

CAPÍTULO 1: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL

1. Dº M equivale a Dº del comercio o Dº Comercial.

Origen tér. Latino Merx: mercancía, designa el objeto del tráfico especulativo comercial o mercantil.

Commercium. Fte romana sentido más amplio. Identifica con cualq. Clase de relación o contacto humano.
Comercio actual: mercatura, mercados...(negotiatio).

Merx deriva el tér. Mercado y sus equivalentes en otras lenguas: mercato, marché, market... Euskera – Merke. (sentido de barato).

Tér. Comercial – connotación más económica – esto explica el tér. De Cco y no mercantil pq propone regular la metería eco conocida como comercio.

Tér. Mercantil – sigdo fundamental/ jco.

2. Planteamiento del problema del concepto.

Razón – existencia de un Cco el lado y separado del CC.

Problema: delim. Del ámbito de aplicación del Cco, respecto del CC.

- La denominación de comercio, la proliferación de ns Posteriores contenidas fuera del Cco y CC contenidas en leyes especiales (por ejemplo L. Competencia desleal, cto de Agencia...)
- La separación entre ambas ramas – se basa en una supuesta autonomía legislativa y científica del DM.
Las sol. Propuestas se basan sobre 2 líneas a seguir:

- Autonomía del DM: creencia de poder llegar a un concepto sustancial de DM. Esto se basa un en el concepto de empresa.
- Planteamiento más crítico (minoritario) respecto de la autonomía del DM: admite la distinción entre DM y DC que es en buena medida convencional debida más a las circunstancias históricas, sociales y culturales de cada país, más que a la existencia de un único criterio.

3. El DM hasta la codificación.

- Ius mercatorum medieval: el origen de las ns. Mercantiles está en la E.M.

1.2– El protagonismo del comercio en la creación del Dº especial: destaca como el lector económico dinámico de la sociedad, impulsa el progreso social frente al poder feudal. Mercantil – concepto radica en las necesidades jurídicas, caracterizadas por la intermediación lucrativa en el intercambio de mercancías entre lugares de producción y de utilización. Esto lleva a la creación de ns. Distintas del D común. La industria en este periodo no espera el estado artesanal. Pero incluso desde la aparición de las manufacturas de promoción pca durante el periodo ss hasta la Rev. Industrial, la característica fundamental es que el artilex no actúa en el Mdo, siendo el Mercator el que sitúa lo producido por aquel en el mismo. Sector marginal y reducido respecto del sector primario. Los comerciantes: realizan una actividad esencialmente urbana.

- La configuración estamental: el D Común al no comerciante por lo que el ius mercatorum se convierte en un D. Corporativista.

1.3- Contenido institucional del ord. Mercantil de la época: Las instituciones que configuran el DM (ius mercatorum) se encuentran en los documentos notariales y en decisiones de los Trib. Especiales de los comerciantes.

a) act. Característica del mercator – negotiato o mercatura. Surge la act. De los Campsores o cambiadores (cambios de especies monetarias)

- aparición de la contabilidad – obligación de la llevanza de los libros contables: la compagna y la comenda enriquecen la tipología de las formas asociativas para el ejercicio del comercio.
- Compagna: asociación entre comerciantes (compañías de comercio en las ordenanzas de Bilbao). Origen familiar.
- La Commenda: no origen medieval aunque sí ves auge instrumento del fenómeno interesamiento, que permitía a los proveedores de capital, que no podían ejercer el comercio (manos muertas) participar en los beneficios de una operación comercial, contribuyendo a la financiación de la misma.

La hereda – La asociación en cuentas de participación.

- Quiebra.

1.4- Caracterización del ius mercatorum.

Rasgos generales:

- La Novedad – del DM medieval respecto del DR y del canónico es la adecuación de aquel (de sus ns.) a las necesidades de la mercatura. Fte de creación: D de produc. Autónoma (D estatutario, doc. y formularios notariales y las decisiones adoptadas por la jurisdic. Especial. El D. estatutario autonomía de las corporaciones de comerciantes de las ciudades con representación importante del estamento mercantil (España denominadas Universidades recoge el dº consuetudinario que recoge los usos de comercio. Los documentos notariales (revelan la práctica mercantil). Las decisiones de los Tribunales Corporativos (consolada) configuran la aequitas mercatoria.

(negritas mercatoria: Pº informador que preside la aplicación del ius mercatorum por la jurisdicción consular). Consiste en una simplificación procesal respecto de las reglas del procedimiento canónico.

- Uniformidad internacional, coincidencia de necesidades y de circunstancias económicas en Europa Occidental unido el cter cosmopolita de la clase mercantil.

2.El Dº del Comercio de la E. Moderna.

2.1.Mercantilismo como elemento caracterizador del Periodo.

- Descubrimientos geográficos. (rutas marítimas)
- Unificación de las monarquías.

El mercantilismo carece de rango de doctrina dada en ineptitud para explicar las mecanismos económicos del periodo considerado, pero es intervencionismo pco de la act. comercial , como fte de prosperidad para los pueblos. Los comerciantes se convierten en una especie de aristocracia urbana.

2.2.Las nuevas instituciones jurídicas.

Bancos (Bank of England), la letra de cambio gracias a estos adquiere la fisonomía de instr. de crédito. La

Bolsa. Las compañías coloniales, aparece la acción.

2.3.Nacionalización del DM.

Como consecuencia de la asunción del Estado de la función legislativa La regulación del DM experimenta una compartimentación dentro de cada ámbito estatal frente a la internacionalidad caracterizada por el *ius mercatorum* medieval. Por ejemplo: las ordenanzas de Luis XIV en Francia ref. al comercio y a la Marina. España: Ordenanzas de la Universidad y de la casa de contratación de Bilbao, confirmadas por Felipe V. Estas compilaciones generarán una tradición y llegado el momento de la codificación, una predisposición a favor de cód. de comercio separadas del ord. del DC.

Inverso respecto de las anteriores: Inglaterra que se produce una integración en el D° privado gral. (common Law) de la *lex mercaturia*, especie de *ius gentium* de origen medieval. A partir de la nueva situación la Law Merchant deja de existir, y queda fijada en 3 sectores: common Law, Equity y Statute Law.

Consecuencia: comercialización del common Law por prácticas originarias mercantiles.

2.4.Nacimiento de la literatura jurídico – mercantil.

La primera literatura jco – mercantil procede en parte de la Escolástica tardía: *Tractatus de mercatura seu mercatore* de Benvenuto Stracca (1553). Mantiene un grado importante de unidad del pensamiento jco – mercantil. España: literatura de J. Hevia Bolanos. *El laberinto del comercio terrestre y naval* (1617). Aparición temprana en el conj. europeo cuya primera obra data de 1603 *Curia Filipica*. Estas dos últimas obras fueron objeto de revisiones, incluso oficiales hasta el s. XIX. La literatura jco – mercantil en Francia: *Ordonnances* a partir de estas surge una rica literatura jco en la forma de comentario.

2.5.Concepto de DM anterior a la Codificación.

Cter claramente subjetivo. Vinculación del ejer. de la act. comercial (mercatura) a la pertenencia al estamento de los comerciantes.

– dos precisiones:

- d° relativa / subjetivo tan sólo, por cuanto en especialidad se ref. únicamente a la act. comercial y no a otros aspectos del comerciante (p. e. matrimonio, sucesión...). Es un d° del comerciante en un tráfico.
- El DM contemplado sólo se sometía a las relaciones bilateralmente mercantiles (las dos partes condición de comerciantes)

IV. EL DM EN LA CODIFICACIÓN DEL S.XIX

El DM en la codificación del S.XIX.

- Preliminar – Constituye realidad vigente ya que la mayor parte de las CC y Cco se promulgan en este periodo. Español 1886. ES el marco social de la codificación. – marco deter. por una doble circunstancia hca:
 - tránsito del Ancien Régime a la moderna sociedad. (fenómeno del maquinismo con la Rev. Industrial)
 - ciencia jca en la labor de formación y modernización del D plasmado en la Codificación.
- Revolución industrial y liberalismo económico.
- Innovaciones tecnológicas, en el dominio de la industria y el transporte consistente en la aplicación de la energía mecánica producida por el calor a la elaboración de los de producción y consumo, extendida

igualmente al ámbito de los medios de comunicación. (1760–1830 Rev. Ind).

- Industria – la intro de la máquina produce la elaboración en gran cantidad de un mismo producto – el industrial toma una postura activa en el comercio creando su propia demanda y resultando el principal afectado por la venta de una producción. Se convierte en el empresario. (fuente a la act. pasiva del artifex). Los industriales utilizarán y potenciarán las instr. de organización y financiación de una actividad o negocio antes privativas de los comerciantes. – Modalidades contractuales. – Venta de las mercancías elaboradas, como la fabricación y construcción de obras. Son la CV mercantil y el cto de obra Innovación tecnológica dará lugar – protec. ns inmateriales.(de la invención).
- Desarrollo de las comunicaciones: internas e internacionales.

* La proliferación de act. económico tiene como consecuencia que ya no puedan ser todas incluidas bajo la denominación tradicional de comercio, en particular la industria. Por ello la literatura – jca del S:XIX habla ahora de un comercio en sentido jco, no coincidente con la noción económica de comercio.

2 inconvenientes de esto:

1).Oculta la especialidad de la act. realizada por los antiguos mercaderes. Comercio se ref. ahora:

- objeto de la act. (el q se hace)

2.)Se muestra la incapacidad para abarcar todas las act. reputadas como mercantiles.

* Solución a esto: en la esto Del mecanismo de captación de las nuevas act. equiparables a la vieja mercatura fijando la atención en el cómo se hace en lugar de qué se hace. Visión más completa de la índole de la act. eco.

- Agricultura – en el S.XX (ind. Agrarias)
- Extensión del tráfico a sujetos ajenos al proceso de intercambio productivo (e.d comerciantes), consumidores o destinatarios finales de la producción en serie.

Se genera ahorro – nacen las entidades de crédito (depósito de dinero, inversión bursátil en valores en papel)
Se ve el futuro de la protección del consumidor.

- La Rev. Ind. Permite acceder a un nuevo nivel de racionalidad económica que se traduce en la implantación paulatina del sistema de mercado. (fijación de precios)

Librecambismo económico.

- Rev. Burguesa y el liberalismo político.

Ruptura con el Antiguo Régimen se proclama una libertad que se pretende igualitaria. – Pº de libertad civil y de comercio.

* libertad civil – igualdad civil ligada con la idea de propiedad que le sirve de soporte básico.

Déclaration des droits de l’homme et du citoyen (1789) consagra entre las dº naturales e imprescindibles: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. – Su plenitud en el code de Napoleón.

- El cto libertad de contratar en cuanto posibilidad de disponer de la misma.
- La Asamblea constituyente en base a 2 decretos sentaba las bases de la libertad de comercio(*): acceso de los ciudadanos a las act. comerciales e industriales. Libertad de iniciativa económica – reserva dicho ejer y sus consecuencias lucrativas al ciudadano, fuente a la intromisión del Poder

Pco.(*)garantiza al individuo el ejer. de act. productivas con indepen. de su condición social.

- La codif. del Dº Prdo y sus modelos.

4.1 La codif. como técnica de manifestación del D.

* Primera expresión – ALR prusiano. Code Civil francés 1804 es el constituye el paradigma del nuevo género legislativo que se desarrolla a lo largo del S.XIX y culmina en la codif. alemana de 1896/97.

El mov. codif. satisface una aspiración eminente del Racionalismo de los S.XVII y XVIII asumida por el liberalismo.

* Consecuencia de la ref. estaliliz. Del D. prdo es la afirmación del positivismo del mismo resultante de la codificación. La costumbre queda relegada a fte de 2º grado y aplicable de forma subordinada a la ley.

* La codif. como nueva forma (nueva técnica legislativa) revela su superioridad respecto del anterior periodo en:

- La yuxtaposición (unión) de los materiales normativos propia de los antiguos codificaciones sucede y sustituye la integración sistematizadora de los mismos.
- En la idea de sistema reside la esencia de la codif. las ns. Expresan con precisión referida las pº y reglas generales agrupadas en orden lógico, dando lugar a un conj. homogéneo de preceptos.
- Nota de totalización inherente a la idea de sistema, ya que éste conforme con lo expuesto, debe referirse a un conj. del conocimiento. – crítica: se achaca a los codif. una pretensión de atemporalidad, de pretensión de perennidad. Sol. a esto: se requiere la adaptación de los ns. mediante los cánones interpretativos establecidos en los arts. 3º y 4º CC (–sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos etc.../ mediante la analogía)

4.2 La codif. Francesa.

La codif. del CC precede a la del Cco. El code civil del 30 Ventore en XII (21 marzo de 1804) contiene además una reg. centralizada – por no decir única– de las obligaciones. – Esto explica alguna de las peculiaridades del code de commerce del 15 sept. de 1807:

- Ausencia de ns. específicas sb. obligaciones. Se prescinde de la reg. De las llamadas obligaciones mercantiles lo que justifica el cter. de la L complementaria.
- Ref. a la delim. del concepto de D. mercantil: el probl. de la deter. de este concepto en la actualidad nace de esta codif. francesa del D. prdo.
- Lo que el desaparecido estamento de comerciantes tenía transcendencia jurídica, subsiste y se prolonga en los ns. de status específico del comerciante. La vieja jurisdicción consular pervive en los tribunales de commerce. Para definir ambos sectores en el nuevo contexto político – la codif. francesa recurre a la noción de actes de commerce q pese a una novedad terminológica, no es sino una actualización de la vieja idea de la *ratione mercatoria*.

A fin de precisar la noción: arts.

632 se incluyen act. eco que aún no se deno. profesionales. En el supuesto que abre la relac. Nos encontramos con la tradicional – mercatura o negotiatio: toda compra de géneros y mercancías para revenderlas vienen en un estado natural, bien después de haberlas elaborado y preparado, o incluso para arrendar su uso. – Industria: toda empresa de manufacturas, de comisión, de transporte por tierra o por agua

Entre toda clase de personas, las letras de cambio o remesas de dinero hechas de una plaza a otra

633 relativo al comercio marítimo. La deno. De actas de comercio se ref. directamente ctos. Propiamente dichos: cualquier clase de fletamiento, préstamo a la gruesa toda clase de seguros y demás ctos. Concernientes al comercio del mar.

* Doble es la función de las actas de commerce: cumplen en el sist. del code de commerce.

1º de índole procesal – delimita por razón del objeto la competencia de la jurisdicción especial del comercio (tribunaux de commerce). Conocían estos tribunales: los litigios relativos a las obligaciones y transacciones entre comerciantes tanto al por mayor como al por menor y banqueros, pero además entre toda clase de personas, de los litigios relativos a los actes de commerce.

2º de índole material: la aplicación de las ns. sb. status, llevanza de libros (arts. 8 ss), publicidad del reg. Eco. Matrimonial (arts. 65ss) y sometimiento a la quiebra (437 ss) requieren una ref. de los destinatarios, determinados subjetivamente. A tal fin se mantiene la noción del comerciante. Son comerciantes, dice el art. 1 – los que ejercen actos de comercio, y hacen de ello su profesión habitual.

- Los actos de commerce permiten una renovación de la vieja idea de mercader por partida doble:
- definen al comerciante por un act.
- permiten actualizar la noción de comerciante acomodándola, a la realidad eco. Emergente.
- La objetivación del DM, en especial de la mat. De obligaciones a lo que indudablemente se presta el mecanismo de los actos de comercio, conduce inevitablemente hacia un D. especial, y pt. A una desaparición.

4.3 La codif. Alemana.

Se produce la inversa que la francesa. Además de la unidad estatal falta en Alemania (unida en 1815) una ciencia jurídica de la calidad de la que permitió llevar a cabo la codif. napoleónica y, en especial, el code civil. Savigny se opuso a que se produjera el proceso codif.

Con la modernización del DM, va a ser factor decisivo para llevar a cabo la codif. alado del esfuerzo de actualizac. Del pensamiento jco. Romano, obra de la Pandectística.

Ambas vías convergen en la promulgación del cód. Civil. BGB como un apéndice constituido por el cód. De comercio. La codif alemana se muestra cien años después como un producto de calidad notablemente superior a la francesa. Los datos más relevantes de la fase de esplendor del DM del cter. transitorio:

- la ordenanza cambiaría gral. alemana (ADWO) elaborada en 1874, primera muestra de modernización. El progreso se muestra respecto del code de commerce, en el refuerzo de la posición jca. Del acreedor cambiario, a través de una mejor y más clara definición. Al propio tiempo, la regulación de la LC aparece generalizada, sin vinculación a suj. que posean la condición de comerciantes – lo que supone la culminación de la LC, como acto de comercio objetivo o per se.
- La aportación de la ciencia jca. Formulando los pº sistemáticos de dicho ordenamiento.
- El 31 de mayo de 1861 la conferencia alemana aprueba un cod. De comercio en forma de ley uniforme de introducción voluntaria para los estados miembros (ADHGB). Lo relevante es que se vale del sistema objetivo de la mercantilidad y de los actos de comercio para anticipar de D. gral. Del tráfico en Alemania ante la inexistencia de un cod. Civil, materia sb. la que la confederación carece de competencia constitucional.
- Cdo la Ordenanza concursal alemana de 1877 refiere la institución del concurso a la situación de

insolvencia del deudor común, prescindiendo de una condición de comerciante el status de este último perderá una de sus consecuencias tradicionales más importantes, el sometimiento a la quiebra. El vaciado que experimenta así dicho estatus corre parejo con la generación de concurso. La razón de ser estriba, en la necesidad de respetar el interés colectivo de los acreedores (por condicio creditorum) ante la insolvencia del deudor común, independiente de la índole del tráfico que el mismo ejerce.

- Teniendo en cuenta lo anterior, se comprende el retorno del cod de comercio alemán de 1897 (HGB) al sistema subjetivo presente en el ALR prusiano y ni siquiera abandonado en el ADHGB. Ello es efecto, de aquel D. gral. de tráfico, antes contenido en el ADHGB, ha hallado su sede en el BGB.

La existencia de dos cod. separados de D. privado BGB y HGB, se revela predominantemente formal. La decisión de mantener el HGB separado respondió a la idea de dejar una puerta abierta a la función renovadora del D. pdo. En cuanto a la reg. de las Soc., la no incorporación a la HGB de la SRL, la posterior salida de la SA (1937) y la virtualidad sistemática creciente de la Soc reg. en el BGB, dotarán de carácter autónomo al D. de sociedades respecto del HGB.

V. LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO MERCANTIL

- El antecedente: el CCo de 1829

El primer código de comercio Europeo después del francés, código de 30 de mayo de 1829 conocido también por el nombre de un autor Sainz de Andino, sienta las bases del código actual. Sorprendentemente se encuentra todavía en vigor la regulación de la quiebra.

A diferencia del francés, el primer cód. de comercio se dicta en una época de reacción antiliberal, como es la tercera fase del reinado de Fernando VII por lo que es ajena a aquel la inspiración liberal antiestamental. No obstante introduce la técnica de los actos de comercio.

Las causas que motivaron la promulgación de un cod. separado del D. del comercio que vino a instituir a las ordenanzas de Bilbao fueron de dos ordenes:

- Resolver de modo claro y terminante la competencia de la jurisdicción especial de comercio.
- Anticipar en el ámbito del D. pdo patrimonial una regulación uniforme para todo el Reino, ante la inexistencia de un CC con ref. ya, a los actos de comercio, peculiaridad con ref. al modelo francés: se destaca la eficacia sustantiva de tales actos, en cuanto instrumentos delimitadores de la mercantilidad, perspectiva que desconoce el code de commerce. Los actos de comercio sirven al igual que en el último para delimitar la competencia especial de los tribunales de comercio, pero además el cod. destaca el carácter de los mismos, en cuanto a que actos jcos que tienen un lugar en el D. de obligaciones mercantiles y a cuya normativa sirven al propio tiempo de acotamiento. Resulta así en el cod. mucho menos evidente la conexión entre los actos de comercio y el comerciante.

Estos aspectos por separado:

- En lo que ref. al aspecto procesal (art. 1199 Sainz Andino) establece la jurisdicción de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles calificadas de actos de comercio. La jurisdicción mercantil es especial por razón de materia y en tal sentido los actos de comercio reiteran la vieja *ratione mercaturae*. – La jurisdicción mercantil no era fuero de personas sino de cosas. (radicalmente objetivo). No obstante se advierte una peculiaridad de este cod. que pasaría al vigente. Se trata del art. 1199 ya mencionado. El criterio de enumeración o lista del code de commerce es sustituido por una remisión a las definiciones sobre la mercantilidad de cada contrato se hacen en los correspondientes del Libro 2.
- Los actos de comercio presentan en el cod. de Sainz Andino básicamente la forman de actos jurídicos de naturaleza contractual calificado de mercantiles, en razón de que a los mismos se les aplica un reg. jurídico

especial contenido en el código de comercio, diferente de la regulación de las obligaciones del D. común. Por tal motivo hablamos del aspecto sustantivo o material de los actos de comercio. Surge así en el ordenamiento mercantil el régimen de las obligaciones, o un derecho de las obligaciones mercantiles paralelo al D. común, a cuya delimitación sirven los actos de comercio. Dicha duplicidad del régimen de las obligaciones culminan en el actual cod.

- El concepto de comerciante figura como elemento definidor de la mercantilidad de la mayor parte de los actos mercantiles y el mismo no se llega a través del ejercicio de los actos de comercio como en el modelo francés. *Al sustantivarse los actos de comercio se alejan del sentido que tenían la vieja *ratione mercaturae*. El art. 1 se vale de una expresión distinta de los actos de comercio, como ref de base real: tener por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil.

La ref. a la actividad sb la que se basa la noción de comerciante, se hace sb una expresión, la dedicación u ocupación al tráfico mercantil, que presenta los caracteres de una cláusula general que precisa de concreción en cada caso particular.

Bajo la palabra comerciantes se entiende todos aquellos que se dedican a cualquier clase de comercio, esto es los mercaderes, negociantes, fabricantes, banqueros, armadores y aseguradores.

2. El cod de comercio vigente (remisión).

El segundo cod de comercio, el de 1885, por una afiliación netamente liberal, es un producto característico de la codif. decimonónica del siglo 19 por lo que en consideración corresponde sistemáticamente a este lugar.

– 12 –