



# **Documento de trabajo**

## **SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES**

### **EL DERECHO MERCANTIL: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y REFLEXIÓN A FUTURO DE LA DISCIPLINA**

**Jaime Pintos-Santiago**

**SPCS Documento de trabajo 2014/2**

**<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>**

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

Jaime Pintos Santiago

[jaimepintos@gmail.com](mailto:jaimepintos@gmail.com)

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca  
Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Pilar Domínguez Martínez

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Nuria Legazpe Moraleja

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

# EL DERECHO MERCANTIL: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y REFLEXIÓN A FUTURO DE LA DISCIPLINA

**Jaime Pintos-Santiago<sup>1</sup>**

*Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Máster en Derecho de la Contratación Pública.*

*Doctorando en Derechos Fundamentales y libertades Públicas. Abogado.*

## RESUMEN

El conocimiento de la evolución histórica y conceptual del Derecho mercantil es el camino que conduce al entendimiento del vigente concepto de la disciplina. Ello conlleva que ese conocimiento no se debe limitar a la realidad actual, sino que se deben analizar las diferentes realidades económicas históricas y los coyunturales conceptos del Derecho mercantil de cada época, para tener así los elementos necesarios para llegar al concepto actualmente vigente e intentar llegar a entrever el concepto futuro. De acuerdo con lo anterior este artículo analiza el proceso histórico de la evolución del Derecho mercantil, desde la Edad Media, pasando por la codificación, hasta nuestros días, especificando en cada uno de estos períodos el concepto vigente de Derecho mercantil para finalmente llegar a una reflexión del presente y futuro de la disciplina.

**Palabras clave:** Derecho mercantil, pasado, presente, futuro.

**Indicadores JEL:** K20, K29

## ABSTRACT

The knowledge of the historical and conceptual evolution of the Mercantile Law is the path that leads to the understanding of the current concept of this discipline. That implies that such knowledge should not be limited to the current reality, but it must analyze the different historical economic realities and the relevant Mercantile Law

---

<sup>1</sup> jaimepintos@gmail.com

concepts of every period, to get in this way the required elements to reach the currently prevailing concept and try to glimpse the future concept. According to the above, this article analyzes the historical process of the evolution of Mercantile Law since the Middle Age, from Codes to nowadays, specifying in each of these periods the applicable concept of Mercantile Law to finally achieve a reflection on the present and future of this discipline.

**Key words:** Mercantile Law, past, present, future.

**JEL-codes:** K20, K29.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente estudio tiene por objeto, como el título del mismo así lo indica, hacer una presentación de la evolución, del concepto y de una cierta reflexión presente y futura de la disciplina del Derecho mercantil, puntos de vista éstos que se corresponden con los apartados 2, 3 y 4 de la presente exposición.

La evolución. En ella se introducen comentarios que parten, como no podría ser de otra forma, del momento clave de su origen, pasando por su desarrollo a lo largo de la Edad Moderna y la época de la codificación mercantil, para terminar finalmente hablando del Derecho mercantil contemporáneo. De esta manera, en este apartado se pretende tratar de un modo muy sintético todo el proceso de formación del Derecho mercantil, desde su nacimiento hasta nuestros días.

Por lo que respecta al concepto se pretende exponer, en base a las explicaciones que se encuentran implícitas en el apartado anterior, las distintas definiciones que han existido y existen de la materia, fruto en definitiva del periodo histórico por el que se atravesaba. Se presenta, por tanto en este apartado, una breve referencia conclusiva de los distintos conceptos que ha habido y hay de esta disciplina que es el Derecho mercantil con el fin de poder llegar a ciertas reflexiones finales sobre la misma.

Reflexiones que se encuentran en el apartado cuarto, de forma que éste consiste en una consideración que pretende explicar en qué estado se encuentra el Derecho mercantil actual y cual es sobre todo su proyección de futuro. Ambos elementos nos

llevan inexorablemente al análisis del papel que el Derecho mercantil tiene en el comercio internacional, claramente en auge hoy en día debido al fenómeno de la globalización de la economía, de sobra conocido por todos, así como debido a la internacionalización de los mercados, y a preguntarnos cuál es la orientación actual de nuestro Derecho mercantil, lo que a su vez nos conduce hacia un Derecho mercantil comunitario, fruto de la creación de la Unión Europea y hacia un Derecho del mercado y del tráfico económico.

En definitiva, este trabajo tiene la intención de analizar de forma sucinta, el pasado, el presente y el futuro del Derecho mercantil, manteniendo en todo momento su peso, su eje principal, en el proceso de formación del Derecho mercantil, dado que éste es el vehículo que nos puede llevar al entendimiento del concepto actual y futuro de la disciplina.

## **2. FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL**

### **2.1. El “*ius mercatorum*”**

La necesidad de delimitar el concepto de Derecho mercantil no es meramente teórica, es decir, si no acudimos a la evolución histórica del mismo no es posible entenderlo. El Derecho es un sistema de normas que con carácter coactivo regula las relaciones de los hombres entre sí, en cuanto a miembros de la sociedad humana. Público y privado. Civil y mercantil son las dos ramas del Privado.

Roma no tuvo mercantil. Así, en el Derecho romano no hay un Derecho mercantil separado del Derecho civil, porque las necesidades de los comerciantes de la época se van atendiendo a través del Derecho romano, o sea, no existía un Derecho mercantil escindido del cuerpo general del Derecho romano, todo en el “*ius civile*” y la actividad del Pretor adaptó ese Derecho a las necesidades del tráfico mercantil de la época.

La necesidad de crear un Derecho mercantil diferente y de carácter especial surge en aquel momento de la historia en que, de un lado, crece considerablemente la actividad comercial y de otro, el Derecho civil del momento es inadecuado para satisfacer las necesidades de los comerciantes. Ese momento de la historia fue la Edad

Media. Más concretamente, el origen medieval de este Derecho se enmarcaba dentro de un conjunto de circunstancias que se pueden concretar en: políticas, con un fraccionamiento de la soberanía y la aparición de la debilidad de los poderes públicos; sociales, con la aparición de una cultura ciudadana o burguesa y de una organización profesional corporativa; económicos, con el surgimiento de una nueva economía mercantil basada en el tráfico de mercaderías; y jurídicas, con el anquilosamiento del Derecho común y la aparición de nuevos ideales de justicia.

Estas circunstancias explican el nacimiento en aquella época de un nuevo Derecho y de esta manera al calor de la fértil actividad comercial existente en las ciudades italianas, se fueron creando reglas jurídicas específicas a la medida de los intereses de los mercaderes. Aunque como en la Edad Media el sistema predominante todavía era el Feudal, esta actividad comercial sólo se desarrolla plenamente en las ciudades libres, con lo que además del surgimiento en Italia, la encontramos también en otras ciudades mediterráneas y en algunas ciudades alemanas.

Son de este modo los mercaderes los que comprueban que las normas jurídicas comunes no son aptas para su actividad comercial, lo que tiene como consecuencia que el primer Derecho mercantil medieval sea un derecho que nace del uso, ligado a la actividad de gremios y Corporaciones de mercaderes. Derecho que empieza a ser fijado en las Resoluciones que dictan estas Corporaciones, las cuales organizadas, no sólo se regían por estatutos escritos, sino que además crean sus propios tribunales de mercaderes (Jurisdicción consular) que administraban justicia según esos usos y costumbres de comercio.

Así, los mercaderes y sus organizaciones profesionales para regir las relaciones entre ellos en el ejercicio de su actividad propia (*ius mercatorum ratione mercaturae*), dan lugar, a través de la repetición de estas prácticas jurídicas a la conformación de un Derecho privilegiado, el "*ius mercatorum*", origen del Derecho mercantil actual, delimitado en función de un criterio subjetivo, personalista, gremial, clasista, es decir, que se trata del Derecho de una clase de personas, los mercaderes, unos profesionales dedicados a la actividad económica de intermediación lucrativa en la circulación de mercaderías, de cosas muebles corporales destinadas al tráfico.

Es importante reseñar que el periodo histórico que ocupa este Derecho alcanza desde la Edad Media hasta la codificación francesa y que sus características eran las siguientes: 1) se trata de un derecho subjetivo, porque el criterio de aplicación de ese Derecho mercantil es que exista una persona que sea comerciante; 2) es también un derecho homogéneo, independientemente del lugar donde se aplique, porque el tráfico es interlocal y los problemas y soluciones son los mismos, por ello se ha hablado en muchas ocasiones de la llamada “*Lex mercatoria*” o sistema jurídico utilizado por los comerciantes en la Europa medieval; es, a la vez, consuetudinario, ya que se crea por los propios comerciantes a través de la repetición de prácticas jurídicas que dan lugar a los usos y costumbres mercantiles; en él hay una doble práctica, estatutaria y judicial, de forma que las Corporaciones de mercaderes se regían por sus estatutos y por lo dispuesto por la Jurisdicción consular como ya he señalado; es asimismo autónomo y por tanto separado del Derecho civil, autonomía que se da tanto en el plano de las fuentes de producción como el plano jurisdiccional; y por último y no por ello menos importante, al contrario, es profesional, porque se aplica a los comerciantes en su condición de tales.

Respecto de la actividad profesional hay que decir que se trataba de una actividad comercial en sentido estricto, que se podría definir como la esfera de intermediación entre la producción y el consumo, por lo que es obvio que no se refería a la industria, sino únicamente al comercio, aunque en ella será donde nazca la técnica de organización que hoy conocemos como empresarial. Esta actividad comercial a la que se hace referencia se puede llamar desde un primer momento internacional, lo que viene a decir y poner en valor que el Derecho mercantil nace ya con una cierta internacionalidad, y aunque el término internacionalidad en su sentido literal no sea del todo exacto, porque en realidad en aquella época todavía no habían surgido los Estados nacionales en la concepción que hoy conocemos, sí que ilustra sobremanera lo que con él se quiere resaltar.

De otro lado, en cuanto al contenido institucional de este primitivo Derecho mercantil, el mismo gira en torno a las instituciones jurídicas ligadas al comercio y al mercado. Así, las principales instituciones jurídicas fueron:

1. La compraventa especulativa o “*negotiatio*”, que eran normas especiales para la actividad del comerciante, esto es, la compra y la venta. A esta idea

responde todavía hoy en día el artículo 325 del Código de Comercio que dice *“será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”*.

2. El cambio trayecticio (a cuyo servicio se crea la letra de cambio), que era una figura contractual que tenía como finalidad facilitar el cambio de moneda, es decir, se trataba de un documento por el que al llegar a destino bancario se abonaba esta especie de cheque. Su finalidad principal era que el dinero en metálico no fuera robado, fundamentalmente en los viajes, largos y peligrosos propios de la época.
3. Las matrículas del comerciante, que eran normas especiales que regulaban la pertenencia del comerciante a un determinado gremio y que podríamos definir como el antecedente primero del Registro Mercantil.
4. La Sociedad General de Mercaderes o Sociedad Colectiva, que frente a terceros respondían general y solidariamente permitiendo el ejercicio en común por varios comerciantes de la actividad comercial, al mismo tiempo que ofrecían las correspondientes garantías a sus acreedores. Constituyen el antecedente de las actuales sociedades colectivas y comanditarias.
5. Una jurisdicción puramente privada que aplica este Derecho mercantil de manera ajena al Estado.
6. La quiebra del comerciante, antecedente de los actuales sistemas concursales del comerciante.
7. La actividad bancaria y aseguradora que empiezan a aparecer como actividades auxiliares de la actividad principal que es la comercial, no constituyendo así como actividades especializadas de la mercantil.
8. Y finalmente, el Derecho marítimo, ya que en la medida en que el comercio y en particular el gran comercio por aquella época se hacía por mar la actividad naviera queda absorbida en la comercial.

Cabe destacar que la aportación española a este Derecho la realizaron sobre todo las ciudades de Barcelona y Valencia y el Libro del Consulado del Mar, vigente durante largo tiempo en los puertos del Mediterráneo.

## **2.2. El Derecho mercantil en la Edad Moderna**

El Derecho mercantil experimentó una importante evolución a lo largo de la Edad Moderna, perfeccionándose muchas de las figuras jurídicas surgidas en el periodo anterior. De este modo, el Estado empieza a legislar en materia mercantil, de forma que el uso o la costumbre ceden ahora terreno a favor de las ordenanzas dictadas por la autoridad central. Nos encontramos en un periodo que es anterior a la codificación del Derecho privado y posterior al nacimiento de los Estados nacionales.

Así, es esta formación del Estado moderno la que buscará el sometimiento a la soberanía regia, acabar con el Derecho consuetudinario territorial y lograr la unificación jurídica nacional a través de la ley, manifestación de ese poder regio, para finalmente llevar a cabo un excesivo intervencionismo en el terreno económico personificado en esa soberanía real. Todo lo anterior nos conduce a que en esta época encontramos un Derecho mercantil que sigue siendo estatutario, pero con cambios, entre los cuales cabe destacar los siguientes.

En el plano jurisdiccional, se reduce mucho la autonomía ya que los tribunales de comercio empiezan a administrar justicia en nombre del Rey.

En materia de fuentes, algunas de las normas relativas al comercio empiezan a ser promulgadas por la autoridad Real, lo que provoca que aunque siga siendo un Derecho mercantil autónomo y comercial, exista cierta pérdida de autonomía del mismo como consecuencia de la afirmación del poder regio por encima de todos los demás. De este modo, dejará de ser un Derecho sólo de producción autónoma, en la medida en que se publican recopilaciones en forma de ordenanzas promulgadas por el Monarca, de manera que la ley se situará entre sus fuentes y acabará por imponerse sobre los usos. De estas recopilaciones de normas ya existentes y no nuevos Códigos, cabe mencionar las Ordenanzas Francesas del Comercio (1673) y de la Marina (1681), las cuales influyeron en las conocidas Ordenanzas de Bilbao (1737).

Desde el punto de vista de las instituciones en cuanto a su contenido se retienen las del periodo anterior, al tiempo que aparecen otras nuevas. De este modo se podrían señalar dos hechos. El primero la existencia de una tendencia hacia la especialización de los comerciantes, lo cual tiene su reflejo en el propio Derecho mercantil de la época y un segundo, que consiste en el surgimiento de las llamadas Compañías Coloniales de Comercio, que fueron figuras de origen público que tenían por objeto la realización de empresas en las colonias de ultramar. Éstas serán el antecedente de las actuales Sociedades Anónimas.

### **2.3. La codificación mercantil**

Terminado el anterior periodo histórico se llega a una fase que en España merece una atención especial debido a que de ella procede nuestro actual Código de Comercio. Esta fase constituye el intento de configurar el Derecho mercantil sobre bases objetivas. El paso de ese sistema subjetivo a uno objetivo se produce en virtud de una evolución progresiva del Derecho mercantil, que pasa por el factor anterior del Estado moderno hasta desembocar en la Revolución francesa de 1789 y que, en síntesis, quiere que el Derecho mercantil deje de ser un Derecho de los comerciantes para pasar a ser un Derecho del comercio con independencia de quién lo realice.

La codificación es por tanto el reflejo del triunfo de las ideas ilustradas y de la revolución burguesa. Ideas que no son otras que las nacidas en el seno de aquellos sujetos que crearon el Derecho mercantil. De ese modo, este postulado revolucionario condujo a una economía libre, a la libre iniciativa, a la libre elección de profesión y el libre acceso a ella, a la garantía de la propiedad privada, a la libertad de disposición de los bienes, a una sociedad no clasista y abolicionista de estamentos y de privilegios corporativos.

Pero el intento de establecer como criterio delimitador de la materia mercantil el concepto de acto de comercio objetivo, es decir, sean o no comerciantes los que lo ejecuten, para huir del signo clasista, situó al Derecho mercantil en una situación muy problemática, dado que el problema del codificador francés fue que se encontró con un Derecho mercantil subjetivo y profesional que realmente se adaptaba muy bien a las necesidades comerciales que realmente había en la época, pero que estaba desarrollado

como un Derecho de clase que lo convertía en contradictorio a las ideas de libertad e igualdad imperantes en ese momento.

Por ello, el Código de Comercio francés de 1807, que es el primer Código de comercio de la historia, trata e incide en esta acción “trata”, como ahora veremos, de ofrecer la imagen de un Derecho regulador de actos de comercio objetivos, mercantiles por sí, con independencia de que el sujeto que los realice sea o no comerciante.

Ocurrió que esta concepción objetivista se extiende por todos los países seguidores del modelo francés, de manera que a partir del Código de comercio francés, los Códigos que nacen en gran parte de los países europeos siguen la corriente doctrinal objetiva. Entre ellos, cabe destacar por ejemplo el Código de comercio alemán de 1861, el Código de comercio italiano de 1882 y, por supuesto, los Códigos de comercio españoles de 1829 y 1885. Este primer Código de comercio español, que es anterior a la codificación civil, es conocido como Código de Sainz de Andino en referencia a su autor, ya que fue redactado por ese sólo jurista que incorporó gran parte de las obras que se estaban publicando en aquél entonces en otros países.

El motivo de que en España se promulgue un Código en 1829 es porque el Código francés no deja de ser en realidad y como he anticipado el Código del viejo Derecho mercantil de los comerciantes, ya que estaba muy lejos de consagrar el cambio revolucionario en el sistema del Derecho mercantil y ello porque en él, el Derecho mercantil seguía siendo un Derecho de los comerciantes por razón del ejercicio de su actividad profesional. Los únicos cambios que consiguió verdaderamente introducir fueron la apertura de la profesión de comerciante y la ampliación de la noción de comerciante, comprendiendo así, a quienes ejercían otras actividades económicas distintas del comercio, haciendo de ello su profesión habitual.

Lo anterior nos permite decir que estos códigos son subjetivos y objetivos a la vez, ya que establecen quienes son comerciantes, al mismo tiempo que por ejemplo para establecer las competencias de los Tribunales de Comercio acuden al concepto objetivo de los actos de comercio.

Volviendo al Código de comercio español de 1829, éste contiene una regulación más extensa que el francés de las figuras contractuales lo que provocó el retraso de la codificación civil española. Desde su entrada en vigor hasta la promulgación del Código

hoy vigente, se dictan leyes especiales complementarias al Código de 1829, que justificaron la necesidad de redactar un nuevo cuerpo legal que sería el Código de comercio de 22 de agosto de 1885. Que, a diferencia del Código de 1829, sí adopta la doctrina de los actos de comercio como criterio para delimitar la materia mercantil, opción que se refleja en el artículo 2 del propio Código al establecer que los actos de comercio se van a regir por las disposiciones del mismo, independientemente que aquellos que los ejecuten sean o no comerciantes.

Esta definición, como ya he dicho, se adscribe a la corriente doctrinal objetiva, sobre todo de manera ideológica o política, porque el Código de 1885 tiene su origen en una Ley de Bases de 1869, un año después de la Revolución de 1868, momento en que el legislador adopta unas medidas más extremas y es que aunque hasta ahora no lo haya destacado, no se puede omitir la importancia que tiene el hecho de que el momento en que se codifica este Derecho mercantil sea el momento de la transición económica conocida como la Revolución Industrial y que significa el cambio del capitalismo comercial al capitalismo industrial.

Pese a lo anterior, el resto de artículos del Código de 1885 traicionan esta concepción objetiva al exigir en muchos contratos la participación de un comerciante como requisito indispensable para que los contratos puedan considerarse mercantiles. Tampoco impide esta doctrina objetiva que se regule en este Código el estatuto del comerciante, al margen también de que la materia que expresamente regula no sea sólo la actividad comercial propiamente dicha.

En definitiva, los problemas que plantea el Código de 1885 no dejan de ser sino similares a los de los demás Códigos de comercio de corte objetivo existentes en Europa, por lo que en conclusión el recurso al criterio subjetivo es el que sigue facilitando la construcción del Derecho mercantil español en torno al empresario y a la actividad empresarial.

#### **2.4. Caracteres del Derecho mercantil contemporáneo**

Dejando atrás la época de la codificación mercantil, nos encontramos con que en el Derecho mercantil contemporáneo tendrán gran influencia las transformaciones

económicas. Es así que a partir de la I Guerra Mundial, se produce la quiebra del sistema capitalista puro y se va hacia la economía dirigida. El Estado desciende al terreno económico (Constitución económica) y ya el objetivo no es la ganancia por la ganancia, la maximización de beneficios, sino servir intereses económicos generales, principios que alcanzan en nuestro ordenamiento jurídico el más alto rango normativo al estar presentes en la Constitución española de 1978.

En España, comenzada la segunda mitad del Siglo XX triunfa la teoría de la empresa, de manera que ésta se convierte en el criterio definidor de la materia mercantil, como rectificación superadora del caduco sistema de los actos de comercio. El Derecho mercantil se configuraba así como un Derecho regulador de las empresas, de las unidades económicas organizadas. Así, el Derecho mercantil seguía siendo el Derecho de una clase de personas y de una clase de actos, pero caracterizados por su vinculación a la empresa.

También en esta época la globalización de la economía lleva al nacimiento de una nueva “*Lex mercatoria*” supranacional, se produce la creación de nuevas instituciones e instrumentos jurídicos, surgen nuevos contratos, etc.

Y es que el Código de 1885 respondía a las necesidades de la vida económica de la época. Era el Código de la tienda y el almacén y nada preveía, por ejemplo, sobre grandes superficies comerciales. En 1885 el modelo ideal de comerciante era el individual y el acto de comercio por excelencia era la compraventa de mercancías.

Hoy, el Código de 1885 ha perdido la correspondencia con la realidad social y económica. Para conocer el Derecho mercantil actual hay que tener en cuenta las leyes promulgadas desde esa fecha y sobre todo la realidad del tráfico, ya que es esta realidad la que crea nuevos instrumentos jurídicos, aunque ciertamente esto siempre ha sido así.

De esta manera, en este periodo, estas leyes especiales han completado, reformado o sustituido al Código de comercio y han reflejado un Derecho mercantil basado en la actividad de empresa, hasta el punto que ya en las reformas el legislador ha sustituido el término comerciante por el de empresario. Asimismo, es importante dejar constancia, a simple modo de llamada, que también durante este periodo contemporáneo tiene lugar un proceso de segregación del Derecho marítimo, así como también de formación de un Derecho industrial.

## **2.5. La tendencia unificadora del Derecho mercantil contemporáneo y la fundamentación en España a la autonomía del mismo**

Por lo que respecta a esta tendencia cabe decir que a lo largo del Siglo XX se produjo una crisis del Derecho mercantil que desembocó en que algunas legislaciones unificaron su Derecho privado, como por ejemplo ocurrió en Italia con su Código civile de 1942. Los motivos en que podemos concretar esta crisis fueron tres: no se termina de encontrar una explicación suficiente a la necesidad de la existencia de una regulación separada; se producen, además, los fenómenos conocidos como generalización del Derecho mercantil y comercialización del Derecho civil; y, por último, la forma de organizar la actividad comercial se extiende también a otras parcelas de la actividad económica, como sucedió por ejemplo cuando me refería anteriormente a la extensión de la teoría de la empresa al Derecho mercantil.

De este modo, a lo largo del Siglo XX la doctrina científica busca una razón para mantener el Derecho mercantil como Derecho especial diferente del Derecho común y la razón la encuentran en la actividad del empresario.

Así, por ejemplo HECK apunta que el Derecho mercantil debe existir diferenciado en aquellos casos en los que se realizan actos jurídicos en masa. Y posteriormente, el jurista suizo WIELAND, partiendo de la idea anterior de HECK, dice que la pregunta que nos debemos hacer, no es tanto por qué existe el Derecho mercantil, cuánto cuál es su objeto y de este modo sostiene que el Derecho mercantil es un Derecho especial porque su objeto es atender a las necesidades jurídicas ocasionadas por el tráfico de los empresarios. Idea, esta última, que nos conduce nuevamente a volver a conceptuar el Derecho mercantil de forma similar a como se entendía en su origen, esto es, subjetivo y profesional.

Actualmente en España, el carácter especial del Derecho mercantil y la justificación de la pervivencia del Código de comercio de 1885 se fundamentan en la idea de sucesión del comerciante por el empresario, de tal forma que allí donde el Código se refería al comerciante como sujeto de unas normas especiales por razón de su actividad, en la actualidad esas normas tiene sentido aplicarlas al empresario. En definitiva, que lo que hoy conocemos como empresa tiene su origen en las actividades

comerciales de la Edad Media, ocurriendo que esta actividad se traslada a otros ámbitos y se generaliza.

Esta analogía, unida a la del artículo 2 del Código de 1885 que establece que “*serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga*”, permite a la mayor parte de la doctrina española construir el Derecho mercantil sobre el concepto de empresario y empresa. De forma que, sobre el estatuto del empresario que le otorga a éste especiales derechos y obligaciones por razón de su profesión y sobre la actividad externa propia de la empresa, es decir, sobre su actuación en el mercado, es como se pretende en España fundamentar la autonomía del Derecho mercantil.

### **3. CONCEPTOS DE DERECHO MERCANTIL**

El Derecho mercantil es la otra gran rama, como ya he señalado, del Derecho privado. Una de las notas características del mismo es su historicidad, de ahí que para entender este Derecho haya que acudir a ella y para ello, en este apartado, se pretende sintetizar los distintos conceptos que del Derecho mercantil han sido expuestos, como paso previo de la reflexión que en el apartado posterior se realiza de la disciplina. Esto significa, como ha quedado patente, que el Derecho mercantil aparece en un determinado momento histórico como consecuencia fundamentalmente de dos factores que ya han sido explicados también al inicio de este trabajo: la insuficiencia del Derecho común y las exigencias de los comerciantes de un sistema normativo capaz de corregir tales deficiencias. Factores que provocaron el nacimiento del “*ius mercatorum*” consistente en aquél primer Derecho subjetivo, profesional, consuetudinario, autónomo y uniforme.

Posteriormente se pasa por el Derecho mercantil propio de la Edad Moderna que está basado en las ideas liberales y de la ilustración, cuyo criterio es el objetivo de los actos de comercio, para huir así de aquél Derecho clasista que no respetaba los principios de libertad e igualdad.

Finalmente, llegamos al Derecho mercantil actual que podemos definir, según la Doctrina, como un Derecho privado especial que incluye un conjunto de normas

jurídicas que tienen por objeto al empresario, regulando tanto su estatuto jurídico, como la actividad que desarrolla en el mercado. El ser un Derecho especial significa que ante determinadas personas, hechos y sujetos el legislador aplica este Derecho, entendiendo por empresario la persona natural o jurídica que ejercita en nombre propio una actividad empresarial, por lo que, en conclusión, cabe decir que los conceptos de empresario y empresa se han convertido en conceptos centrales del Derecho mercantil moderno.

#### **4. REFLEXIÓN SOBRE LA DISCIPLINA**

##### **4.1. Hacia un Derecho mercantil comunitario**

Es innegable que en el ámbito regional referido a la Unión Europea se ha producido y se sigue produciendo una unificación del Derecho mercantil a través de los Tratados constitutivos y del Derecho comunitario derivado, lo que provoca que también en el ámbito interno del Derecho mercantil nacional de los Estados miembros se produzca esa unificación del Derecho mercantil, de forma que el Derecho mercantil español sufre progresivos cambios para adaptarse al Derecho comunitario, dado que como es sabido al prevalecer en caso de conflicto el Derecho comunitario en virtud del principio de primacía de este Derecho, los Estados miembros están obligados a respetarlo y a hacerlo cumplir dentro de su ámbito territorial, estando obligados asimismo a adaptar la legislación interna al Derecho comunitario a través de las Directivas europeas.

Ahora bien, es necesario matizar esta supuesta unificación de los Derechos mercantiles nacionales a través de la influencia del Derecho comunitario. El ingreso de España en la Unión Europea supuso la modificación del sistema de fuentes, ya que los Reglamentos son actos normativos directamente aplicables a los Estados miembros, a diferencia, eso sí, de las Directivas, que vinculan a estos Estados en atención a los resultados propuestos.

Ello conlleva que los Reglamentos en la práctica se utilicen en esta materia en mucha menor medida que las Directivas, ya que ninguno de los Estados miembros está dispuesto a ceder competencias en un campo que es trascendental para sus economías. Esta situación conlleva que el Derecho mercantil sea una disciplina jurídica más

sensible que otras a las exigencias del mercado común, objeto fundamental de la Unión Europea. Es por ello, que la actual armonización en puridad es escasa si la comparamos con otras áreas del Derecho que también tienen una importancia trascendental en las economías de los países miembros, siendo quizás el caso más visible de este contraste el llamado Derecho de la contratación pública, en el que nos encontramos actualmente en la cuarta generación de Directivas europeas en una materia que supone ni más ni menos que aproximadamente el 18,5 por ciento del actual PIB de la Unión Europea y que, por ende, demuestra también tener un peso relevante en las economías de dichos Estados miembros. La justificación, quizás podríamos encontrarla en la especial protección del sector privado en las políticas europeas frente a un tradicional gran intervencionismo de estas políticas en el sector público.

#### **4.2. El Derecho mercantil en el comercio internacional**

Es característica hoy en día en los textos constitucionales en vigor de nuestro entorno más cercano la existencia en ellos de la denominada “Constitución económica”, como es el caso español. De hecho se puede afirmar que el modelo económico que ofrece la Constitución española de 1978 es, a primera vista, un modelo de economía de mercado, en el que se hace posible una amplia acción estatal. Sus límites se dejan en gran parte a discreción del legislador, con las limitaciones, eso sí, del mantenimiento de una economía de mercado y del principio de libertad de empresa. Esto es, nuestros constituyentes optaron por configurar la Constitución económica como un marco amplio y flexible en el que caben distintas opciones políticas en materia económica, siempre y cuando queden enmarcadas dentro del ámbito de una economía de mercado y del respeto al resto de preceptos constitucionales, pero permitiendo, como he señalado antes, un mayor o menor intervencionismo del Estado en la economía.

Pues bien, en contraste con lo que ocurre en los Estados nacionales con la llamada “Constitución económica”, en la contratación mercantil internacional se reafirma el principio de libertad de la autonomía privada, siendo éste uno de los factores que más contribuye a la uniformidad que hoy presenta el Derecho que regula el comercio internacional. De este modo, se va formando poco a poco un Derecho uniforme debido a las exigencias de la práctica mercantil internacional. Se trata de una

moderna “*Lex mercatoria*” que tiende a crear un nuevo “*ius comune*” de carácter internacional que tiene su repercusión en el sistema de fuentes. No es otra cosa sino que la “*Lex mercatoria*” supranacional a la que me refería al hablar de los caracteres del Derecho mercantil contemporáneo.

Así, la repercusión que este “*ius comune*” de carácter internacional tiene en el sistema de fuentes radica en la creación de un Derecho de producción autónoma a través de los Convenios Internacionales; de las Condiciones Generales de la Contratación; de los contratos-tipo elaborados por las empresas interesadas en el comercio exterior; así como los usos, prácticas y costumbres de ese comercio, de las cuales los más conocidos son los usos INCOTERMS, que tienen un carácter interpretativo de las cláusulas que forman los contratos de venta internacional.

Por último, conviene señalar que para coordinar a los diferentes organismos empeñados en la tarea de unificación internacional, se creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Se trata del principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial. Para ello la CNUDMI elabora diversas clases de textos, en general legislativos, encaminados a modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. Hablamos de convenciones, leyes modelo y guías legislativas, aunque también se preparan textos de otra índole, como las reglas contractuales, que pueden incorporarse en contratos comerciales y en guías jurídicas. Algunos ejemplos de los primeros serían la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980; la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional de 1992; el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001. Ejemplo reciente de la influencia de este Derecho mercantil internacional es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial internacional de 24 de junio de 2002, cuyas previsiones han sido tenidas en cuenta no sólo a la hora de elaborar en España la novedosa Ley 5/2002, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, tal y como dispone el Preámbulo de esta última norma, sino también a la hora de elaborarse las normas sobre mediación en otros Estados.

Lo mismo ocurre en otras disciplinas jurídicas como puede ser el Derecho administrativo. Así, en el ámbito de la disciplina administrativista, y sólo como uno de los muchos ejemplos, nos encontramos con la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, de Obras y de Servicios aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que tiene por finalidad *“servir de modelo a los países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia, de no disponer de uno”* que nos avanza, en definitiva, la posible existencia de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global. Es, por consiguiente, que esta referencia al Derecho mercantil internacional nos podría llevar al estudio y disertación respecto de la existencia de un Derecho mercantil global, cuestión de estudio que no es objeto del presente trabajo, si bien, al igual que en otras disciplinas como la citada, cabría plantearse esta cuestión.

#### **4.3. Proyección futura de ese Derecho: hacia el Derecho de mercado y el Derecho del tráfico económico**

Como ya he señalado reiteradamente, el Derecho mercantil, desde su origen, ha sufrido una importante evolución y hoy en día ya no es sólo el Derecho que regula la actividad de los empresarios, de forma que el Derecho mercantil ordena la actividad económica de la empresa dentro del mercado y para terminar siendo el Derecho ordenador de toda la actividad económica. No invadirá así el campo del llamado Derecho económico, siendo éste un Derecho constitucional de la economía que regula la intervención del Estado en el terreno económico, donde el primordial entre esos principios constitucionales es el de economía de mercado, consagrado por nuestra Constitución en el artículo 38. En la expresión “economía de mercado” se enuncia un sistema económico cuyo núcleo es el mercado. El mercantil será, por tanto, el Derecho privado de ese mercado.

Los rasgos indicativos de esa proyección futura que creo cabría destacar, son los siguientes:

En primer lugar, no se puede obviar que se está produciendo una progresiva aproximación del régimen jurídico del empresario y de los regímenes jurídicos de los distintos profesionales.

En segundo lugar, se ha producido una irrupción de la figura del consumidor y de las normas que la tutelan. Así, el consumidor, como destinatario último de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado ha cobrado un total protagonismo. Todas estas normas que tutelan a esta figura arrancan de la concepción de desigualdad existente entre el poder económico del consumidor frente al del empresario. Parte de la Doctrina considera que es discutible la inclusión de estas normas dentro del Derecho mercantil, lo que, a mi juicio, no quiere decir que no influyan en él, dado que el Derecho del consumo o Derecho del consumidor es la denominación que se da al conjunto de normas emanadas de los poderes públicos destinada a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones en ese mercado. Así, el derecho del consumo en sí mismo no es una rama autónoma del Derecho, sino una disciplina transversal, con elementos que se encuadran dentro del Derecho mercantil, del Derecho Civil, del Derecho Administrativo e incluso del Derecho Procesal.

En tercer lugar, actualmente coexisten normas públicas y privadas que afectan a la materia que nos ocupa. Esto permite hablar de un Derecho de mercado frente a un Derecho mercantil que se define como una rama del Derecho privado. Esta coexistencia de normas públicas y privadas, permitiría decir, aunque fuera vagamente, que hoy es muy difícil mantener que la expresión Derecho mercantil se entiende únicamente como Derecho privado.

En cuarto lugar y no por ello menos importante, no se puede dejar de tener en cuenta al cada día más presente comercio electrónico, al que se puede definir, en un sentido amplio, como cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, como es Internet. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para actividades anteriores o posteriores a la venta, como son la publicidad, la búsqueda de información sobre productos y proveedores, la negociación entre comprador y vendedor sobre precio y condiciones de entrega, la atención al cliente antes y después

de la venta, la realización de trámites administrativos relacionados con la actividad comercial y la colaboración entre empresas con negocios comunes (a largo plazo o sólo de forma coyuntural). Así, es un hecho, como ha quedado constatado, que la legislación mercantil moderna ha superado al Derecho mercantil tradicional y ahora existen otros campos jurídicos de más o menos reciente creación, como es el comercio electrónico, que han hecho evolucionar al Derecho mercantil con nuevas maneras y regulaciones que se adaptan a las modernas formas de comercializar. De este modo, tradicionalmente el intercambio comercial se ha realizado por medio de contratos, contratos que se utilizan también durante el intercambio comercial que se realiza a través de medios electrónicos, de manera que tanto la forma tradicional como la electrónica de los contratos, como formas de negociación, van a estar reguladas por las normas emanadas del Derecho Privado, en concreto del Derecho Civil y del Derecho Mercantil. Este comercio electrónico, favorece con creces el auge comercial internacional donde, como se ha indicado con anterioridad, existe la clara intención de crear un Derecho privado supranacional, al que se ha llamado Derecho mercantil internacional (es la referida “*Lex mercatoria*” supranacional), todo esto con el apoyo y los esfuerzos realizados por organizaciones como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o por la ya aludida Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Por último, en mi opinión, no se puede dejar de mencionar dentro de esa proyección futura, si bien todavía con una influencia mucho menor que los rasgos indicados anteriormente, el denominado “comercio justo”, el cual podríamos definir como una forma alternativa de comercio promovida inicialmente por organizaciones no gubernamentales, por movimientos sociales y políticos y ahora por algún que otro organismo internacional como puede ser la propia Organización de Naciones Unidas, que busca un sistema comercial solidario y alternativo al convencional persiguiendo el desarrollo de los pueblos y la lucha contra la pobreza, siendo aplicable tanto a productores como a comerciantes y buscando una relación voluntaria y justa entre estos y los consumidores. Pues bien, no cabe duda que este comercio justo hoy en día está viviendo un auge en muchos mercados, ya no solamente en los países donde sus actores están bien consolidados, sino también en los países emergentes, con prácticas innovadoras dirigidas a los mercados locales y regionales, y porque no decirlo internacionales, de modo que es lógico pensar que el auge de esta nueva forma

alternativa de comercio tendrá cada vez mayor incidencia en esos mercados a través de las distintas normas, principios y estándares que su uso está implantado, prolongándose así este incipiente modo de comercio en la futura proyección del Derecho mercantil.

Como hemos visto la concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa es insuficiente para explicar la realidad actual del mismo. En cierto modo el proceso de comercialización del Derecho civil y de generalización del Derecho mercantil se ha seguido produciendo, de tal manera que habría que hablar de un único Derecho del mercado o Derecho del tráfico económico, pero no ya como Derecho de los empresarios.

Esta circunstancia trae consigo que si analizamos las normas del Derecho mercantil, éstas no se aplican únicamente a los empresarios, sino a todos los sujetos del mercado, sustituyendo el criterio de la actividad del empresario por un criterio pensado en el régimen jurídico del mercado. Esta situación nos conduce a que el Derecho del mercado o el Derecho del tráfico económico no dan razón de su especialidad, hecho que desemboca en dirección a una unificación del Derecho mercantil.

Con lo que la llamada generalización del Derecho mercantil, manifestada doblemente en la transmisión al Derecho común de instituciones mercantiles y en la aplicación al Derecho mercantil a quienes no tienen la condición de empresario, permite afirmar que la unificación sustancial del Derecho privado parece posible y puesto que de lo visto hasta ahora se puede afirmar que en el Derecho mercantil sólo el cambio permanece, es lícito pensar entonces que en esta ocasión el cambio suponga la completa o cuasi completa unificación del Derecho privado. Siendo la técnica más adecuada para superar el binomio civil-mercantil la elaboración de leyes especiales de ámbito sectorial o que regulen conjuntamente instituciones jurídico-privadas, técnica por otro lado bastante extendida dentro de nuestro ordenamiento jurídico como por ejemplo lo demuestran, desde hace ya tiempo, la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque o la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y también, más recientemente, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital o la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, entre otras.

## 5. CONCLUSIÓN FINAL

El Derecho mercantil hoy en día ya no es sólo el Derecho que regula la actividad de los empresarios de modo que ahora también ordena la actividad económica de la empresa dentro del mercado y terminará, en mi opinión, siendo el Derecho ordenador de toda la actividad económica. En esa proyección futura no se invadirá el campo del llamado Derecho económico, siendo éste un Derecho constitucional de la economía donde el primordial entre los principios constitucionales es el de economía de mercado. El mercantil será, por tanto, el Derecho privado de ese mercado.

Así, la concepción del Derecho mercantil como Derecho de la empresa es insuficiente para explicar la realidad actual del mismo. En cierto modo el proceso de comercialización del Derecho civil y de generalización del Derecho mercantil se ha seguido produciendo de tal forma que habría que hablar de un único Derecho del mercado, pero no como Derecho de los empresarios.

Esta circunstancia trae consigo que las normas del Derecho mercantil no se aplican únicamente a los empresarios, sino a todos los sujetos del mercado, sustituyendo el criterio de la actividad del empresario por un criterio pensado en el régimen jurídico del mercado. Esta situación nos conduce a que el Derecho del mercado no da razón de su especialidad, hecho que desemboca en dirección a una unificación del Derecho mercantil. Con lo que la llamada generalización del Derecho mercantil, manifestada doblemente en la transmisión al Derecho común de instituciones mercantiles y en la aplicación al Derecho mercantil a quienes no tienen la condición de empresario, permite afirmar que la unificación sustancial del Derecho privado parece posible.

Por tanto, la unificación por sectores del Derecho privado se abre camino en la realidad jurídica española, aunque todavía está lejos de alcanzar los fines propuestos. Sin embargo, esta lejanía se ve contrarrestada con la elaboración de leyes especiales de ámbito sectorial o que regulan conjuntamente instituciones jurídico-privadas que permiten superar el binomio civil-mercantil, por lo que en conclusión creo que se puede afirmar que, conforme a nuestro actual Derecho positivo, hay dos Códigos y un solo régimen que se aplica a todos los sujetos del mercado.

## REFERENCIAS

- GIRÓN, J. (1954). *El concepto del Derecho Mercantil en el Derecho español*. Anuario de Derecho Civil.
- GIRÓN, J. (1985-1986). *Apuntes de Derecho Mercantil (Introducción)*. Madrid: Editorial UCM.
- GIRÓN, J. (1986). *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Civitas.
- GONDRA, J.M. (2000). *Derecho Mercantil I. Tomo I. Volumen I. Introducción*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 9-111.
- OLIVENCIA, M. (1999). *De nuevo, la lección 1ª. Sobre el concepto de la asignatura. Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico 1999-2000 en la Universidad de Sevilla*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- PINTOS, J. (2013). “El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 128, pp. 66-69.
- SÁNCHEZ, F. (coordinador). (1995). *Perspectivas actuales del Derecho Mercantil*. Pamplona: Aranzadi.
- SÁNCHEZ, F. (2012). *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Revisada con la colaboración de Juan Sánchez-Calero Guilarte, 35ª edición. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters.
- VARGAS, C. (2012). *La evolución histórica del derecho Mercantil y su concepto*. Almería: Universidad de Almería, Capítulos de monografías Departamento Derecho Privado, Repositorio institucional.