

TEMA 1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL

I. ORIGENES

El Derecho mercantil surge en la Edad Media, frente a la rigidez y formalismo del Derecho civil, pues los comerciantes sienten la necesidad de unas normas que se adapten mejor a los requisitos del comercio. Dejan de aplicar entre sí la normativa rígida del derecho civil, y crean un derecho autónomo, que no surge por imposición del Estado, sino por su aceptación social y que se plasma en costumbres recogidas por recopilaciones hechas por asociaciones de comerciantes.

¿Cómo se impone este derecho, si no tenía respaldo público? A través de tribunales arbitrales de las propias corporaciones de comerciantes (conocidos como “Consulados”), cuyas sentencias no eran ejecutivas por imposición pública sino por presión social.

Aunque este derecho de los comerciantes es personal (sólo se aplica a los comerciantes - que cada grupo social tenga un ordenamiento propio es un fenómeno típicamente medieval) y extraterritorial (se aplica al comerciante en cualquier plaza), las costumbres son muy parecidas en todos los puertos (el “Llibre” p.e. es adoptado por la mayoría de los puertos mediterráneos); de esta forma parece que se llega a crear una “*lex mercatoria*” que cubría los principales negocios del comercio (compraventa, comisión, navegación, letra de cambio) internacional con carácter: consuetudinario; sin respaldo estatal; administrada por tribunales arbitrales; y, además, impuesta por coerción social.

Este sistema de Derecho mercantil de clase cubre desde la baja Edad Media hasta la Revolución francesa, y en España hasta las reformas de Fernando VII, ya en el siglo XIX. Las únicas imposiciones estatales fueron las leyes de quiebra (como p.e. la Ley de Cortes de 1300 de Jaime I de Aragón) y los requisitos para la creación de sociedades, para lo que se exigía autorización real (fue típico el privilegio concedido a la Compañía de las Indias). Fuera de esto, la intervención del poder estatal se limitaba a la promulgación de Ordenanzas, recopilaciones de normas consuetudinarias con aprobación real, como la de Bilbao de 1737. Estas Ordenanzas de Bilbao, inspiradas en las Ordenanzas francesas de Luis XIV, llegan a aplicarse en un ámbito nacional vía consuetudinaria, y más tarde en 1792 Carlos IV termina por imponer su vigencia al declararlas “universalmente recibidas en sus Reinos para los asuntos mercantiles”.

En su esencia, el Derecho mercantil medieval pervive -aunque parezca increíble- hasta la transformación radical de finales del XVIII, cuya expresión más violenta es la Revolución Francesa, y cuyas bases ideológicas son los principios de igualdad y libertad - libre iniciativa y libre competencia en lo económico. La Revolución francesa proclamó de inmediato la libertad de ejercicio del comercio y terminó con el monopolio de los gremios de comerciantes y corporaciones. No es de extrañar por tanto que el Derecho mercantil, concebido hasta entonces como un derecho de clase, repugnara a la Revolución Francesa y al racionalismo.

II. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Con la Revolución Francesa se plantea pues la necesidad de desechar la concepción tradicional del Derecho mercantil, como un derecho de clase de los comerciantes. Una posibilidad hubiera sido unificar todo el Derecho privado, regulando la actividad mercantil por medio del Código Civil. Sin embargo, prevaleció la idea que la normativa civil no era apropiada para regular la actividad comercial. Este dilema propicia la aparición, a través del “*Code de commerce*” francés de 1807, de una concepción objetiva del Derecho mercantil, basada en el acto de comercio (concepción ya apuntada en las Ordenanzas del Comercio de Luis XIV de 1673, que presumía la cualidad de comerciante de toda persona que realizara ciertos actos).

Los actos de comercio son determinados actos, legalmente enumerados, a los que el legislador da una regulación especial contenida en un Código mercantil (p.e. venta especulativa, transporte por mar, letra de cambio, conocimiento de embarque, venta en bolsa, etc.). Es suficiente que estén incluidos en dicha enumeración, sin que sea preciso que los realice un comerciante (aunque en general son comerciantes los que los realizan). Y viceversa: los actos no de comercio realizados por un comerciante, son civiles.

El “*Code de Commerce*” francés (uno de los cinco códigos napoleónicos) tiene enorme influencia en toda Europa. En 1829 entra en vigor en España el primer Código de Comercio, redactado por un único jurista, D. Pedro Sainz de Andino y basado en el francés. (Código que en materia concursal estuvo en vigor hasta el año 2003) y al año siguiente se suprimen los tradicionales tribunales arbitrales de comercio, y se crean tribunales de comercio funcionariales, pero separados de los civiles.

En 1830 bajo el Reinado de Fernando VII comienza pues la época contemporánea del Derecho mercantil español. Aunque el “Rey felón” es una de las bestias negras del liberalismo español, no se le puede negar el mérito de haber propiciado la ruptura del sistema medieval de Derecho mercantil, que hasta entonces continuaba en vigor.

Frente a la orientación objetiva del “*Code de Commerce*” francés y del Código de Comercio español (1885) e italiano (1882), aparece el Código de Comercio alemán de 1897, que vuelve a la concepción subjetiva como elemento diferenciador del Derecho Mercantil frente al Derecho Civil. En el Derecho alemán se presume en el comerciante un conocimiento y una pericia en los asuntos de comercio superior al ciudadano corriente, y ello justifica la existencia de una normativa especial. El Derecho mercantil aparece en esta nueva fase más como una carga que como un privilegio de clase.

Desde una perspectiva histórica la concepción objetivista del Derecho mercantil ha fracasado, porque el concepto de acto de comercio es indefinible, carece de valor sustantivo; los códigos más modernos lo han abandonado y tienden hacia una unificación del Derecho mercantil y del Derecho civil (Suiza, Italia). Además, el sistema es muy rígido, pues sólo son actos de comercio los enumerados por el legislador, quedando excluidas nuevas formas de contratación, que por no estar contenidos en la enumeración original, no tienen la consideración de actos del comercio.

Como es sabido, en junio de 2013 se presentó por parte del Ministro de Justicia el proyecto –largamente esperado- de Código Mercantil. Se trataba entonces de una propuesta, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación, y en la que han participado los mejores expertos –principalmente Catedráticos de Universidad- en nuestro país, pero hasta que no tuviera categoría de texto legal, de derecho positivo, no iba a ser estudiada en estos apuntes. Sí parecía oportuno, aunque sea brevemente, hacer algunas referencias en los temas correspondientes a las materias que la propuesta de Código Mercantil regulaba, todo en ello en vistas a su anunciada aprobación en la legislatura del 2011 al 2015. El siguiente hito fue la aprobación, por el Consejo de Ministros del 30 de mayo de 2014, del texto del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, que seguía –en general- la propuesta elaborada por la Comisión de Codificación, pero introducía también sustanciales modificaciones.

La dimisión –por motivos políticos ajenos a esta asignatura- del Ministro de Justicia Ruiz Gallardón hizo que este ambicioso proyecto quede aparcado en un cajón, y en palabras de su sucesor, el Ministro Catalá, sería abordado en la siguiente legislatura. El plan legislativo anunciado por el Gobierno para 2018 incluía la “resurrección” de este Código Mercantil, y algo similar se dijo en 2021. Todavía estamos esperando que sea así.

III. PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO MERCANTIL

La concepción hoy dominante es la que entiende que el Derecho mercantil es el derecho que regula la actividad habitual de las empresas. El concepto de Derecho mercantil gira por lo tanto en torno a lo que es una empresa y cuál es su actividad típica. De hecho, en la propuesta de Código Mercantil (*Vid.*, la Exposición de Motivos, párrafos I-9 y ss.), se delimita la materia mercantil sobre un concepto básico: el del mercado.

Y lo hace a partir del mercado como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial.

De esta manera, el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas. Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto de referencia es la *empresa* como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Mas la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural, no lo es para el empresario persona jurídica, en el que, junto al criterio de la naturaleza del objeto social se recoge el formal de la adopción de algún tipo de sociedad mercantil.

Mercado: el concepto empresa, a su vez, está indisolublemente unido al concepto mercado. Empresa es aquella organización que produce bienes y servicios para ofrecerlos en

un mercado, en el que compiten numerosos oferentes, al que acceden demandantes bien informados, y en el que el precio –libremente establecido- actúa de mecanismo de ajuste.

El concepto mercado ha devenido el más importante de una nueva categoría, la del “derecho económico”, dentro de la cual ha tenido acogida el derecho mercantil. Y la lucha por un mercado eficiente y con unos costes de estructura y de transacción lo más bajos posibles es el objetivo fundamental de la política económica de las naciones, pues de esta forma se asignan los recursos de forma más eficiente y se maximiza la creación de riqueza. El empuje –económico y político- del mercado ha tenido un inmenso impacto en el Derecho mercantil y en su concepción. Cada vez tiene menos importancia social y económica, y por lo tanto también jurídica, la esfera de derecho privado mercantil –es decir, los contratos que regulan la actividad comercial, industrial, bancaria, bursátil y del transporte. Y cada vez gana mayor trascendencia la esfera relativa a la organización jurídica del mercado –la estructura de la empresa, su administración y gestión eficientes, su admisión como oferente en el mercado, la defensa de la competencia frente a prácticas anticompetitivas y abusos de posición dominante, la disciplina de mercado, la defensa de los consumidores, etc-.

Se puede discutir si todas estas materias –y en especial las que atañen a la intervención del Estado en la vida empresarial- forman o no parte del Derecho mercantil. La discusión es puramente conceptual e intrascendente (lo que no ha impedido extensos estudios académicos sobre la materia). Históricamente el Derecho mercantil se limitaba a ser el derecho privado de los negocios comerciales. Su finalidad última era que estas relaciones contractuales dieran lugar a prestaciones equitativas entre las partes¹. Hoy este núcleo histórico sigue siendo importante, pero está englobado dentro del concepto mucho más amplio de derecho económico, cuya finalidad es regular todo el funcionamiento del mercado, incluyendo las empresas oferentes y los consumidores demandantes y en el que se engloban no solo aspectos de derecho privado sino también de derecho público.

¿Cuál es la finalidad última del Derecho económico? Sin duda que el “*suum cuique*”, la defensa del legítimo derecho de cada uno debe seguir siendo el norte del ordenamiento. Pero hay un segundo aspecto que no se puede despreciar: toda norma jurídico-económica que limite la eficiencia y transparencia de los mercados, o establezca coste de estructura o de transacción innecesarias, está impidiendo la asignación óptima de recursos².

Global: un último factor a apuntar en la evolución del Derecho mercantil es su internacionalización como consecuencia de la creciente interconexión de las economías, propiciadas también por el desarrollo de las nuevas tecnologías y los modernos sistemas de comunicación. Este fenómeno, que se conoce comúnmente como “globalización”, es consecuencia de dos factores, uno eminentemente jurídico y el otro empresarial: el primero es la progresiva supresión de los aranceles y de los controles de cambio y el segundo la

¹ Si el transportista Ticio transporta una partida de tela para el comerciante Cayo, y la mercancía se deteriora durante el viaje por culpa de Ticio, el derecho debe garantizar el resarcimiento del daño causado a Cayo.

² En el ejemplo anterior, la ley podría exigir que Ticio transportista tenga un capital de 100M€ para hacer frente a posibles indemnizaciones; esto garantizaría el cobro por Cayo de su indemnización, pero incrementaría los costes de estructura de Ticio, haciendo a la larga el transporte más caro; el legislador debe sopesar si el garantizar el cobro de la prestación debida a Cayo, compensa un incremento generalizado de las tarifas de transporte.

revolución del transporte y la comunicación, que ha abaratado radicalmente sus costes. El resultado es que está surgiendo un mercado global de bienes y productos y más lentamente de servicios.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es un organismo internacional que tiene como función es promulgar las normas globales que rigen el comercio entre países. Fundada en 1994, como sucesora del GATT, ahora la integran 146 países, sus normas son los llamados “Acuerdos de la OMC”, unos extensísimos tratados internacionales que regulan el comercio de mercancías (“Acuerdos GATT”), de servicios (“Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”) y la propiedad intelectual (derechos de autor, patentes, marcas, indicaciones geográficas, circuitos integrados...). Todos estos acuerdos pretenden fomentar el comercio internacional.

La OMC en cambio no se ocupa de los aspectos jurídico-privados del comercio internacional. Este rol recae fundamentalmente en UNCITRAL, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional, fundada en 1966. UNCITRAL ha promovido la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (de 1980, que sí que está en vigor en España, y tiene una gran importancia en el comercio internacional) y una Ley Modelo de Arbitraje, que ha sido adoptada por numerosos Estados (entre ellos España).

También en otras áreas –como p.e. la lucha contra el blanqueo de dinero o los recursos propios exigidos a los bancos– se han producido acercamientos entre las normativas nacionales. Pero persiste un problema fundamental: la globalización, la desaparición de barreras entre diferentes mercados, progresa inexorablemente, impulsada por la fuerza de los hechos y los Acuerdos de la OMC. En cambio, los progresos en la creación de un ordenamiento jurídico trasnacional, vigilado por órganos supervisores trasnacionales y por tribunales internacionales han sido más bien modestos.

Las leyes siguen siendo predominantemente nacionales, no existen organismos supervisores que no sean estatales y la jurisdicción sigue siendo básicamente estatal. Dotar a los mercados globalizados de niveles de seguridad jurídica y supervisión como los disfrutados tradicionalmente por los operadores y consumidores en los mercados nacionales es el gran reto de futuro del Derecho mercantil.

Finalmente, y como tendremos oportunidad de estudiar a lo largo de este curso, si algo caracteriza en la actualidad el ámbito mercantil es el fenómeno que se ha venido en llamar (por Garrigues) de “legislación motorizada”, con frecuentes modificaciones y actualizaciones (basta con ver los textos de la Ley Concursal y la Ley de Sociedades de Capital, que en apenas quince años han experimentado más de cuarenta reformas), y que pese a los inevitables desaciertos en cuanto a política legislativa, y coste añadido a los operadores del mercado, qué duda cabe que hacen del estudio de esta asignatura una materia apasionante y siempre actual.