoleónico. En el ámbito comercial, la publicación del *ADHGB* alemán de 1861 vino a impulsar la codificación mercantil suiza, y se le encargo su estudio a Muzinger primero, y tras su muerte Fick. El trabajo de los codificadores estaba muy marcado por la distribución de las competencias entre la federación y los cantones, y en un principio la Constitución atribuía competencias a la Confederación en las materias de comercio y tráfico mobiliario, por lo que el proyecto inicial se dirige hacia la elaboración de un Código General de las obligaciones que se promulga en 1881. En 1898 se reforma la Constitución y se extienden las competencias de la Confederación a todo el Derecho privado, dando lugar a la promulgación del Código civil de 1907, que entra en vigor en 1912. Esto hace que se revisen las disposiciones del Código de las Obligaciones, especialmente en 1936, con lo que se ratifica la inclusión en el Código civil de aquellas disciplinas directamente relacionadas con la materia comercial. Sobre el proceso codificador RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 228 a 231; sobre el contenido del Código suizo DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., pp. 167 a 179; y sobre su juicio crítico GIRÓN TENA, «El concepto de Derecho Mercantil...», cit., pp. 754 a 757.

<sup>148</sup> Los movimientos de reforma del Código de comercio de 1882 se concretan fundamentalmente en tres proyectos. Los dos primeros (1922 y 1925) son obra de sendas Comisiones presididas por juristas de la talla de Vivante y D'Amelio respectivamente. El tercero (1940), que es el que ahora nos interesa, fue elaborado por una Comisión presidida por otro gran jurista (Asquini).

las sociedades, las mutuas y cooperativas, la asociación en participación, el establecimiento mercantil, las patentes, la competencia y las uniones de empresa<sup>149</sup>.

Más recientemente ha concluido la promulgación del nuevo Código Civil holandés (1970-1992)<sup>150</sup>. Compuesto de ocho libros, regula todo tipo de sociedades (Libro 2), se unifica el Derecho de obligaciones (Libro 6), se regulan dentro de los contratos especiales algunos tradicionalmente mercantiles, como el seguro —desde el año 1996— (Libro 7) y en un libro aparte los medios de tráfico y transporte, en el que se incluye el contrato de transporte, el Derecho de la navegación y el transporte terrestre en general (Libro 8) se incluye los medios de tráfico y transporte<sup>151</sup>. Como se observa, se han quedado fuera parte del núcleo duro del Derecho mercantil (el estatuto del empresario, el Registro Mercantil, contabilidad, propiedad industrial, y algunos contratos mercantiles profesionales), y alguna parte del Código netamente mercantil (Libros 2 y 8).

Un análisis del contenido de estas codificaciones viene a confirmar, contrariamente a lo que propugna la tesis de la unificación, la subsistencia —aun dentro de Códigos unificados— de sectores normativos mercantiles en cuanto conectados por razón de la causa o sentido de su especialidad al tráfico profesional. Se trata, pues, de una unificación meramente formal respecto de la fuente (un sólo Código), pero no se unifica el contenido, subsistiendo las

---

<sup>149</sup> Remito para el detalle, y a las reacciones que en la doctrina produjo la publicación del *codice* a RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 231 a 233.

<sup>150</sup> La tendencia a la generalización del Derecho mercantil empezó en fechas tempranas en los Países Bajos, propulsado por Molengraff en 1833 se extiende la quiebra a los no comerciantes, en 1928 se admite la sociedad anónima de fines no comerciales, y en 1934 se suprime la distinción en el Código de comercio de 1838 de comerciantes y no comerciantes y la noción de acto de comercio, sustituidos por el de *bedriff* (RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 234, nota 56; DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., p. 209, nota 5). La preparación del Código civil unificado se le encargó al profesor Meijers en 1954 (Proyecto MEIJERS), en 1970 entró en vigor en Libro 1, en 1976 el Libro 2, dedicado a las personas jurídicas, en 1991 el libro 8, y los libros 3, 5,6 y 7 en 1992. El libro 4 (Derecho sucesorio) aún no está en vigor.

<sup>151</sup> En España contamos con la traducción del Código holandés a cargo de REIGERSBERG VERLUYS en tres tomos: *Derecho patrimonial neerlandés. Traducción de los libros 1,3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, Málaga, 1996; *Derecho comercial neerlandés. Las personas jurídicas, Traducción del libro 2 del nuevo Código civil*, Málaga, 1999; y *Derecho comercial neerlandés. Medios de tráfico y transporte. Traducción del libro 8 del nuevo Código civil*, Málaga, 2000.

especialidades mercantiles junto a los institutos civiles dentro de un mismo Código y, por tanto, no se priva de substantividad al concepto de Derecho mercantil<sup>152</sup>. Y lo mismo sucede en el Derecho inglés —que se cita como ejemplo por los partidarios de la unificación— que pese a la integración formal tradicional del *Law Merchant* dentro del *Common Law* en virtud del particular sistema de fuentes anglosajón, es posible distinguir en su seno ambas disciplinas<sup>153</sup>.

El hecho de que determinadas instituciones nazcan para satisfacer concretas necesidades y posteriormente sirvan para satisfacer intereses distintos de los que inicialmente las justificaron, no es óbice para que un examen teológico de aquéllas nos lleve a ponerlas en relación con las necesidades del interés originariamente afectado.

En consecuencia parece que la presencia de una Ley que contenga todo el Derecho privado (caso de los Códigos civiles unificados) no supone un obstáculo para que pueda y deba acotarse en él un determinado sector, como se aprecia con claridad en el ámbito de las normas relativas al status del empresario, incluso en aquellos otros sectores en los que podía procederse a una auténtica unificación formal —obligaciones y contratos—, vuelve a destacarse la necesidad de un trato especial en el plano del derecho.

En la línea de lo expuesto, merece la pena referirse a nuestra reciente Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio —BOE de 10 de julio de 2003—), uno de cuyos postulados básicos es la unidad legal, tratando de superar la diversidad de las instituciones entre el deudor empresario y el no empresario, a pesar de lo cual, en la propia Exposición de Motivos el legislador adelanta lo que se convierte en realidad en el texto de la Ley: «La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes en una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil viene dada por la tendencia a simplificar del procedimiento,

---

<sup>152</sup> GIRÓN TENA, «El Concepto del Derecho Mercantil...», cit., pp. 753 y s.; GARRIGUES, «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil», cit., p. 73; DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., p. 178; en contra RUBIO, *op. cit.*, loc. cit.

<sup>153</sup> GIRÓN TENA, «El Concepto del Derecho Mercantil...», cit., pp. 754 y ss.

sin que ello *suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil), y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes y servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación*».

Entre las principales novedades introducidas por la nueva Ley Concursal merece la pena referirse brevemente a la creación de los «Juzgados de lo Mercantil» (artículos 86 Bis y Ter, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial), con sede en las distintas capitales de provincia, la referencia, obligada en este ejercicio, requiere evitar la tentación de considerar la vuelta a una verdadera jurisdicción mercantil especial, no podemos comparar estos Juzgados con los antiguos Tribunales de Comercio, y ello por diferentes motivos. El examen de la materia que se les atribuye como competencia permite deducir que tienen atribuida materia que no propiamente es mercantil y que, además, faltan sectores tradicionales del Derecho mercantil, y los jueces son administradores de justicia profesionales y no comerciantes. Asimismo, persiste un problema que ya señaló la Exposición de Motivos del Decreto de Unificación de los Fueros de 1868, originado porque de estas materias conocen jueces especiales en primera instancia, pero en segunda instancia no existe tal especialidad. Hechas estas consideraciones concluimos que resulta inadecuada y confusa la denominación de Juzgados de lo Mercantil porque no se trata propiamente de Juzgados mercantiles<sup>154</sup>.

No obstante, quizá convenga no magnificar demasiado la transcendencia práctica de la unificación particularmente en su aspecto subjetivo y más allá de la operatividad que va a proporcionar al sistema la reunión en un solo texto legal de los aspectos sustantivos y adjetivos del concurso pues, como no podía ser de otro

---

<sup>154</sup> Puede verse en este sentido: ROJO, «La reforma del Derecho concursal español» en *La reforma de la Legislación Concursal*, Jornadas sobre la reforma de la Legislación Concursal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 119-120; en la misma obra, DIEZ-PICAZO, «Los Juzgados de lo mercantil» pp. 138 y 143. También muy crítico es RODRÍGUEZ SAN VICENTE, «Los Juzgados de lo mercantil», en *Derecho Concursal, estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma concursal* (Dir. García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerra) Ed. Dillex, 2003, pp. 161 y ss.



modo, no se introduce un concurso totalmente aséptico que contemple en igual medida al deudor empresario que al que no lo es, sino que tras un análisis detallado de la Ley Concursal, parece que no tanto se ha *civilizado* cuanto se ha *mercantilizado* de algún modo el tratamiento de la crisis, pues el curso toma como base la estructura procedimental de la suspensión de pagos mercantil y como modelo al deudor mercantil y, en particular, con forma jurídico-societaria.

Esta opción parece justificarse sobre la base de un dato meramente empírico y es que ya con anterioridad a la reforma resultaba gráfica la desproporción entre el número de procedimientos concursales civiles y mercantiles que se declaraban, siendo previsible que un gran número de concursos se declare respecto del deudor empresario —especialmente societario— y, en mucha menor medida, respecto del deudor civil<sup>155</sup>.

Es en este punto en el que probablemente resida uno de los aspectos más cuestionables de la reforma, no tanto por la mercantilización que, como en otros sectores se opera en el ámbito del tratamiento de la crisis, cuanto por no haber previsto dentro del único procedimiento que se introduce unas normas específicas que simplifiquen su tramitación respecto del deudor no empresario o consumidor, como acontece, por ejemplo, en el modelo alemán, pues este concurso de acreedores puede resultar desproporcionado para esta clase de deudores.

#### **d. El retorno al sistema subjetivo. El Código de Obligaciones suizo de 1881 y el Código de comercio alemán de 1897**

El camino de vuelta a la delimitación subjetiva del Derecho mercantil lo inicia el Código de las Obligaciones suizo en 1881, aunque el verdadero precursor

---

<sup>155</sup> Con carácter general, sobre el sentido de la reforma, PULGAR EZQUERRA, «Los presupuestos de apertura del concurso», en *La Reforma del Derecho concursal español* (Dir. J. Pulgar), Madrid, Ed. REFOR, 2002, pp. 16 y ss.; y ya aprobadas la ley concursal GARCÍA VILLAVERDE, «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso»; y PULGAR EZQUERRA, «El presupuesto objetivo de la apertura del concurso», ambos en *Derecho Concursal, estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma concursal*, Dir. García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerra, Ed. Dilex, 2003, respectivamente, pp. 27 a 53 y pp. 55 a 135.

de la vuelta a la concepción profesional del Derecho mercantil es el legislador alemán en 1897.

El legislador, cualquiera que sea la materia regulada, tiene un gran poder en todos los órdenes; sin embargo, la Ley nunca puede alterar la naturaleza de las cosas, que siempre terminará por imponerse por encima de las decisiones legales que pretendan contrariarla. Esto es lo que ha ocurrido con la codificación francesa y con todas aquellas, como la nuestra, que pretendieron hacer girar el Derecho mercantil en torno a la categoría del acto objetivo de comercio. Una categoría, como hemos visto, contradictoria en sí misma e irreal, una pura fantasía, porque no hay acto sin actor y la pretensión de separar uno y otro choca con la esencia misma del tráfico económico en la que sus operadores, los hombres de empresa, no realizan actos aislados e inconexos, sino que desarrollan profesionalmente una actividad económica, una serie continuada de actos constitutivos de empresa. Por eso mismo en la realidad económica francesa el Derecho mercantil vivió a espaldas del Código como Derecho profesional regido por sus leyes naturales y, por esa razón, los Tribunales franceses, al delimitar la materia mercantil, siempre hicieron caso omiso de las pautas legales, por ser inservibles en la mayoría de los casos, y recurrieron para ello al análisis caso por caso de los supuestos problemáticos, aplicando las reglas del buen sentido, es decir, teniendo presente el carácter profesional del tráfico mercantil.

Al finalizar el siglo XIX, ya estaban patentes los defectos irremediables que presentaba la fórmula objetiva lanzada al mercado codificador por el legislador de 1807. Por ello, pasados los condicionamientos ideológicos, sociales, políticos y económicos de la primera etapa del siglo XIX, las aguas comenzaron a volver a su cauce natural. El Derecho mercantil recuperaba así su carácter profesional.

En el Código unificado suizo, a pesar de prescindir de toda referencia al comerciante en su articulado<sup>156</sup>, existe una parte constituida por instituciones específicamente mercantiles de aplicación a quien resulte obligado a inscribir su *firma* en el Registro Mercantil por el ejercer «una explotación mercantil, fabril o cualquier otra industria en forma comercial». Así, el concepto de comerciantes es el eje alrededor del cual se centra la protección jurídica de las firmas, las distinciones de sociedades, la obligación de contabilidad y el sometimiento a la quiebra y al llamado rigor cambiario formal del *Obligacionenrecht* de 1881, iniciando el retorno a la concepción subjetiva del Derecho mercantil<sup>157</sup>.

El segundo Código de comercio alemán de 1897 supuso un gran avance a nivel legislativo en la delimitación de la mercantilidad con base en un criterio subjetivo. En efecto, en el *HGB* el Derecho mercantil vuelve a delimitar su ámbito de aplicación basándose en un criterio subjetivo-profesional, al concebirlo como un Derecho especial privado referido a una categoría de personas comerciantes (*Kaufleute*) en su tráfico profesional (*Handelsgewerbe*). Con ello, vuelve a conectarse el Derecho mercantil con la materia regulada de la que formalmente se desconectó por efecto de las tesis objetivadoras del Derecho mercantil.

Además, aunque el Código alemán se delimita por referencia al comerciante y al comercio, en su contenido el Código se extiende más allá de este ámbito. Esto se manifiesta en el § 1, que al determinar las actividades cuyo ejercicio profesional confiere la condición de comerciante, incluye junto a los distintos tipos de comerciantes por el objeto material de su actividad calificado por Ley como «industria mercantil» (*Handelsgewerbe*), a los comerciantes que por su «naturaleza o volumen» (*Art und Umfang*) requieran de una «organización propia de comerciantes», siempre que se inscriban en el Registro Mercantil. Por lo tanto,

---

<sup>156</sup> Cosa que no ocurría en el inicial Proyecto de Código de comercio de MUNZINGER de 1863, cuyos dos primeros Libros dedicados respectivamente al estatuto del comerciante y a las sociedades mercantiles se presentaba como un Derecho especial para los comerciantes, y prescindía de la delimitación mediante la técnica de los actos de comercio de las obligaciones y tráfico mobiliario del Libro III, con lo que se generalizaba su régimen, salvo especialidades, a todos los ciudadanos (*vid.* DE EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, cit., p. 168 a 170).

<sup>157</sup> GIRÓN, «El concepto de Derecho Mercantil...», cit., pp. 755 y s.; DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 176 y s.

por la vía de la cláusula general que se introduce permite la extensión de las disposiciones jurídico-mercantiles a otras empresas más allá de las empresas mercantiles en sentido estricto.

No obstante, el *HGB* conserva ciertos anacronismos históricos, pues se mantienen los términos tradicionales de comercio (*Handel*) y comerciante (*Kaufmann*) en un Código cuyo ámbito de vigencia rebasa indudablemente la esfera del comercio propiamente dicho.

Por otra parte, en el Código alemán se advierte una notable reducción del contenido normativo en comparación con el Código anterior (*ADHGB*), debido al trasvase de normas de este Código al civil (*BGB*). Aunque ello fue interpretado por la doctrina posterior al Código y, en concreto, por la partidaria de la unificación del Derecho privado, como una confirmación de una progresiva comercialización del Derecho civil, el traslado reviste una significación más formal que material. Este trasvase de normas que se produce se explica, más que en relación con una comercialización del Derecho civil, en el hecho de que en Alemania —al igual que sucede en la mayor parte de los países europeos— la Codificación mercantil precede en el tiempo a la civil. Así, cuando en 1861 se redacta el primer Código de comercio alemán (*ADHGB*), no se ha acometido todavía la Codificación de la materia civil, y ello explica que dicho Código de comercio incluya normas de índole general civil. Posteriormente, sin embargo, cuando se promulga el segundo Código alemán de 1897, sí se ha codificado la materia civil (*BGB*), lo que determina que este Código de comercio se vacíe de dichas normas formalmente mercantiles pero materialmente generales o comunes, y que se trasladen al lugar que les corresponde, es decir, al Código civil. Por tanto, no se trata tanto de un proceso de *comercialización* del Derecho civil cuanto de un mero cambio de topografía legislativa, que no supuso mutación sustancial en la naturaleza de las normas trasvasadas<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> GONDRA, *Derecho Mercantil*, cit., pp. 34 y s. ; en contra DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, cit., p. 37, que ve una voluntad por parte del legislador civil alemán de asumir reglas y principios surgidos en el ámbito mercantil.

Por último hay que señalar que el complejo sistema para determinar el concepto de comerciante (*Kaufmann*), sobre el que se construye el sistema subjetivo de aplicación del *HGB*, ha sido objeto de una importante reforma en 1998<sup>159</sup>. Se mantiene la figura del comerciante como eje central del sistema, pero se modifican los criterios para su definición. Conforme al nuevo §1 es comerciante todo aquel que ejercita una actividad mercantil (*Handelsgewerbe*), entendiéndose por tal toda «actividad empresarial a no ser que por su naturaleza o volumen no requiera de la organización de los comerciantes».

#### **3.1.4. Contenido del Derecho mercantil**

El Derecho mercantil del siglo XIX no se caracteriza por ser especialmente fecundo en nuevas instituciones jurídico-mercantiles. En todo caso es el Derecho de sociedades el que tiene mayor relevancia, desarrollándose con los caracteres actuales las sociedades anónimas, y apareciendo en el tráfico —aún no en la Ley— un tipo social nuevo: la sociedad de responsabilidad limitada. Y también en esta época es cuando aparecen las cooperativas que, desde una perspectiva socio-económica aparecen como una reacción a las grandes deficiencias que el modelo empresarial capitalista decimonónico generaba sobre todo por las clases más desfavorecidas económica y socialmente.

#### **3.1.5. Fuentes doctrinales**

En el siglo XIX, la doctrina mercantilista dominante en toda Europa es la francesa con la interpretación del Code (DELAMARRE y LEPOITVIN, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, 1861; THALLER, *Traité de Droit*

---

<sup>159</sup> Sobre el contenido de esta reforma: DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, cit., pp. 90 a 92; y especialmente con gran detalle MUÑOZ PAREDES, «*El concepto de comerciante en el derecho Alemán tras la reforma de 1998*», *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1265 y ss.

*commercial*, 2.<sup>a</sup> ed., 1890 ; y especialmente PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 1814-1816), si bien al final del período empiezan a destacar autores alemanes (ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, 1865; STAUB, *Handelsrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., 1897; THÖL, *Das Handelrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., 1879; y sobre todo GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrecht*, 1864-1868) e italianos (SRAFFA, *Studi di Diritto commerciale*, 1891; y especialmente VIVANTE, *Elemento di Diritto commerciale*, 1890).

En España la doctrina mercantilista es ciertamente inferior a la de los siglos XVI a XVIII, pero es posible escoger un grupo selecto de altura, como sin duda es el genial Pedro SAINZ DE ANDINO, autor del Código del 29 y de otras leyes mercantiles<sup>160</sup>; MARTÍ DE EIXALA, *Instituciones de Derecho mercantil de España*, Barcelona, 1848; GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil español*, Barcelona, 1870; y posteriores al Código de 1885, BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho mercantil*, Madrid-Granada, 1885; y ÁLVAREZ DEL MANZANO, *Curso de Derecho mercantil filosófico, histórico y vigente*, Madrid, 1890-96.

---

<sup>160</sup> Sobre este autor es fundamental la ya citada obra de RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*.

## 3.2. EL DERECHO MERCANTIL Y LA DOCTRINA DE LA EMPRESA

### 3.2.1. Antecedentes y desarrollo de la teoría de la empresa

#### a. Las tesis tradicionales del Derecho mercantil

El Derecho mercantil se ha venido definiendo históricamente como el conjunto de instituciones jurídicas relativas al comercio. Se tomaba del campo de la economía el concepto de comercio y a él se ajustaba el campo de aplicación del Derecho mercantil. Esto es lo que también decía Rocco<sup>161</sup> bajo la vigencia de otro Código objetivo, el italiano de 1882.

Para la interpretación del Derecho vigente no bastaba remitirse a la noción que del comercio tuviera la ciencia económica, tema sobre el cual ni siquiera los mismos economistas estaban de acuerdo, lo que no era de extrañar por cuanto que en el mismo lenguaje usual la palabra *comercio* tanto podía significar el fenómeno genérico del cambio como el específico de la actividad intermediadora. Aun tomando esta última acepción como dominante, era necesario contrastarla con la Ley y ver si bajo esas variadas y multiformes categorías de actos que los Códigos califican de comerciales subyacía una nota común que permitiese dar una noción jurídica unitaria de todos ellos, y sobre esa base construir el concepto positivo del Derecho mercantil. Esta, como vimos en su momento, fue la tarea que la codificación francesa y todas las demás por ella inspiradas impusieron como primordial a los intérpretes de la misma. Fueron varias las fórmulas ensayadas, pero entre ellas destacan, por su originalidad, la de THALLER en Francia y la de ROCCO en Italia, a las que ya hicimos referencia.

Ninguno de los caminos seguidos en la búsqueda de la *piedra filosofal* de la mercantilidad supuestamente manejada por el legislador, puede decirse que

---

<sup>161</sup> *Principios*, cit., p. 38: «Como su mismo nombre indica, el Derecho mercantil es aquél que regula las relaciones de comercio económicas».

haya logrado encontrarla, y ninguna de las construcciones elaboradas lograron ofrecer de modo satisfactorio una visión unitaria de los actos de comercio legalmente catalogados. Por ello se explica la resignación de VIVANTE<sup>162</sup> cuando, después de resaltar que el carácter demostrativo de esa enumeración legal haría más que nunca útil un concepto unitario de actos de comercio, capaz de determinar la naturaleza comercial de todas las operaciones, ya estén enumeradas o no por el legislador, concluía diciendo: «Pero la ciencia debe reconocer su impotencia para alcanzar tal finalidad».

La inexistencia de un concepto unitario del acto objetivo de comercio que sirviera de patrón común para delimitar la materia mercantil explica que la generalidad de la doctrina, reconociese que el problema de determinar el complejo de relaciones a las que se aplica el Código de comercio es un problema esencialmente de Derecho positivo. Como decía ASCARELLI<sup>163</sup>, siguiendo a VIVANTE y a ROCCO, es la misma Ley mercantil la que, con normas generales que se pueden denominar normas delimitadoras o sistemáticas, fija qué relaciones sociales deben ser objeto de las normas reguladoras que aquélla contiene.

Las corrientes objetivadoras que perseguían delimitar el Derecho mercantil al margen de la figura del comerciante tendrán, como efecto fundamental, la desconexión del Derecho mercantil con la materia regulada en la que encuentra precisamente su justificación. Ello determinará que, durante el siglo XIX y principios del XX, el Derecho mercantil atravesase una profunda crisis de identidad, no encontrándose razón suficiente del *ser* de dicha disciplina ni un sistema adecuado para delimitar su contenido.

Es en este ámbito donde —como se recordará— desde distintas posiciones doctrinales se propugna la desaparición del Derecho mercantil y se sitúan, a su vez, los intentos doctrinales de justificar la existencia de esta disciplina que, sin embargo, fracasan básicamente por un erróneo planteamiento metodológico. En

---

<sup>162</sup> *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, cit., nº 34.

<sup>163</sup> *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 3.<sup>a</sup> ed., 1936, t. I, pp. 42 y s.



efecto, las llamadas interpretaciones históricas del Derecho mercantil intentarán explicar el sentido, significación y justificación de esta disciplina sobre la base de un positivismo jurídico que, por otro lado, caracteriza metodológicamente al período codificador. Con dicho punto de partida metodológico intentarán, exclusivamente sobre la base de la interpretación de los Códigos, justificar la existencia del Derecho mercantil como Derecho del comercio, sin conseguirlo.

En España en un principio, la doctrina tenderá a orientar el problema del concepto del Derecho mercantil desde la perspectiva dogmática de la aplicación del propio Derecho positivo. Así, tratará de encontrar una referencia sistemática unitaria en la materia acotada por las normas delimitadoras contenidas en los Códigos de comercio. Tanto la expresión empleada en éstas para definir la materia regulada —los actos de comercio—, como la propia rotulación de los Códigos y las constantes referencias terminológicas que en ellos se hace a los comerciantes y a los actos de comercio, determinan que la doctrina se esforzara durante mucho tiempo en mantener la conexión histórica del Derecho mercantil con el sector económico del comercio, como actividad de intermediación entre la producción y el consumo. Esta corriente de pensamiento, iniciada en el siglo XIX como *doctrina de los actos de comercio*, y sobre la que ya tuvimos ocasión de tratar, prolonga su influencia en nuestra doctrina durante bastante tiempo, especialmente a través de la obra de ROCCO<sup>164</sup>.

Pero la propia doctrina de los actos de comercio acabó por resignarse a admitir una distinción entre el comercio en sentido *económico* y en sentido *jurídico*, que fue el principal recurso para admitir que la materia regulada en los Códigos desbordaba el propio ámbito del sector económico que históricamente había sido el campo originario de aplicación del Derecho mercantil. Con ello se renunciaba a cualquier explicación de la razón de ser del Derecho mercantil,

---

<sup>164</sup> En esta línea, valga como ejemplo, la definición dada por ÁLVAREZ DEL MANZANO en *Estudios fundamentales de Derecho mercantil universal*, t. I, Madrid, 1909, p. XXXIV como «el conjunto de leyes que rigen las relaciones jurídicas originadas por actos de cambio celebrado con especulación y encaminados a tomar del productor los productos y ponerlos a disposición del consumidor». Acercándose a la definición jurídica del comercio DÍAZ DOMÍNGUEZ, *Tratado elemental de Derecho mercantil*, t. I, Granada, 1908, p. 69.

como Derecho especial, puesto que ni siquiera se estaba en condiciones de encontrar una referencia sistemática unitaria y coherente en la materia regulada por este Derecho, que pudiera dar una explicación satisfactoria del fundamento de su especialidad<sup>165</sup>.

Así se paso a las definiciones descriptivas de las materias que comprenden nuestra legislación mercantil, como la expuesta en principio por GARRIGUES en la primera edición de su *Curso*<sup>166</sup>, o planteándose el concepto de Derecho mercantil como una cuestión meramente histórica sin hallar un elemento justificativo de qué debe entenderse por materia mercantil (VICENTE GELLA<sup>167</sup>, LANGLE<sup>168</sup>, RUBIO<sup>169</sup>).

Lo cierto es que el sistema arbitrado por el Código francés, explicable por sus motivaciones es, sin embargo, un sistema incapaz de ofrecer una línea de separación recta y clara que permita determinar el dominio del Derecho mercantil. La inoperancia del Código en este sentido, tanto desde el plano dogmático como desde el de la aplicación diaria del Derecho ya fue visto por la doctrina y la jurisprudencia hace muchos años. Por citar dos autores de relieve, citeamos la simpatía con que ESCARRA veía las ideas de MOSSA en sus *Principios*<sup>170</sup>, publicados en 1934 y cómo en los Trabajos de reforma del Código realizados en los años 40 por la Comisión que él presidió, abogaba por un cambio radical orientando el nuevo Derecho hacia la profesión comercial. «Quien debe ser sometido a la legislación mercantil —decía— es aquel que ejerce profesionalmente una actividad mercantil o, en otras palabras es

---

<sup>165</sup> GONDRA, *op. cit.*, pp. 36 y s.

<sup>166</sup> Que define el Derecho mercantil español como «el Derecho que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios) que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales» (t. I, Madrid, 1936, pp. 2 y s.).

<sup>167</sup> *Curso de Derecho mercantil comparado*, t. I, Zaragoza, 1944, pp. 19 y ss.

<sup>168</sup> *Manual de Derecho mercantil español*, t. I, cit., pp. 54 y s..

<sup>169</sup> «Sobre el concepto de Derecho mercantil». Cit., pp. 317 a 380, esp. pp. 366 y s.

<sup>170</sup> *Principes de Droit commercial*, París, 1934, p. 120.

necesario considerar más bien el derecho de la profesión que el derecho del acto de comercio»<sup>171</sup>. Y lo mismo sostiene RIPERT<sup>172</sup> cuando afirma la necesidad de un Derecho profesional que es el carácter que más netamente acusa el Derecho mercantil moderno<sup>173</sup>.

Continuar en la línea de la solución francesa carecía, pues, de sentido, y su mal fundamental, como decía GARRIGUES<sup>174</sup> «no reside tanto en el hecho de que el Código de comercio regule al propio tiempo los actos de comercio profesional y los actos aislados, como en el hecho de que los regule del mismo modo. Esto no tiene sentido alguno». Precisamente por ello, el Derecho mercantil perdió sistema y unidad y así pudo hablar NUSSBAUM en su artículo, siempre recordado, publicado en la revista de GOLDSCHMIDT en 1915<sup>175</sup> de *la disolución del concepto del Derecho mercantil*, al haber quedado convertido de un Derecho del comercio profesional en un amontonamiento informe de materias diversas. El recuperar la unidad del sistema y su armonía obligan a iniciar nuevos caminos.

### **b. El desarrollo de la teoría de la empresa.**

Durante el siglo XIX —como se recordará— el comercio sigue siendo un sector muy importante de la realidad económica pero no el único, pues en el plano

---

<sup>171</sup> *Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce*, París, 1951, t. II, p. 18.

<sup>172</sup> RIPERT-ROBLOT, *Traité...*, cit., I, p. 9.

<sup>173</sup> Es cierto que algunos autores franceses tan destacados como HAMEL y LAGARDE (*Traité de Droit commercial*, París, 1954, I, p. 144) han pretendido renovar los fueros de la concepción objetiva proponiendo ver en el Derecho mercantil un *Derecho de los negocios (droit des affaires)* aplicable a todos los que se encuentran incursos en la vida de los negocios, en la medida en que, por su actividad, por sus capitales o por sus métodos de trabajo participan en el mundo del trabajo. Pero con independencia del éxito que la nueva denominación ha encontrado en la rotulación *manualista* de los tiempos recientes, en el orden jurídico es difícil precisar en qué consiste ese *Derecho de los negocios* y, en cualquier caso, es evidente que ese punto de vista, por atractivo que resulte, sin embargo no supera la objeción de que es inconcebible un Derecho aplicable a los *negocios* con independencia de quienes los ejercitan profesionalmente.

<sup>174</sup> «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil», cit., p. 25.

<sup>175</sup> «Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs», *ZHR*, vol. 75 (1915), pp. 331 y ss.

de los hechos se ha producido el tránsito del comercio a la industria (Revolución industrial). Sin embargo, los Códigos no dan acogida explícita a dicho cambio económico por el desfase al que ya hemos hecho referencia entre realidad socio-económica y Codificación, y que encuentra su origen en la continuidad en las fuentes que, respecto de la Edad Media, se produce en la Codificación.

Por esta razón, intentar justificar la existencia del Derecho mercantil sobre la base exclusiva de la interpretación de los Códigos supone excluir del ámbito de aplicación de este Derecho un importante y amplio sector de la actividad económica, produciéndose un desfase entre el Derecho mercantil y la realidad socio-económica que hace cuestionarse su existencia. Todo ello determina la necesidad de un replanteamiento metodológico que, superando el positivismo jurídico, vuelva a conectar el Derecho mercantil con la materia regulada en la que encuentra su justificación.

Será WIELAND en 1921 con su teoría de la empresa (*Handelsrecht*, vol. I) quien aportará dicha renovación metodológica sobre la base de complementar el tradicional positivismo jurídico con un método interpretativo histórico que conecte el Derecho mercantil con la realidad socio-económica existente en cada período histórico, dadas las conexiones existentes entre dicha disciplina y el sistema económico.

Sin embargo, no puede sostenerse que el planteamiento metodológico de WIELAND sea absolutamente nuevo. Existen a finales del siglo XIX, con anterioridad a la teoría de la empresa, intentos de corrección de método en el sentido de conectar Derecho mercantil y sistema económico. En este sentido, cabe citar los intentos de construir un concepto jurídico-económico del acto de comercio. El planteamiento es correcto, incluso se llega a precisar la inutilidad del *acto de comercio aislado* y la relevancia de la *actividad* pero, sin embargo, no se acaba de dar el paso hacia la significación y sentido de esa actividad (materia regulada) como razón de la especialidad. Asimismo, en las corrientes historicistas a las que se ha hecho referencia anteriormente y que destacan las interrelaciones

entre Derecho mercantil y sistema económico, se apunta un planteamiento metodológico en el que se conecta Derecho mercantil y realidad económica.

Se puede considerar a HECK con su teoría del Derecho mercantil como Derecho de los actos que se realizan en masa, el antecedente inmediato de la teoría de la empresa. El autor adopta este planteamiento en un famoso artículo publicado a primeros de siglo, donde cuestiona la distinción entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, resaltando de manera expresa la necesidad de un nuevo planteamiento metodológico del Derecho mercantil<sup>176</sup>. Este autor parte de la constatación de que el Derecho mercantil no puede reducirse exclusivamente al ámbito del comercio y, por ello, advierte que no tiene sentido seguir centrando la atención exclusivamente en las normas delimitadoras de la materia mercantil en los respectivos Códigos, como hacía la doctrina tradicional. En este sentido, propone como cuestión esencial determinar la *causa* de la existencia de un Derecho mercantil separado del civil, esto es, cuáles son las exigencias del tráfico que han dado lugar a la formación del Derecho mercantil como Derecho especial, para luego descender a la observación de la realidad económica actual y verificar si tales exigencias subsisten y en qué sector del tráfico moderno son reconocibles. Aplicando el método de observación por él propuesto, HECK constata que la actividad económica del momento se caracteriza por la producción de bienes en masa y, como consecuencia de esto, por la conclusión masiva o en serie de contratos en el mercado (*Massenbetrieb*). Estos actos en masa provocan en el campo jurídico especiales requerimientos que son atendidos por el Derecho mercantil ante las insuficiencias del Derecho civil, y consiguientemente, el Derecho mercantil ha de ser concebido fundamentalmente como un «Derecho de los actos o negocios jurídicos ejecutados en masa».

El planteamiento de HECK es acertado y lo pone de manifiesto un examen de las diferencias de régimen entre los contratos civiles y sus paralelos mercantiles que responden casi siempre a las necesidades profesionales de un tráfico repetitivo en la conclusión de negocios. Tiene el mérito de explicar causalmente el

---

<sup>176</sup> «Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht gesondertes Handelsprivatrecht?, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1902, pp. 438 y ss.

sector de la contratación mercantil, pero resulta insuficiente ya que, por una parte, solo muestra la cara externa del comercio, olvidando la interna (financiación, suministro, contabilidad, representación) y, por otra parte, se detuvo en los actos sin llegar hasta su protagonista, el comerciante y, más profundamente, la empresa como forma de organización de su actividad. HECK muestra el camino, pero no es acertada, desde el momento en que el Derecho mercantil no sólo tiene por objeto negocios estándar que se ejecutan masivamente en el mercado.

No obstante, las deficiencias señaladas en la tesis de HECK, desde una perspectiva histórica, facilitarán metodológicamente el tránsito hacia la doctrina de la empresa de WIELAND<sup>177</sup>. El desarrollo de su teoría de la empresa debe situarse en un doble contexto. De un lado, y respecto a los hechos, en lo que significa de aprehensión de la realidad económica desde una perspectiva histórica, en el sentido de destacar el tránsito del comercio a la industria en el marco de una progresiva decantación del sistema de economía de mercado o descentralizado y, paralelamente a ello, el tránsito del comerciante al empresario. De otro lado, y respecto del Derecho positivo, su aportación debe conectarse con la *descodificación* iniciada a finales del XIX en el sentido de promulgación en los países europeos de importantes leyes especiales que derogan, modifican o complementan el Derecho codificado, poniendo de manifiesto el desfase de los Códigos y, a su vez, haciendo patente los cambios introducidos en la realidad del tráfico económico, que ahora pasa a ser tráfico empresarial, produciéndose una progresiva ampliación de la materia jurídico-mercantil.

Este autor parte de la necesidad de construir un concepto sustancial del Derecho mercantil que trascienda de un concepto meramente formal construido sobre la base de la agrupación de las normas que hacen referencia específica en los Códigos a la materia del comercio. Para ello se propone la superación, desde un punto de vista metodológico, del positivismo jurídico centrado en el comercio y acotado con una técnica inadecuada: los actos de comercio y la adopción de un método interpretativo histórico y comparado de análisis del Derecho mercantil. El

---

<sup>177</sup> Para un detallado desarrollo de la teoría de WIELAND, aquí apenas apuntada: GIRON, «El concepto del Derecho mercantil...», cit., pp. 781 y ss; y GONDRA, *op. cit.*, pp. 41 a 46.

concepto de la disciplina debe obtenerse, por tanto, del análisis de la realidad, es decir, del análisis de las relaciones socio-económicas que están exigiendo un Derecho especial, sin que el intérprete en su investigación deba vincularse al Código ni, en su caso, a los intentos definidores del legislador codificado. Para ello considera preciso examinar la formación histórica del Derecho mercantil para determinar, con el auxilio del Derecho comparado y de la incipiente ciencia económica de la época, qué es lo que caracteriza y justifica la configuración de esta disciplina como Derecho especial.

De este análisis propuesto resulta que, en el plano de los hechos, se ha producido el tránsito del comercio a la industria y que la actividad del comerciante ya no se corresponde con lo que tradicionalmente se ha considerado comercio. Sin embargo, y aun cuando el objeto sobre el que se proyecta el Derecho mercantil ha cambiado, se mantiene como una constante histórica en el Derecho mercantil una determinada forma de actuar consistente en una actividad de organización de factores de producción cara a un mercado. Esa actividad de organización se encontraba ya, aunque de forma embrionaria, en la actuación del viejo comerciante y hoy se generaliza como forma de desarrollo de la actividad económica al industrial o empresario. En un primer momento, el centro del sistema estaba en el comerciante y ello se explica porque fueron estos los primeros que organizaron su actividad económica en forma de empresa, la posterior expansión y generalización de la empresa la sitúa a ésta en el centro del sistema<sup>178</sup>.

A través de la teoría de la empresa, por tanto, se produce el tránsito del Derecho mercantil del comercio y el comerciante al Derecho mercantil de la empresa y el empresario, volviendo a conectarse la disciplina con la realidad regulada, produciéndose una actualización del antiguo criterio subjetivo: del comerciante en su tráfico, al empresario en su tráfico.

Las ideas de WIELAND hallaron en Italia un gran valedor en la persona de MOSSA, que ha sido uno de los artífices del éxito posterior de la doctrina de la

---

<sup>178</sup> GIRON, op cit., p. 788.

empresa<sup>179</sup>. Este autor define al Derecho mercantil como aquel sector del ordenamiento que se encarga de la organización y tutela jurídica de la empresa y sus relaciones. Cuando el profesor italiano comienza la defensa de la doctrina de la empresa, aún se hallaba vigente el *codice di commercio* de 1882 (que incluía las empresas entre los actos de comercio enumerados en su artículo 3) y tuvo una clara influencia en los redactores del *codice* unificado de 1942, especialmente a través de la conversión de ASQUINI, que en principio fue uno sus mayores detractores y que terminó siendo su primer valedor ante la Comisión de Reforma del Código de comercio, llevando los postulados de esta doctrina al texto del Proyecto de 1940<sup>180</sup>.

La teoría de la empresa de WIELAND tendrá cierta difusión en Francia a través de ESCARRA<sup>181</sup> y CHAVRIER<sup>182</sup>, y en Alemania por medio de KRAUSE<sup>183</sup>, RAISCH<sup>184</sup> y más recientemente por SCHMIDT<sup>185</sup>, que parte de la empresa para fundamentar su concepción (amplia) del Derecho mercantil como Derecho privado

<sup>179</sup> MOSSA expone su concepción del Derecho mercantil en varios trabajos, comenzando con su artículo «I problema fondamentali del Diritto commerciale», publicado en la *Rivista del Diritto Commerciale* en el año 1926. Asimismo, pueden verse los siguientes trabajos: «Saggio critico per il nuovo codice di commercio», *Annali di Diritto Comparato*, t. I, 1927; «Per il nuovo codice di commercio», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1928; «La nuova scienza del Diritto commerciale», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1941; y sobre todo, *Tratato del nuovo Diritto commerciale secondo el Codice civile*, 4 vols., 1942 a 1947 (una relación de las obras de MOSSA aún más extensa puede verse en RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 68, nota núm. 92).

<sup>180</sup> El giro de ASQUINI se produce en su conocido artículo «Una svolta storica del Diritto commerciale», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1940, pp. 509 y ss.

<sup>181</sup> *Cours de Droit commercial*, París, 2.<sup>a</sup> ed., 1952, citado por MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 2563, nota 41.

<sup>182</sup> *Evolution de l'idée de commercialité*, París, 1935, pp. 136 y s., citado por MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 2563, nota 42.

<sup>183</sup> «Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht», *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 1938, pp. 68 y ss.

<sup>184</sup> Sobre todo en su importante trabajo de habilitación *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965. Últimamente también en «Zur Analogie handelsrechtlicher Normen», en *Festschrift für Walter Stimpel*, Berlin, 1985, pp. 29 a 46; «Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht?», *ZHR*, 1990, pp. 567 y ss.; «Handelsrecht heute: Handels- oder Unternehmensprivatrecht?», *JA*, 1990, pp. 259 a 263; 328 a 331 y 369 a 375.

<sup>185</sup> Fundamentalmente en *Handelsrecht*, Colonia, 4.<sup>a</sup> ed., 1994, pp. 48 y ss. El fin que persigue este autor con su planteamiento no es tanto buscar el concepto aglutinador del *Handelsrecht*, como extender su campo de aplicación, devolviéndole, en parte, los territorios independizados tras el proceso de desintegración que ha sufrido esta disciplina en Alemania (con mucho más detalle MUÑOZ PAREDES, «El concepto de comerciante...», cit., nota 27).



externo de las empresas. Pero precisamente ha sido en la doctrina alemana donde la tesis del Derecho mercantil como Derecho de la empresa ha encontrado mayores reticencias, a pesar del apoyo que para la misma supone que artículo 2 del *HGB* contenga una cláusula general por la que se consideran comerciantes a todos aquellos que ejerzan una actividad económico-profesional que «por su índole o volumen requieran de una organización propia de comerciantes»; siendo actualmente mayoritaria la consideración del Derecho mercantil como el Derecho especial de comerciantes, en íntima conexión con el contenido del Código de comercio<sup>186</sup>.

En este marco de recepción en el ámbito del Derecho comparado de la teoría de la empresa, hay que destacar que la doctrina posterior rectificará la excesiva amplitud de las primeras elaboraciones de WIELAND y MOSSA, para formular un concepto jurídico de empresa que comprenda los aspectos de los que se ocupa el Derecho mercantil y, por lo tanto, relevante en la determinación del ámbito de aplicación de dicho Derecho. Así los autores posteriores matizan y limitan la teoría de la empresa respecto de su formulación originaria en el sentido de que no se llega a establecer una absoluta relación de identidad entre la empresa y el Derecho mercantil como acontecía en la formulación originaria de WIELAND, ya que sólo algunos aspectos de aquélla serán relevantes para la delimitación y justificación del Derecho mercantil.

La clave determinante de la especialidad del Derecho mercantil en una línea de continuidad histórica se encuentra en el tráfico profesional de la empresa y en torno a éste se explica el estudio del titular (estatuto particular y formas organizativas), régimen de la actividad empresarial y protección de ésta y de los elementos de la organización (competencia y propiedad industrial), de la dimensión patrimonial y de las relaciones jurídicas conectadas a la propia actividad de empresa.

---

<sup>186</sup> GONDRA, *op. cit.*, pp. 46 y s., nota núm. 46. Sobre el estado de la cuestión en Alemania en la actualidad: DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, cit., pp. 86 y ss.; y MUÑOZ PAREDES, *op. cit.*, loc. cit.

La teoría de la empresa encontró recepción, además, a nivel jurídico-positivo, al menos parcialmente, en el *Códice civile* italiano de 1942. En dicho texto legal —como se vio— se refunden las dispersas fuentes civiles y mercantiles encontrando acogida las tesis de la unificación, aunque dentro de un único texto legal se distingue un sector especial de normas referido al empresario y a la actividad económica organizada, encontrando así acogida expresa la tesis de la empresa de WIELAND.

También se acogió la doctrina de la empresa, aunque de manera ciertamente limitada, en el Código de comercio de Honduras de 1950, en lo que tuvo mucho que ver la mano de Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ<sup>187</sup>. En Brasil recientemente se acaba de aprobar un nuevo Código civil unificado (Ley N.º 10.406/2002), que se estructura en dos partes, una general y otra especial. En esta última es dónde se encuentran las materias mercantiles, especialmente en el Libro I dedicado al Derecho de obligaciones, y sobre todo, en el Libro II, que bajo el título de «Do Direito de empresa» regula el estatus del empresario, las sociedades, el establecimiento mercantil e instituciones complementarias (Registro Mercantil, denominación social, el factor, la contabilidad, libros obligatorios, etc.).

### **3.2.2. La recepción y el desarrollo doctrinal de la teoría de la empresa en España**

La recepción y difusión de la teoría de la empresa de WIELAND en el Derecho español se inicia tempranamente, no exenta de discusión.

El mérito de su introducción corresponde al profesor POLO, que lleva la nueva concepción a su *Programa de Derecho mercantil* para el curso 1931-32 de la Facultad de Salamanca, y lo propugna por vez primera en un programa de

---

<sup>187</sup> *Vid. infra.*

cátedra (Oviedo, 1935)<sup>188</sup>. Más tarde lo despliega ya para el público en su *Ensayo de un sistema de Derecho de la empresa. Programa y cuestionario de Derecho mercantil español* (Granada, Ed. Prieto, 1944; Barcelona, Ed. Bosch, 1947), que culmina con su estudio sobre «El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y jurisprudencia españolas» que se publicó como estudio preliminar de las *Leyes mercantiles y económicas de España* (Madrid, Ed. RDP, 1956). Para POLO, el Derecho mercantil es el «Derecho de la organización económica y, por tanto, de la economía industrial y mercantil profesionalmente organizada», y siendo la empresa la forma de organización propia de la economía moderna, hay que hablar de *Derecho de empresas*, de su estatuto profesional y de su actuación en el mercado<sup>189</sup>.

Ya en 1941 otro autor español publicó una defensa de la teoría de la empresa, aunque al otro lado del Atlántico por los avatares de la Guerra Civil. Nos referimos al almeriense RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y a su obra *La empresa mercantil* publicada al poco de llegar al exilio (México D.F., 1941), y en la que defiende, integrando las definiciones de HECK y MOSSA, el Derecho mercantil como «el Derecho de los actos en masa realizados por empresas». Posteriormente este autor fue el Ponente y máximo artífice del Anteproyecto del Libro Primero del Código de Comercio mexicano de 1943, en el que se configuraba el Derecho mercantil como Derecho de las empresas<sup>190</sup>, pero que no llegó a buen fin.

---

<sup>188</sup>Cfr. su recensión de los *Appunti di Diritto commerciale* de ASCARELLI (*RDP*, 1931, pp. 348 y ss.) en la que afirma ya que tal dirección doctrinal resaltaba la función más útil del actual Derecho mercantil. Al año siguiente recensionaba también el volumen segundo del *Handelsrecht* de WIELAND (*RDP*, 1932, pp. 122 y ss.) y reitera que el concepto de empresa era el más fecundo para construir en torno al mismo todo el Derecho mercantil.

<sup>189</sup> Los esfuerzos de POLO se dirigieron esencialmente a adaptar la teoría de la empresa a nuestro Derecho positivo y considera que ello es posible, primero, porque nuestro Código de comercio no acaba de ofrecer una base sólida sobre la que fundamentar una determinada concepción, de modo que tampoco se opone decididamente a ningún sistema; y segundo, porque en el propio Código existen preceptos que se refieren explícitamente o implícitamente a la empresa (pp. III a LXXXVI, esp. P. XVIII).

<sup>190</sup> En 1943 publica unos «Apuntes para una Reforma del Código de Comercio Mexicano», *Jus*, pp. 215 a 247, que venían a ser una especie de exposición de motivos del ordenamiento mercantil proyectado. En la p. 235, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, afirma que «hemos propugnado desde hace ya mucho tiempo por la adopción de un concepto del Derecho mercantil como el Derecho de los actos en masa realizados por empresas». Desconozco a qué se refiere el autor

La defensa de la teoría de la empresa que hace este autor desde la primera edición de su *Curso de Derecho mercantil* (México D.F., Ed. Porrúa, 1947; la última es de 2003, 26.<sup>a</sup> ed.), ha tenido una indudable influencia en la doctrina mercantilista latinoamericana (por todos BARRERA GRAF<sup>191</sup>), siendo su mayor aportación la vertiente legislativa de la misma, ya que fue el principal redactor del Código comercio de Honduras de 1950, que es el primer Código de este género que acoge esta tesis como eje de la mercantilidad, aunque de manera bastante más tímida que en Anteproyecto mexicano, al definir como *actos de comercio* «los que tengan como fin explotar, traspasar o liquidar una empresa, y los que sean análogos» (art. 3), y con una repercusión internacional muy limitada<sup>192</sup>.

---

con ese *mucho tiempo*, pero no parece descabellado pensar que fue la tesis defendida en España en su programa de cátedra en La Laguna en 1936.

Creo interesante reproducir los primeros tres artículos de dicho Anteproyecto de Código de comercio para comprender el ambicioso proyecto legislativo:

Art. 1.<sup>º</sup> «Las disposiciones de ese Código, se aplicarán a las empresas mercantiles y a los actos que pertenezcan a la actividad profesional de las mismas».

Art. 2.<sup>º</sup> «Son empresas mercantiles, las que profesionalmente están dedicadas al ejercicio de alguno de los actos comprendidos en este Código o de cualesquiera otros de naturaleza análoga, comprendidas las actividades agrícolas e industriales, o las que asuman las formas de organización reglamentadas en él».

Art. 3.<sup>º</sup> «Las empresas mercantiles y los actos pertenecientes a su actividad profesional se regirán por las disposiciones de este Código y de las demás leyes mercantiles, en su defecto por los usos y costumbres mercantiles, y a falta de éstos, por las del Código civil».

<sup>191</sup> *Temas de Derecho mercantil*, México D.F., UNAM, 1983, pp. 34 a 38; *Instituciones de Derecho mercantil*, México D.F., 1989, pp. 23 y ss.; y especialmente en «Joaquín Rodríguez Rodríguez, en el cincuentenario de su llegada a México», *El Foro*, t. II, núm. 4, 1989, p. 166 que destaca la influencia de la tesis de la empresa en la actual doctrina mercantilista mexicana. En cambio, el conocimiento de la tesis de la empresa de este autor por nuestra doctrina es muy residual: no obstante la recogen LANGLE, «El inquietante problema de la homogeneidad del Derecho mercantil», cit., p. 355; RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 49; y SÁNCHEZ CALERO, «Reflexión general sobre el proceso descodificador y perspectivas del Derecho mercantil al finalizar el siglo XX», en *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 20.

<sup>192</sup> En 1946 se formó la Comisión para la elaboración del Código de la que formaban parte, aparte de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, el profesor Roberto RAMÍREZ, y al año siguiente publicaron unas *Bases generales para la redacción del Código de comercio de Honduras*, Tegucigalpa, 31 pp., 1947). Desgraciadamente RODRÍGUEZ murió antes de ver publicado el Código.

No podemos estar de acuerdo con GÓMEZ SEGADÉ, «Algunos problemas actuales del Derecho mercantil», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Antonio Polo*, cit., p. 212, cuando dice que la influencia de esta obra legislativa es nula (aunque ciertamente sí limitada), ya que este Código sirvió de fuente a otras legislaciones latinoamericanas, como el Código de comercio de El Salvador de 1970, que de manera muy parecida al Código de

Sin embargo, cabe sostener que, pese a las importantes aportaciones de los citados autores a la difusión de la teoría de la empresa en Derecho español, se debe principalmente al profesor GIRÓN TENA el esfuerzo constructivo más acabado de reelaborar nuestro Derecho mercantil positivo sobre la base de dicha teoría, que aborda el tema del concepto en un profundo y documentado trabajo publicado en dos partes en 1954 («El concepto de Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado» y «Concepto de Derecho mercantil en el Derecho Español», *Anuario de Derecho Civil*)<sup>193</sup>.

En la misma línea ortodoxa de POLO, fiel a la concepción organicista de la empresa, se mantiene también GIRÓN, quien partiendo de la historicidad del Derecho mercantil y sus significación en el tema del concepto, del entrecruzamiento de aspectos económicos, político-jurídicos, técnicos y doctrinales que se dan en el mismo, formula un concepto del Derecho mercantil basado en la empresa que concreta diciendo que el Derecho mercantil español debe ser, en el sentido de correspondencia a la realidad económico-social de la actualidad, un Derecho *ratione materiae* Derecho de las empresas. De esta manera —expone— «el Derecho mercantil español se podría definir como el Derecho de las empresas y de las normas que extienden el contenido de aquél

---

Honduras define a los *actos de comercio* como «los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas» (art.3). Precisamente poco antes de morir RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ recibió el encargo de elaborar un Código de Comercio para El Salvador: contesta afirmativamente a tal proposición el 30 de julio de 1949, y muere el 10 de agosto de ese mismo año. También se ve la clara influencia de RODRÍGUEZ, a través de su discípulo BARRERA GRAF, en la redacción del Anteproyecto de Código de Comercio mexicano de 1987, que como señala su principal autor político, el Ministro ROCHA DÍAZ, define la materia mercantil a través de su institución principal: la empresa mercantil («Lineamientos generales del Anteproyecto de Código de Comercio de 1987», en *Estudios en homenaje a Barrera Graf*, t. II, México D.F., UNAM, 1989, que contiene como anexo el texto del anteproyecto, cuyo artículo 1.º definía como materia mercantil «la actividad profesional de los empresarios mercantiles»).

<sup>193</sup> Pp. 695 y ss.; y 971 y ss., respectivamente; también de manera conjunta en una única separata publicada ese mismo año bajo el título de *El concepto del Derecho mercantil*. GIRÓN continúa con la defensa de dicha tesis en *Apuntes de Derecho Mercantil (Introducción)*, Madrid, Ed. UCM, 1985-1986; y «Tendencias generales en el Derecho Mercantil actual», que fue el Discurso leído el 27 de mayo de 1985, en la recepción pública como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, publicado en *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. Civitas, 1986, pp. 17 a 134.

fuera del tráfico de las empresas»<sup>194</sup>.

A partir de 1958 URÍA, con la publicación de su *Manual de Derecho Mercantil* contribuirá de manera decisiva al abandono de los actos de comercio como criterio delimitador del derecho mercantil y su sustitución en la doctrina española por los conceptos de empresario y empresa. La exposición de su postura en relación al concepto mercantil parte de la necesidad de volver a la concepción subjetivista o profesional.

Mientras las posiciones favorables de la doctrina de la empresa mantenidas por los profesores POLO y GIRÓN, sustancialmente idénticas en sus planteamientos y conclusiones, no han experimentado variación alguna, en cambio, no ocurre lo mismo con las sustentadas por GARRIGUES y URÍA en cuyo pensamiento al respecto sí se ha producido una evolución.

La postura última de GARRIGUES sobre el problema que nos ocupa es el resultado de un ejemplar proceso de reflexión<sup>195</sup>, que se extiende a lo largo de treinta años y en cuya exposición vamos a limitarnos a dar cuenta de sus momentos más relevantes. Precisemos, en principio, que la evolución del pensamiento de GARRIGUES se ha producido en el plano del *deber ser* del Derecho mercantil y no de lo que es en nuestro Derecho vigente. En este último aspecto su posición ha sido siempre la misma. Tanto en su célebre Prólogo a los *Principios* de ROCCO<sup>196</sup>, como en la primera edición de su *Curso*<sup>197</sup> como en su *Tratado*<sup>198</sup>, ha dicho siempre lo mismo: «La inadaptación del Derecho

---

<sup>194</sup> Los razonamientos de GIRÓN son seguidos recientemente con especial fidelidad por GONDRA, *Derecho mercantil...*, cit., pp. 46 y ss. y 126 y ss. También para él, como para GIRÓN, y como para RAISCH y SCHMIDT en la moderna doctrina alemana, los conceptos de comerciante-empresario y de comercio-empresa, a los efectos de la delimitación del ámbito material de aplicación del Derecho mercantil han de ser determinados *teleológicamente*, lo que hace que en el Derecho mercantil, no exista uno sino diferentes conceptos de empresa y que el concepto general o unitario sea un concepto de índole tipológica, definido por sus notas características.

<sup>195</sup> Analizado con detalle por DUQUE en el volumen que la Universidad Complutense dedicó al maestro «Concepto y funciones de la empresa en la doctrina del profesor Garrigues», en *Joaquín Garrigues. Jurista y universitario ejemplar*, Madrid, 1996, p. 73 y ss.

<sup>196</sup> *Op. cit.*, p. XX.

<sup>197</sup> Madrid, 1936, t. I, p. 21.

<sup>198</sup> Madrid, 1947, t. I, vol. 1, p. 29.

español al concepto de empresa como punto central del sistema se deduce de la calificación de nuestro Derecho como Derecho de los actos de comercio». En este sentido GARRIGUES nunca trató de adaptar la teoría de la empresa a nuestro Código por la vía de la inmanencia, como se propuso GIRÓN.

En el plano del *deber ser*, sin embargo, GARRIGUES se mostró favorable en un principio en favor de la nueva concepción. En 1939 en su conferencia *Hacia un nuevo Derecho español de la economía*<sup>199</sup>, consideraba que «el Derecho mercantil aspira a ser el Derecho privado de las empresas», idea que repite posteriormente<sup>200</sup> al postular que «es preciso cambiar totalmente el ángulo visual del Derecho mercantil centrándonos sobre el concepto económico de la empresa». Por ello, en 1947 dice con toda coherencia en su *Tratado*<sup>201</sup> y de acuerdo con ASQUINI, que «la construcción de la teoría de la empresa mercantil constituye actualmente la nueva misión de la ciencia del Derecho mercantil».

Si embargo, en 1949, en su estudio sobre el aspecto jurídico de la empresa publicado en la *Nuova Rivista* de MOSSA<sup>202</sup>, luego de recordar que los juristas han querido transportar el concepto unitario económico de la empresa al campo del Derecho, dice: «pero es posible reconocer que no han logrado hacerse plenamente patronos de la materia. Al contrario, han naufragado en su intento de encuadrar la empresa en un casillero de categorías jurídicas tradicionales, intento que recuerda el procedimiento del naturalista, que clasifica las diversas especies de animales. Si recordamos la clasificación romana de las cosas en corporales (*quae tangi possunt*) e incorporeales (*quae tangi non possunt*), podríamos decir que la empresa no es ni una cosa ni una universalidad de cosas, ni un derecho ni una universalidad de derechos. Ciertamente la empresa tiene cosas (materias primas, mercancías, utensilios, inmuebles) y tiene derechos (arrendamiento, propiedad industrial, propiedad intelectual,

---

<sup>199</sup> En el volumen *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, 1939, p. 3.

<sup>200</sup> En su artículo «Hacia un nuevo Derecho mercantil», *Revista de Estudios Políticos*, 1942, pp. 225. *Vid.* también «Concepto de Derecho mercantil», en *RDP*, 1943, pp. 369 y ss. y sus *Instituciones de Derecho mercantil*, 1ª ed., Madrid, 1943, p. 18.

<sup>201</sup> Vol. I, p. 29.

<sup>202</sup> *Nuova RDC*, vol. III (1949), pp. 51 a 57.

derechos de crédito diversos). Sin embargo una cosa es la empresa y otra el patrimonio de la empresa». Y poco más tarde en su conferencia del año 1955 sobre «La crisis del Derecho mercantil contemporáneo»<sup>203</sup> dice, con toda claridad, que la doctrina de la empresa, «lejos de haber descubierto la esencia del Derecho mercantil, ha venido a provocar su crisis contemporánea, cuyo exponente más claro radica, a su juicio, en que ese Derecho después de haberse centrado sobre la empresa, no ha conseguido penetrar en su estructura interna como comunidad de trabajo, quedando reducida a su derecho del empresario capitalista y de la actividad externa de la empresa».

De nuevo en una línea de perfecta coherencia con estas afirmaciones, en 1959, en su artículo de la *Revista de Derecho mercantil* «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil»<sup>204</sup> fija el maestro la que fue su definitiva posición sobre el problema, y que incorpora a las ediciones posteriores del *Curso*. GARRIGUES insiste en que una de las causas de la crisis referida estribaba en la incertidumbre de los autores acerca de la disciplina de los nuevos conceptos y en la comprobación de que construcción de la doctrina de la empresa que se asignaba como misión principal del Derecho mercantil científico no había sido realizada con éxito.

Por otro lado, GARRIGUES pone de relieve las graves dificultades que ofrece, desde el punto de vista de la técnica legislativa, la regulación positiva del Derecho mercantil como Derecho de las empresas. Para que esta última calificación fuese exacta —expone— sería preciso que el Derecho mercantil abordase tanto el aspecto externo (actividad) como el aspecto interno (organización) de la empresa. Pero la realidad es que cuando se ha querido fundamentar legislativamente el Derecho mercantil sobre la empresa —dice recordando el Proyecto ASQUINI de 1940— el aspecto interno ha quedado siempre al margen. Un Derecho de las empresas tendría que incluir la regulación del trabajo en el seno de la empresa invadiendo la esfera propia del Derecho

---

<sup>203</sup> *RDM*, núm. 57 (1955), pp. 91 a 109.

<sup>204</sup> *Op. cit.*, pp. 7 y ss.



laboral, «mas lo cierto es —concluye con toda razón— que ningún Código de comercio ni ningún proyecto de codificación mercantil ha llegado nunca a esta meta, ni es fácil que llegue»<sup>205</sup>.

Ocupémonos ahora de la posición del profesor URÍA, cuya línea evolutiva tiene un tono distinto a la del profesor GARRIGUES. El profesor URÍA, antes de publicar en 1958 su *Derecho mercantil*, estaba situado, al igual que POLO y GIRÓN, en la postura clásica de la concepción organicista de la empresa sostenida, siguiendo los pasos de WIELAND y MOSSA, y pensaba que el concepto estructural concreto de empresa servía mejor que cualquier otro para delimitar la materia mercantil y lograr un concepto de Derecho mercantil que se ajustase lo más posible a la realidad histórica presente. A su juicio, el Derecho mercantil ordenaría la actividad y las vicisitudes de las empresas económicas en todas sus clases, sin entrar a distinguir entre empresas económicas mercantiles y no mercantiles. Pero esa concepción organicista, dice después URÍA en su *Manual*, absolutamente dominante en el primer tercio del siglo XX (a la que nos hemos adherido en otro tiempo, confiesa el maestro) si es válida para moverse en el plano económico no satisface las exigencias del Derecho y está siendo superada. La doctrina mercantil más reciente —prosigue URÍA— al contemplar desde el ángulo jurídico la totalidad del fenómeno *empresa* como unidad económica orgánica, comenzó a separar el aspecto subjetivo del aspecto objetivo de ese fenómeno; empezó a distinguir entre la actividad del sujeto organizador y el conjunto de medios instrumentales (reales o personales) por él organizados para el servicio de esa actividad, centrando la idea de empresa

---

<sup>205</sup> Esta posición de GARRIGUES fue acogida por sus discípulos OLIVENCIA y BROSETA. Así el primero (en *Derecho mercantil*, Coord. Jiménez Sánchez, 2ª ed., Barcelona, 1992, p. 25) dice que «el concepto de empresa no sirve como criterio delimitador del Derecho mercantil ni de ninguna otra rama jurídica; es más, puede decirse que el Derecho mercantil no penetra en el ámbito interno de la organización empresarial, en el que existe un cúmulo de relaciones jurídicas que constituyen el objeto de otras ramas del Derecho. La empresa, en conclusión, no es ámbito exclusivo de aplicación de una concreta rama del Derecho y no puede, por tanto, servir de elemento definidor de ninguna de ellas». De igual manera el segundo (*Manual de Derecho mercantil*, 10ª ed., Madrid, 1995, p. 59) recoge a la letra las razones de GARRIGUES y escribe: «De todo ello se concluye que no puede afirmarse simplemente que el Derecho mercantil es el Derecho de la empresa, porque la disciplina jurídica de ésta corresponde a varias disciplinas, y entre ellas al Derecho del trabajo. Lo cual no significa que la empresa no sea relevante para el Derecho mercantil, puesto que, por el contrario, su importancia es esencial».

sobre el primer aspecto y la idea distinta de establecimiento, negocio, hacienda o casa comercial sobre el segundo, con lo que gana carta de naturaleza, a través de esa separación, la concepción jurídica de la empresa como pura forma o modo de actividad. Esta reducción de la empresa a pura actividad del empresario es lo que lleva al profesor URÍA a retornar una concepción subjetiva o profesional del Derecho mercantil que considera la más certera y adecuada a los supuestos concretos de la realidad actual, lo que le permite definirlo como «Derecho ordenador de la actividad constitutiva de empresa» o, para ser más precisos, «Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios en el mercado».

Veamos como está actualmente el estado de la cuestión. Podemos sistematizar tres sectores doctrinales: en primer lugar, un sector mayoritario sostiene la necesidad de reconstruir teleológicamente el Derecho mercantil, con base en la interpretación de las normas en relación «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 C.c.), sobre la base subjetiva y profesional del empresario y la actividad externa propia de las empresas, aunque existen diferentes matices en sus argumentaciones.

En segundo lugar, un minoritario sector de la doctrina tradicional que niega la reinterpretación del Derecho mercantil sobre la base de la teoría de la empresa (LANGLE<sup>206</sup>, VICENTE y GELLA<sup>207</sup>, RUBIO<sup>208</sup>), y que recientemente tiene nuevas adscripciones (BELTRÁN<sup>209</sup> y DE EIZAGUIRRE<sup>210</sup>).

---

<sup>206</sup> Que realiza una particular cruzada en contra de la teoría de la empresa. Entre otras obras «El inquietante problema de la homogeneidad del Derecho mercantil», cit., p. 355.

<sup>207</sup> *Curso de Derecho mercantil comparado*, t. I, cit., 1944, pp. 31 y s.

<sup>208</sup> «Sobre el concepto de Derecho mercantil», cit., pp. 317 y ss.; y en *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 236 a 240.

<sup>209</sup> Para este autor, denuncia la insuficiencia de la empresa para determinar la mercantilidad, y aboga por la unificación del Derecho privado (*La unificación del Derecho privado*, Madrid, 1995, pp. 42 y ss.).

<sup>210</sup> Para el que la doctrina de la empresa no tiene cabida en nuestro Derecho positivo y, en su opinión, el punto de referencia subjetivo debe seguir siendo el comerciante, que continúa determinándose por el ejercicio del comercio (*Derecho mercantil*, cit., pp. 147 y s.).

Finalmente, hay una tercera corriente doctrinal que, teniendo en cuenta las recientes modificaciones socioeconómicas y del Derecho, proponen superar el criterio de la empresa y el empresario, planteando alternativas metodológicas y sistematizadoras a la doctrina de la empresa, como aquella que desplaza al mercado como eje de la construcción del Derecho mercantil, con la toma en consideración de nuevos intereses (MENÉNDEZ, OLIVENCIA y BERCOVITZ)<sup>211</sup>.

Lo cierto es que la teoría de la empresa de WIELAND presenta particular utilidad y significación con relación a la determinación del criterio delimitativo de la mercantilidad en el Derecho español, y entendemos que aún en la actualidad sigue siendo el criterio que mejor aproxima el Derecho mercantil a la materia regulada. Así, y a pesar de las dudas que se puedan suscitar sobre el concepto de empresa o sobre las zonas grises que presenta el Derecho de la empresa con otras disciplinas jurídicas, y a pesar de las matizaciones que se expondrán más adelante en torno a la empresa como criterio justificador del Derecho mercantil, creemos que es posible con una interpretación actualizadora de nuestros textos legales, atendiendo a las teologías de las normas, defender que la empresa es el eje sobre el que se debe construir el concepto del Derecho mercantil.

Que los actos de comercio no agotan la materia mercantil en nuestro ordenamiento es algo claro. En el propio Código de comercio hay normas que se refieren al estatuto del comerciante, capacidad, régimen económico matrimonial, registro, contabilidad, o normas relativas al buque que tampoco son actos de comercio, que se suelen englobar en la parte dedicada al Derecho de obligaciones. De manera que la utilidad de la teoría de los actos de comercio en nuestro sistema tiene escasa trascendencia como elemento delimitador de la materia mercantil.

Además, los actos de comercio en nuestro ordenamiento tampoco sirven para definir al comerciante, como se desprende del contenido de los artículos 1 y 3 del Código, cuando se refiere a los que teniendo capacidad legal para el ejercicio del comercio se dedican a él habitualmente, de manera que el comercio

---

<sup>211</sup> *Vid. infra.*

en el sentido empleado se refiere a actividad mercantil organizada. Este elemento de la organización se presenta como esencial para establecer cual es el concepto de comerciante, porque al comerciante no se le puede identificar por el objeto de la actividad ya que cualquier lista de actividades mercantiles es necesariamente incompleta al ir surgiendo constantemente nuevas actividades<sup>212</sup>. Ciertamente lo que presenta de común es la forma de realizar esa actividad, la organización de bienes y servicios para el mercado, es decir, la empresa. Este elemento de organización lo tenemos precisamente en el artículo 3 del Código de comercio en la forma de interpretar la habitualidad<sup>213</sup>. Pero para la determinación del concepto de comerciante resulta también esencial la referencia al párrafo 2º del artículo 1 del Código, cuando se refiere a que se consideran comerciantes las compañías mercantiles o *industriales* que se constituyesen con arreglo al Código, incluyendo las industriales, que en sentido propio y usual no se consideran comerciantes pero sí empresarios.

Hay que tener en consideración que el artículo 2.2 del Código de comercio permite una interpretación actualizadora del Código por medio del recurso a la analogía en los términos expuestos en la propia Exposición de Motivos, y se ha llegado a afirmar que por medio de tal artículo se produce una apertura de la mercantilidad a materias no comprendidas en el Código, dejándose abierto el desplazamiento y la sustitución de la figura del comerciante por la del empresario y la organización empresarial, que tampoco eran completamente ajenas al Código (artículo 3.º)<sup>214</sup>, de manera que puedan considerarse mercantiles actividades que presenten identidad de razón con las que exigieron la aparición de las normas mercantiles, y tal y como expuso WIELAND, que tienen en común con el primitivo comerciante realizar la actividad con una forma de organización que se inició en el comercio y se extendió a la industria y a los servicios.

---

<sup>212</sup> GARCÍA VILLAVERDE, «La mercantilidad de los préstamos de las Cajas de Ahorros», *RFUCM*, núm. 72, p. 279.

<sup>213</sup> GARCÍA VILLAVERDE, *op. cit.*, p. 282; GIRON, *op. cit.*, p. 70; y GONDRA., *op. cit.*, p. 136.

<sup>214</sup> GONDRA, *op. cit.*, p. 136.

Además, la empresa ha entrado en el Código de comercio como consecuencia de las sucesivas reformas. En este punto, resultan reveladoras las referencias al empresario que se encuentran en materia de registro y contabilidad en el propio Código de Comercio. La empresa y el empresario también están presentes en la legislación mercantil especial que ha ido actualizando y derogando el contenido del mismo.

Todavía hoy se puede defender que la empresa es el centro del sistema del Derecho mercantil, y representa el sector de la realidad que justifica este Derecho especial como consecuencia de las necesidades que surgen en torno a la organización y la actividad empresarial, que es fundamentalmente una actividad de organización de factores de producción de cara al mercado. En concreto, debe resaltarse el hecho de que existe una actividad económica organizada y profesionalmente realizada que reclama una ordenación jurídica, de la que son pilares fundamentales el empresario, su actividad profesional y la organización instrumental de la que se vale.

Pero aunque se parte de una construcción del Derecho mercantil como Derecho que justifica su especialidad en la empresa, es conveniente hacer una serie de precisiones en orden a delimitar el sentido de esta afirmación. En primer lugar, debemos afirmar que no todo el derecho de la empresa es Derecho mercantil, hay otras disciplinas jurídicas que también se ocupan de la empresa, como el Derecho fiscal de la empresa, Derecho laboral, o administrativo. En segundo lugar, como la empresa carece de capacidad jurídica interesa al Derecho mercantil en cuanto se refiere al sujeto que la realiza, el empresario, y al que son imputables sus consecuencias atendiendo a la satisfacción de los diversos intereses que son afectados por la misma, tales como acreedores, consumidores, competidores, etc.

En torno a la titularidad de las empresas actualmente se puede hablar en sentido amplio de la presencia de una despersonalización que se refleja en la creciente importancia del titular persona jurídica con respecto al titular persona física. A lo anterior debe añadirse que como manifestación del proceso que se

conoce como generalización del Derecho mercantil que presentan en el tráfico figuras como los títulos valores, que no siempre son de exclusiva utilización empresarial. Ahora bien, el origen de tales figuras, y las técnicas que presentan diferenciadas del derecho común, parecen argumentos suficientes como para no poder esgrimir la generalización como justificación de la insuficiencia de la empresa como criterio delimitador de la materia.

En consecuencia puede sostenerse con los matices expuestos que el Derecho mercantil es el conjunto de normas que pretende dar solución a los problemas que plantean las formas organizativas empresariales, a la regulación del tráfico en que participan y a la ordenación de su crisis.