

GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ
ALBERTO DÍAZ MORENO

(Coords.)

DERECHO MERCANTIL

VOLUMEN 1.º

*Concepto y fuentes del Derecho Mercantil.
La empresa y el empresario. El empresario individual*

Segunda edición en Marcial Pons
Decimoquinta edición actualizada

Prólogo de
Manuel Olivencia Ruiz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO A LA DECIMOQUINTA EDICIÓN	15
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	19
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	25
LISTA DE ABREVIATURAS	27
CAPÍTULO 1. EL DERECHO MERCANTIL. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA , por Manuel OLIVENCIA RUIZ	37
I. EL CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL. INTRODUCCIÓN	37
II. ESTUDIO HISTÓRICO DEL NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL	39
A) Las primeras concreciones históricas	39
B) El Derecho mercantil en la Edad Moderna	41
C) El Derecho mercantil revolucionario	43
D) El Derecho mercantil en la codificación decimonónica	43
<i>Indicación bibliográfica</i>	44
CAPÍTULO 2. EL DERECHO MERCANTIL DE LA CODIFICACIÓN , por Manuel OLIVENCIA RUIZ	49
I. EL PASO A LOS SISTEMAS POSITIVOS DEL LLAMADO ACTO OBJETIVO DE COMERCIO	49
II. EL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS	51
III. EL DERECHO MERCANTIL EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA	52
A) El Código de Comercio de 1829	52
B) El Código de Comercio de 1885	54
IV. EL CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL TRAS LA CONSAGRACIÓN DE LOS SISTEMAS BASADOS EN EL ACTO DE COMERCIO. INTRODUCCIÓN	56
A) Las primeras aportaciones de los comentaristas del <i>Code</i> napoleónico	56

	<u>Pág.</u>
B) Las construcciones unitarias del concepto de acto objetivo de comercio.....	57
C) Las soluciones legalistas del problema de la delimitación de los actos objetivos de comercio	58
V. LA VUELTA A UN SISTEMA SUBJETIVO	58
<i>Indicación bibliográfica</i>	59
CAPÍTULO 3. DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA EMPRESA, por Manuel OLIVENCIA RUIZ.....	61
I. LA RECTIFICACIÓN METODOLÓGICA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL: EL MÉTODO DE OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD ECONÓMICA Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS EN MASA.....	61
II. LA DOCTRINA DE LA EMPRESA	62
A) Las primeras formulaciones de la doctrina de la empresa	62
B) La recepción de la doctrina de la empresa en la literatura jurídica...	63
C) La crítica a la teoría de la empresa.....	63
III. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DE LA EMPRESA EN LOS SISTEMAS POSITIVOS	65
<i>Indicación bibliográfica</i>	66
CAPÍTULO 4. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO MERCANTIL. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL. ENSAYO DE UN CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL, por Manuel OLIVENCIA RUIZ	67
I. EL TEMA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO MERCANTIL. INTRODUCCIÓN	67
II. EL PROBLEMA DE LAS RELACIONES ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO CIVIL	68
A) Historicidad, relatividad y sentido de la existencia de un Derecho mercantil separado del civil	68
B) La comercialización del Derecho civil y la unificación del Derecho privado.....	71
III. LA LLAMADA DISOLUCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL Y EL NACIMIENTO DE NUEVAS RAMAS.....	71
IV. ENSAYO DE UN CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL	72
V. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL.....	75
A) La noción constitucional de legislación mercantil	75
B) El sistema constitucional de distribución de competencias y el proceso de unificación del Derecho privado.....	79
VI. LA VOCACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO MERCANTIL	81
<i>Indicación bibliográfica</i>	86
CAPÍTULO 5. LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL, por Manuel OLIVENCIA RUIZ	91
I. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL. INTRODUCCIÓN.....	91

	<u>Pág.</u>
II. LA LEY MERCANTIL	92
A) El Código de comercio vigente.....	92
B) Leyes mercantiles especiales	92
III. SIGNIFICACIÓN DE LOS USOS EN EL DERECHO MERCANTIL.....	95
A) Origen y evolución de los usos.....	95
B) Clasificación de los usos	96
C) Los usos en el Código de comercio.....	96
D) La prueba del uso.....	97
IV. LA CONTRATACIÓN EN MASA Y LAS PRETENDIDAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.....	98
V. EL DERECHO COMÚN Y LA MATERIA MERCANTIL	98
<i>Indicación bibliográfica</i>	99
CAPÍTULO 6. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS MERCANTILES , por Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA	101
I. CONCEPTO Y CLASES DE INTERPRETACIÓN.....	101
A) La interpretación auténtica.....	102
B) Interpretación usual	102
C) Interpretación doctrinal	102
II. MATERIALES PARA PROCEDER A LA INTERPRETACIÓN.....	104
A) El «contexto».....	105
B) «Antecedentes históricos y legislativos»	105
C) «La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»	105
D) «Atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (normas que se interpretan)»	106
III. OTROS MATERIALES COMO CRITERIOS INTERPRETATIVOS.....	106
A) La equidad.....	107
B) La analogía.....	108
IV. CARÁCTER SUPLETORIO DE LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS.....	109
V. INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS MERCANTILES	109
A) Interpretación de las cláusulas de los contratos mercantiles.....	110
<i>Indicación bibliográfica</i>	112
CAPÍTULO 7. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE LAS CONTROVERSIAS MERCANTILES , por Rafael JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA.....	113
I. PRELIMINAR.....	113
A) Resolución judicial	113
B) Otras vías para resolver controversias mercantiles	115
II. LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL.....	117
III. OTROS CAUCES DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MERCANTILES.....	119
A) El arbitraje privado.....	119
B) La mediación.....	122
C) Valoración crítica.....	123
<i>Indicación bibliográfica</i>	123

	<i>Pág.</i>
CAPÍTULO 8. INSTITUCIONES Y ESCENARIOS DEL TRÁFICO MERCANTIL , por Santiago HIERRO ANIBARRO	125
I. INTRODUCCIÓN	125
II. LAS INSTITUCIONES DEL TRÁFICO MERCANTIL.....	126
A) La corporativización de los intereses del tráfico mercantil.....	126
B) La concentración del tráfico en el mercado	132
C) La provisión de liquidez y la circulación del tráfico mercantil.....	136
III. LOS ESCENARIOS DEL TRÁFICO MERCANTIL.....	140
A) Derecho mercantil y regulación económica.....	140
B) Autoridades independientes y mercados regulados.....	141
C) El gobierno del mercado global	143
<i>Indicación bibliográfica</i>	147
CAPÍTULO 9. LA EMPRESA , por Juan Ignacio FONT GALÁN y Javier PAGADOR LÓPEZ.....	151
I. SIGNIFICACIÓN DE LA EMPRESA PARA EL DERECHO MERCANTIL	151
II. EL PENSAMIENTO HISTÓRICO SOBRE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA.....	154
A) La consideración de la empresa como concepto económico	154
B) La construcción de una noción jurídica de la empresa.....	155
C) La actitud pesimista ante el intento de construcción de una noción jurídica unitaria de la empresa. La tesis atomista.....	161
III. HACIA UNA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA: NUEVOS ELEMENTOS NORMATIVOS PARA INDUCIR EL CONCEPTO JURÍDICO DE EMPRESA.....	161
A) Constitución económica española	163
B) Código civil.....	164
C) Legislación mercantil	168
D) Legislación procesal	171
E) Legislación concursal	172
F) Legislación agraria y laboral.....	174
IV. CONCEPTO JURÍDICO DE EMPRESA.....	175
<i>Indicación bibliográfica</i>	177
CAPÍTULO 10. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. LOS ESTABLECIMIENTOS SECUNDARIOS. LAS SUCURSALES , por Javier PAGADOR LÓPEZ.....	183
I. EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL	183
A) Concepción legal.....	183
B) Clases de establecimientos mercantiles.....	187
C) El establecimiento mercantil y el domicilio del empresario	188
D) La relevancia jurídica del establecimiento mercantil.....	190
II. ESTABLECIMIENTOS SECUNDARIOS O SUCURSALES.....	192
<i>Indicación bibliográfica</i>	194

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 11. LA EMPRESA COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS , por Juan Ignacio FONT GALÁN y Javier PAGADOR LÓPEZ.....	195
I. INTRODUCCIÓN	195
II. TRANSMISIONES <i>INTER VIVOS</i> DE EMPRESAS.....	199
A) Compraventa de empresa.....	199
B) Arrendamiento de empresa.....	214
C) Derechos reales de garantía y empresa	221
D) Usufructo de empresa.....	222
III. TRANSMISIÓN <i>MORTIS CAUSA</i> DE LA EMPRESA	223
<i>Indicación bibliográfica</i>	224
CAPÍTULO 12. EL PATRIMONIO EMPRESARIAL , por Javier PAGADOR LÓPEZ	225
I. INTRODUCCIÓN	225
II. BIENES Y DERECHOS INTEGRANTES DEL PATRIMONIO EMPRESARIAL	228
A) Bienes inmuebles.....	228
B) Bienes muebles de carácter corporal.....	231
C) Bienes inmateriales: derechos de propiedad industrial y otros	234
D) Los llamados <i>intangibles</i> : fondo de comercio, clientela y gastos de investigación y desarrollo.....	240
III. ELEMENTOS PERSONALES DE LA EMPRESA.....	241
<i>Indicación bibliográfica</i>	241
CAPÍTULO 13. CONCEPTO Y CLASES DE EMPRESARIOS. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO , por Rafael ILLESCAS ORTIZ.....	243
I. EL CONCEPTO DE EMPRESARIO	243
A) Concepto económico y concepto jurídico de empresario	244
B) Empresario, comerciante y operador.....	245
C) Empresario y empresario mercantil.....	247
D) Significación del concepto de empresario mercantil.....	247
II. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPRESARIOS MERCANTILES: DIVERSOS CRITERIOS.....	249
A) Empresarios individuales y empresarios sociales; las cajas de ahorro	249
B) Empresarios públicos, privados y mixtos.....	250
C) Empresarios y empresarios pequeños y medianos.....	251
III. EL EMPRESARIO EXTRANJERO.....	252
A) Disposiciones generales.....	252
B) El empresario comunitario europeo.....	254
IV. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO.....	255
V. EL EMPRENDEDOR INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.....	256
<i>Indicación bibliográfica</i>	257

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 14. EL EMPRESARIO MERCANTIL INDIVIDUAL , por Rafael ILLESCAS ORTIZ.....	259
I. CONCEPTO LEGAL DE COMERCIANTE.....	259
II. REQUISITOS JURÍDICOS PARA ADQUIRIR LA CONDICIÓN DE COMERCIANTE	260
A) Capacidad legal para el ejercicio del comercio	260
B) Habitualidad en el ejercicio del comercio	261
C) Ejercicio en nombre propio	262
III. PROHIBICIONES PARA EL EJERCICIO DEL COMERCIO.....	262
IV. PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE EMPRESARIO	264
V. PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE EMPRESARIO	265
<i>Indicación bibliográfica</i>	265
CAPÍTULO 15. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR PERSONA CASADA , por Rafael ILLESCAS ORTIZ.....	267
I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.....	267
II. CONSENTIMIENTO CONYUGAL Y ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE COMERCIANTE	268
III. CONSENTIMIENTO CONYUGAL Y RÉGIMEN DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....	269
IV. CLASES DE CONSENTIMIENTOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA FORMA	269
V. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO	271
VI. OPOSICIÓN AL EJERCICIO DEL COMERCIO.....	272
VII. PUBLICIDAD REGISTRAL: PERSPECTIVA GENERAL DE LOS ACTOS INSCRIBIBLES	273
VIII. EFECTOS PATRIMONIALES DEL EJERCICIO DEL COMERCIO POR PERSONA CASADA	273
A) Extensión de las facultades dispositivas del cónyuge comerciante... ..	274
B) Ámbito de la responsabilidad patrimonial del cónyuge comerciante	275
C) Régimen jurídico de los beneficios obtenidos por el cónyuge en el ejercicio de su profesión comercial	277
<i>Indicación bibliográfica</i>	278
CAPÍTULO 16. LOS AUXILIARES DEL EMPRESARIO Y LA REPRESENTACIÓN MERCANTIL , por Luis DE ANGULO RODRÍGUEZ y Javier CAMACHO DE LOS RÍOS.....	279
I. INTRODUCCIÓN	279
A) Colaboración y representación	279
II. COLABORADORES DEPENDIENTES.....	280
A) Aspecto interno: la relación del empresario con el auxiliar	281
B) Aspecto externo: la atribución de la representación y el ámbito del apoderamiento	282
III. CLASES DE AUXILIARES	283
A) El factor	283

	<u>Pág.</u>
B) Los dependientes	287
C) Los mancebos.....	288
D) Otros auxiliares del empresario	288
IV. COLABORADORES INDEPENDIENTES	289
A) Agentes	290
B) Mediadores.....	290
V. AUXILIARES Y COLABORADORES DEL EMPRESARIO DE LA NAVEGACIÓN	291
A) El gestor naval.....	292
B) El capitán	293
D) El comandante de la aeronave	295
<i>Indicación bibliográfica</i>	296
CAPÍTULO 17. LA CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS , por David MORÁN BOVIO.....	297
I. LA CONTABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS. INTRODUCCIÓN	297
A) Normas contables	299
B) Estructura del Derecho contable	307
C) Razón de ser de las normas contables.....	308
II. CONTABILIDAD FORMAL.....	311
A) Los libros de cuentas y documentación de los empresarios	311
B) Requisitos de llevanza y de conservación.....	314
III. CONTABILIDAD MATERIAL	320
A) Principios y criterios de contabilidad material.....	320
B) Disposiciones especiales sobre la contabilidad material.....	325
IV. EL SECRETO PARA LA CONTABILIDAD. LA VERIFICACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES. LA COMUNICACIÓN Y EXHIBICIÓN DE LIBROS Y DOCUMENTOS DEL EMPRESARIO	334
A) Introducción.....	334
B) Secreto contable.....	335
C) Verificación: auditoría	335
D) Comunicación y exhibición.....	337
V. VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS Y DOCUMENTOS CONTABLES.....	338
<i>Indicación bibliográfica</i>	339
CAPÍTULO 18. LA AUDITORÍA DE CUENTAS , por Santiago HIERRO ANIBARRO	345
I. LA ACTIVIDAD DE AUDITORÍA DE CUENTAS	345
A) El régimen jurídico de la auditoría de cuentas	345
B) Concepto de auditoría de cuentas.....	348
C) El informe de auditoría	348
II. EL EJERCICIO DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS	351

	<u>Pág.</u>
A) Requisitos para el ejercicio de la auditoría de cuentas	351
B) El ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas	353
C) La responsabilidad civil del auditor de cuentas.....	358
III. LA SUPERVISIÓN DE LA AUDITORÍA DE CUENTAS	359
A) El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.....	359
B) La supervisión transfronteriza de la auditoría en la Unión Europea y la cooperación internacional.....	360
<i>Indicación bibliográfica</i>	361
CAPÍTULO 19. EL REGISTRO MERCANTIL , por David MORÁN BOVIO.....	367
I. NORMAS SOBRE PUBLICIDAD REGISTRAL (INTRODUCCIÓN).....	367
A) Registros no administrativos	369
B) Registros administrativos.....	371
C) Relaciones mutuas.....	372
II. EL REGISTRO MERCANTIL	373
A) Antecedentes y evolución histórica.....	373
B) Concepto, caracteres y efectos	377
C) Principios de publicidad registral.....	380
D) Organización y procedimiento.....	384
III. INSCRIPCIÓN DE EMPRESARIOS INDIVIDUALES	387
A) Carácter de la inscripción	387
B) Tramitación	388
C) Actos inscribibles en la hoja del empresario.....	390
IV. INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES Y ENTIDADES MERCANTILES.....	392
A) Carácter de la inscripción	392
B) Diversos supuestos.....	393
C) Actos inscribibles	394
V. INSCRIPCIÓN DE «CUALSQUIERA PERSONAS NATURALES Y JU- RÍDICAS CUANDO ASÍ LO DISPONGA LA LEY»	396
VI. LAS NUEVAS FUNCIONES DEL REGISTRO MERCANTIL	397
VII. EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES Y SUS SECCIONES.....	400
A) Buques, aeronaves, automóviles, vehículos a motor y maquinaria industrial	400
B) Garantías reales	401
C) Otros bienes muebles registrables	403
D) Condiciones generales de la contratación	404
E) Obras y grabaciones audiovisuales.....	405
<i>Indicación bibliográfica</i>	405

PRÓLOGO A LA DECIMOQUINTA EDICIÓN

Se han cumplido veintitrés años de la primera edición de esta obra. En agosto de 1990 daté el prólogo con cuyo encargo, y sin más título de preferencia que el de mi edad y mi antigüedad en el oficio docente, me honraron mis compañeros coautores. La presenté como una obra colectiva, fruto del trabajo en equipo, inspirada por unos principios fundamentales y asentada sobre unos conceptos básicos que le daban unidad, obra de «escuela», más que de «taller», que se proponía «ofrecer un tratamiento sustancial, pero completo, real y actual del Derecho mercantil español».

Calificaba yo entonces de «incuestionable» la conexión última de la obra con la Universidad, como instrumento docente, para enseñar y para aprender, destinado a maestros y discípulos; pero advertía de que ese destino no excluía su extensión subjetiva a «estudiantes y estudiosos, teóricos y prácticos del Derecho mercantil». Recordaba yo que las mejores obras de esta disciplina han «nacido en la Universidad para volver a ella»; pero, además de ese origen y de ese destino, vinculado a la formación de juristas, han cumplido ampliamente la función social que compete a la doctrina jurídica en la visión global de la realidad, en la producción y en la aplicación del Derecho positivo, en el servicio a la justicia.

Desde que escribí aquel prólogo han pasado veintitrés años y muchas cosas; casi un cuarto de siglo de cambios acelerados, una época en la que la revolución científica y tecnológica de las comunicaciones ha cambiado las categorías de espacio y tiempo. El mundo se ha hecho más pequeño y el tiempo más corto. El cambio, siempre permanente en la vida de la humanidad, ha aumentado su ritmo y pasan más cosas en menos tiempo.

Esta obra se ha mantenido fiel al espíritu que animó su creación, y para ello ha tenido que cambiar a lo largo de las catorce ediciones aparecidas en veinte años (1990-2010). Su éxito lo acredita la buena acogida que le ha dispensado el mercado. Se ha mantenido el equipo de autores, con los naturales cambios, algunos dolorosos, de los que dimos cuenta en su momento; unidad de vínculo y de propósitos han prevalecido sobre bajas y altas en el equipo. Pero, sobre todo, ha cambiado para reflejar las modificaciones que con tanta extensión e intensidad han afectado al Derecho mercantil, el objeto de estudio que da nombre a la obra. Mantener actualizada y completa una exposición de su materia ha obligado a una permanente revisión y puesta al día de su

contenido. De ello hemos venido informando en cada nueva edición. Y así, a medida que cumplía años, la obra rejuvenecía al reflejar la realidad del Derecho mercantil del momento.

Pero, ahora, no es sólo el contenido del Derecho mercantil el que cambia incesantemente con reformas legislativas y sucesivas modificaciones, señaladamente en época de crisis económica a la que se responde con medidas jurídicas; no se trata ya sólo de actualizar la obra para adecuarla a la realidad del Derecho vigente, sino de revisar su función como instrumento de enseñanza y de aprendizaje de esta disciplina. Porque es la Universidad, punto de origen y principal destino de esta obra, la que ha cambiado su método, su estructura y sus fines. En torno al proceso denominado «Bologna» se han alterado las titulaciones, los ciclos docentes, los sistemas de evaluación y toda la metodología de la enseñanza, en definitiva, porque han cambiado sus fines. Se trata ahora de formar profesionales, de facilitar su salida al «mercado», de atender la demanda social de trabajo. Esa transformación radical de los estudios superiores hace que instrumentos que servían para los viejos fines resulten ahora inadecuados.

El contenido y la estructura de nuestra obra estaban diseñados como idóneos para la «vieja» licenciatura, hoy sustituida por titulaciones que acortan su duración, propenden a la especialización e imponen a la docencia un rumbo pragmático. De otra parte, el contenido de las disciplinas clásicas se fragmenta en porciones más adecuadas al tratamiento de las particularidades sectoriales que a la formación general.

Hay que reconocer que esa tendencia no es característica exclusiva de la enseñanza universitaria, sino que se observa en toda la amplia realidad de la ciencia jurídica. En la producción doctrinal, responden a esa tendencia el auge de las monografías sobre las obras generales y la proliferación de publicaciones periódicas especializadas en concretos sectores del Ordenamiento jurídico, frutos del desarrollo de las disciplinas clásicas.

La respuesta editorial es la división de la oferta; de la obra general se pasa a una estructura dividida en volúmenes. Todos ellos, en su conjunto, componen la obra; pero cada uno, en su singularidad, supone la oferta de un producto especializado, idóneo para satisfacer la demanda del mercado sobre un sector concreto del Derecho mercantil.

Estructura dividida en diez volúmenes, en este caso, adaptada, asimismo, a la variación de los destinatarios de nuestra oferta, que ya no son principalmente los «estudiantes» sino los «estudiosos», los que cursan los niveles superiores de postgrado, los «máster» y «doctorados», y junto a ellos los lectores-usuarios que más han demandado esta obra, sin duda, porque mejor satisfacía sus fines de trabajo: los profesionales del Derecho en la más amplia acepción de la palabra, los jueces, abogados, notarios, registradores, asesores jurídicos de la Administración y de las empresas, los operadores del tráfico jurídico. En todos ellos hemos pensado en esta «refundación» de nuestro Derecho Mercantil, en su mejor servicio y aprovechamiento.

El nuevo plan de la obra ha exigido un considerable aumento del número de sus autores y la incorporación de muchos de extraordinario prestigio: los profesores Rafael JIMÉNEZ DE PARGA, Javier PAGADOR, José Manuel OTERO, Manuel BOTANA, Carlos LEMA, Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-ALERO, Juan Antonio

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, Eduardo GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Manuel Ángel LÓPEZ SÁNCHEZ, Francisco LEÓN, Sonia RODRÍGUEZ, Ángel LÓPEZ LÓPEZ, Nieves LÓPEZ SANTANA, Josefa BRENES CORTÉS, Lucía ALVARADO, Pablo MARTÍNEZ-GIJÓN, Trinidad VÁZQUEZ RUANO, Luis MARÍN HITA, Rafael LA CASA, Pedro BAENA, Manuel CASTILLA CUBILLAS, Andrés RECALDE, Matilde PACHECO CAÑETE, Ángel MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Patricia MÁRQUEZ LOBILLO, Manuel PANIAGUA ZURERA, Javier IBÁÑEZ, María Cruz MAYORGA TOLEDANO, Alberto EMPARANZA, Juan Ignacio RUIZ PERIS, Ángeles CUENCA GARCÍA, Jorge NOVAL PATO, José Luis GARCÍA-PITA, Manuel CLAVERO, Teresa GÓMEZ PRIETO, M.^a Paz MARTÍN CASTRO, Blanca ROMERO MATUTE, M.^a Jesús GUERRERO, Francisco Javier MALDONADO, Rafael ROJO ÁLVAREZ MANZANEDA, José Carlos ESPIGARES y Manuel CASTILLA.

Crece este Derecho mercantil en volúmenes y en cantidad y calidad de autores; pero, todos, nuevos y viejos, integran un equipo y, bajo la sabia coordinación de los profesores JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO, comparten los principios y las bases que desde su origen dieron unidad a la obra.

Se trata, pues, de una novedad editorial lanzada, con entusiasmo y con esperanza, al mercado de la bibliografía jurídica. Esperamos su respuesta.

Manuel OLIVENCIA

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
de la Universidad de Sevilla
Sevilla, 29 de septiembre de 2013. Santos Arcángeles

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El honor de prologar esta obra puede entenderse como la concesión de un privilegio que rompe el principio de igualdad entre sus coautores, sin más título de preferencia —primus inter pares— que el que me otorga, respecto de mis compañeros de trabajo, una razón de tiempo, de edad y de antigüedad en el oficio. Y como esa razón es, más que cierta, exacta —con la exactitud que las cantidades, mensurables, tienen sobre las cualidades, apreciables—, he de aceptarla, hasta con resignación, como causa justificativa y legitimadora de mi labor de prologuista.

El prólogo es una pieza literaria difícil, que, situada al comienzo de una obra, debe dar noticia de su fin. Pero, antes de comenzar por el fin, parece que en nuestro caso debe preceder alguna advertencia sobre la naturaleza de este Derecho mercantil.

Si hay alguna característica que defina la naturaleza propia de esta obra es, precisamente, la de ser «colectiva». Presentarla como una obra colectiva supone destacar su unidad sobre la pluralidad de su autoría. Y es unitaria por su concepción, temática y sistemática; por su común inspiración en unos mismos principios fundamentales, en torno a los cuales se desarrolla su contenido; por la coincidencia en sus propósitos y objetivos.

Los autores hemos querido servir esa unidad de la obra, en sus conceptos esenciales y en su método. Y para contribuir a ese fin, hemos colaborado. Contribuir es aportar con otros; colaborar, trabajar con otros. Esta obra es fruto de la coordinación, de la suma ordenada de la aportación y del trabajo de cada uno de sus coautores. Y por ello es «colectiva» también en el sentido más noble del vocablo: «que tiene virtud de recoger o reunir».

Parece justo proclamar este mérito de la obra, que ha conseguido agrupar en una tarea común a tan elevado número de especialistas. El «trabajo en equipo» es un esfuerzo encomiable que, superando concepciones individualistas o personalistas, se viene imponiendo como necesidad acuciante en el actual estado de las ciencias, de la investigación y de la docencia; pero es todavía infrecuente en la producción de obras generales, al menos con la extensión que se da en ésta.

Sin duda, la obra general plantea unas exigencias de homogeneidad y uniformidad, más difíciles de cumplir cuando su autoría es colectiva, por la ló-

gica diversidad de criterios y hasta de estilos que ésta implica. Pero creo que bien valía la pena de afrontar ese riesgo, a la vista de los resultados conseguidos, que demuestran que lo han limitado a proporciones no sólo tolerables, sino incluso deseables en una obra jurídica. Lo intolerable o indeseable hubiese sido una alteración de los principios fundamentales y de los conceptos básicos que deben presidir la unidad de la obra; pero ese factor de riesgo puede considerarse felizmente superado por la coincidencia de los autores en los puntos esenciales que definen este Derecho mercantil, el objeto de estudio y de exposición de la obra.

Por eso decía que se ha conseguido una obra unitaria, compatible con la pluralidad de su autoría. Es obra «de escuela», más que «de taller». En la «obra de taller» se da la dirección inmediata de un maestro, que aquí no existe. En la «obra de escuela» los directores son los principios que la inspiran, con los cuales comulgan todos los miembros que la componen. Y bien puede afirmarse que todos los autores de esta obra pertenecemos a la misma escuela; sin duda, a la única que merece el nombre de «escuela» del moderno Derecho mercantil español. Aun con la diferencia de generaciones y de grados, más o menos inmediatos, en nuestra formación, todos nos consideramos discípulos del fundador de esta escuela, el maestro Joaquín Garrigues, que fue quien sentó las bases, formuló, cultivó y enseñó los principios conceptuales y metodológicos que la caracterizan y definen.

Y es esa identidad sustancial la que ha permitido afrontar, creo que con éxito, el peligro de la diversidad inherente a toda obra colectiva. Salvado lo esencial, el factor de riesgo puede desaparecer e incluso convertirse en motivo de enriquecimiento de la obra. Sobre la base de concepciones unitarias, es posible levantar construcciones distintas y adoptar perspectivas diferentes en el enfoque y en el tratamiento de los temas; lo cual, lejos de ser un instrumento perturbador, introduce en la obra una riqueza de matices doctrinales e interpretativos que potencia el valor de las aportaciones de sus autores. La ciencia del Derecho no es exacta ni dogmática y, en cuanto tiene de incierta, es, por naturaleza, opinable. La opinión basada en auctoritas es el mejor cultivo de este campo. Por ello, la posible discrepancia de pareceres no atenta al carácter general de esta obra, sino que es lógico reflejo de su carácter colectivo y de la propia naturaleza de su objeto. La identificación del autor en cada capítulo de la obra le atribuye la paternidad del correspondiente texto y la responsabilidad de sus tesis.

Pero repito que ese elemento de diversidad ha intentado reconducirse a los límites de lo razonablemente compatible con la unidad de la obra, y ello no sólo para dejar a salvo los principios fundamentales que sirven de conductores de toda la materia y de su ordenación sistemática, sino incluso para respetar la normalización expositiva que, por encima de criterios subjetivos, debe presidir toda la obra. Esta tarea ha exigido el establecimiento de criterios de orientación y una delicada coordinación de los textos, para dar a la obra en su conjunto y presentación la necesaria uniformidad. Así, desde los esquemas formales de división de la materia, a las referencias bibliográficas, sistemas de citas y de remisiones y todo el aparato instrumental inherente a la exposición de la materia, se ha procurado acordar y cumplir unas reglas uniformes. La mayoría de ellas tienen un carácter puramente técnico; pero hay otras que,

por reflejar los propósitos de la obra, quizá merezcan recordarse en esta presentación.

Ha sido propósito de los autores reducir las referencias bibliográficas a una selección básica de doctrina española, por capítulos o grupos de capítulos. Las citas de autoridad en el texto han querido reducirse a aquellos casos excepcionales en los que la evolución doctrinal o las tesis polémicas resultan imprescindibles para la recta comprensión de la materia tratada; como las referencias a la bibliografía extranjera se han extendido sólo en aquellos supuestos en los que el estado de la doctrina o la propia naturaleza del tema objeto de estudio así lo exigen.

Las citas de jurisprudencia de Tribunales y de resoluciones de órganos administrativos han procurado limitarse a las que expresan líneas fundamentales de doctrina o alteraciones de éstas, intentando siempre reflejar su estado actual, con un criterio selectivo.

Por el contrario, se ha considerado conveniente la invocación completa del Derecho positivo en vigor, tanto nacional (del Estado y de las Comunidades Autónomas) como supranacional (Comunidad Europea) e internacional (Convenios), en su caso.

Considero estos criterios, más que instrumentales, expresivos de los fines perseguidos por esta obra y por sus autores; como el propio título con que se ha bautizado: Derecho mercantil. Se ha elegido como signo simplemente el nombre de la rama científica y del Derecho positivo que constituye su objeto, sin más adiciones que pudiesen matizar o limitar sus propósitos y objetivos. Porque éstos son los de ofrecer un tratamiento sustancial, pero completo, real y actual del Derecho mercantil español. De la ambición de sus objetivos deriva la extensión subjetiva que se pretende en el ámbito de sus lectores destinatarios: que la obra resulte funcional y útil para estudiantes y estudiosos, teóricos y prácticos del Derecho mercantil.

Es incuestionable la conexión íntima de la obra con la Universidad y la docencia; pero eso no restringe los objetivos perseguidos. Por sus autores, profesores universitarios todos, esa impronta marca la obra, como una denominación de origen, y también de destino: se quiere que sea un instrumento idóneo para la docencia, para enseñar y para aprender Derecho mercantil, para facilitar la tarea de maestros y discípulos.

En ellos se ha pensado, principalmente, al redactar estas páginas; pero ese noble carácter universitario de la obra está muy por encima de los sambenitos con que frecuentemente se pretende devaluar la actividad docente, cuando se le tacha, en sentido peyorativo, de «académica», «escolar» o «teórica», adjetivos también nobles, en su recta acepción, pero que se formulan con intención aviesa para imputar a la Universidad el cultivo de un abstracto conceptualismo, encerrado en torres de marfil, aislado de la concreción de la vida real y de las exigencias de la práctica.

La acusación es infundada e injusta; al menos, por lo que se refiere al Derecho mercantil español. Las mejores obras de esta disciplina han «nacido en la Universidad... para volver a ella»; pero han cumplido ampliamente esa función social que, además de la formación de juristas, compete a la doctrina

jurídica en la visión global de la realidad, en la producción y en la aplicación del Derecho positivo, en el servicio de la justicia.

La obra que aquí se presenta quiere seguir esa senda, que es «de escuela» y no «escolar», en el sentido empequeñecedor y despectivo del vocablo. Se trata, ante todo, de que el carácter general de la obra se refleje en un tratamiento sustancial de todo el Derecho mercantil. La calificación de sustancial apunta al núcleo esencial de la disciplina; a lo principal, prescindiendo de lo accesorio. Se centra la obra en los grandes temas, plantea las cuestiones que suscitan, y argumenta y formula soluciones; pero evita la sobrecarga de citas y de polémicas doctrinales, en las que el lector podrá adentrarse, ulteriormente, partiendo del propio texto y de las indicaciones bibliográficas oportunas.

Esa exposición sustancial es, además, sintética, en el sentido de que suma y reúne todas las partes que constituyen la disciplina, con una visión global y completa, unificadora y sistematizadora de su materia, en función de criterios derivados del concepto esencial del Derecho mercantil que en la obra se mantiene.

Pero esas características son perfectamente compatibles con la panorámica real del Derecho mercantil que los autores se han propuesto. Ayuda aquí también una concepción metodológica que forma parte de la escuela a la que todos pertenecemos, atenta a la realidad de la vida del tráfico y a la valoración de los intereses que en ella se encuentran. El jurista no puede prescindir de los conceptos, como instrumentos técnicos de un sistema capaz de aprehender la realidad; pero no puede encerrarse en los conceptos, desatendiendo la realidad sobre la que ha de actuar. Por eso hemos querido hacer objeto de nuestro estudio «el Derecho vivo», en la feliz expresión del maestro Garrigues, o, si se quiere, el Derecho «vivido» en la práctica social, de cuya observación no cabe abstenerse.

Ese Derecho, vivo o vivido, es, como la vida misma, cambiante. El Derecho muda en su formulación normativa, como varía la realidad social sobre la que actúa. Por eso hemos pretendido ofrecer una visión «actual» del Derecho mercantil, y que esta obra nazca como hija de su tiempo, que asuma y refleje el Derecho vigente y la realidad social del momento. Valor importante en época de cambios políticos, sociales y económicos, en la esfera interna y en la esfera internacional, que afectan de forma relevante al Derecho mercantil.

La obra se sustenta en un concepto esencial del Derecho mercantil, para recoger, sobre esa base, los grandes cambios normativos y las nuevas realidades del tráfico jurídico. Acorde con los postulados que la Constitución española establece en materia de legislación mercantil y de modelo económico, el tratamiento ha pretendido comprender todo el Derecho vigente, formulado en buena parte en una moderna legislación, que ha modificado nuestro viejo Código de comercio, dando nueva redacción o derogando normas de éste, o ha extendido, mediante disposiciones especiales, el Derecho mercantil positivo. Especial atención se ha dedicado al condicionamiento básico que supone la incorporación de España a la Comunidad Europea y la adaptación de nuestro Derecho al comunitario. Cambios importantes y abundantes, cuyas grandes líneas se recogen en el texto hasta julio de 1990, como exigencia de una obra actual, fiel a los signos de su tiempo y acompasada a su ritmo histórico.

Tales son los fines que con esta obra colectiva nos hemos propuesto, de consuno, sus autores. Creo sinceramente que el esfuerzo en conseguirlos es ya un mérito de todos, agrupados en una tarea común y animados por unos mismos objetivos. Hemos querido, sobre todo, contribuir con nuestra colaboración a esa renovación de los estudios jurídico-mercantiles que propuso en el preliminar de su Curso de Derecho mercantil, en julio de 1936, Joaquín Garrigues, y que es meta permanente y tarea de todos los que nos sentimos discípulos y seguidores de su ejemplar magisterio.

Si, aunque sea parcialmente, hemos alcanzado esos propósitos —y cada lector será juez para decidirlo—, nuestro trabajo se verá ampliamente compensado con la satisfacción de sus resultados.

Manuel OLIVENCIA RUIZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla, agosto de 1990

CAPÍTULO 1

EL DERECHO MERCANTIL. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Manuel OLIVENCIA RUIZ

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL. INTRODUCCIÓN.—II. ESTUDIO HISTÓRICO DEL NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL: A) Las primeras concreciones históricas. B) El Derecho mercantil en la Edad Moderna. C) El Derecho mercantil revolucionario. D) El Derecho mercantil en la codificación decimonónica.—INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I. EL CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL. INTRODUCCIÓN

La concepción unitaria del Derecho objetivo —el reconocimiento de su unidad sustantiva— no ha impedido una constante tendencia a su clasificación, a su parcelación en divisiones o ramas, aun entendidas éstas como componentes de un todo. Ese afán clasificatorio, que responde a criterios y a propósitos diversos y cambiantes a lo largo de la historia, se refleja en una amplia adjetivación del sustantivo Derecho (público, privado; constitucional, administrativo, penal, procesal; civil, mercantil...). Al calificar se pretende clasificar, dividir el todo en partes e identificar cada una de éstas, lo que implica *definir*, describir sus contenidos y trazar sus contornos, los límites externos que separan a cada división o rama de otras integrantes del conjunto.

El Derecho *mercantil* constituye una de esas ramas en la clasificación del Derecho objetivo. Su carácter demuestra la relatividad de estas divisiones, que no responden a realidades ontológicas absolutas, sino a contingencias cambiantes; relatividad que en este caso es tanto histórica (no siempre ha existido un Derecho mercantil como rama del Derecho positivo), como jurídico-positiva (no siempre la existencia del Derecho mercantil responde a unos mismos contenidos y límites).

Los datos de la realidad, en el ordenamiento jurídico español, demuestran la existencia actual de un Derecho mercantil, con expresión positiva en un Código de comercio y en leyes y usos que se califican de mercantiles. Se trata, pues, de dar un concepto de esta rama del Derecho objetivo, definiendo sus contenidos y sus límites.

Tradicionalmente, la conceptualización del Derecho mercantil se ha venido realizando a través de diversos criterios:

1. La referencia a las grandes divisiones del Derecho objetivo. Sabido es que, entre todas éstas, ninguna goza de mayor aceptación que la que distingue entre Derecho público y Derecho privado, clasificación ya conocida en Roma y que se ha convertido en clásica.

La aceptación de esta dualidad no significa, sin embargo, coincidencia en los criterios de distinción. Los muy diversos que se han formulado giran en torno a dos esferas de la vida social: lo colectivo y lo individual. El centro de la primera esfera lo ocupa el Estado; el de la segunda, la persona, cada miembro de la comunidad. Pero no basta la simple presencia de esos sujetos —el Estado, la persona— para que una relación jurídica pueda caracterizarse como regida, respectivamente, por el Derecho público o el privado. En la esfera de lo colectivo, el Estado se presenta como estructura de poder en una comunidad organizada, actuando en defensa de sus fines propios y de intereses generales e investido de autoridad (*imperium*). El Derecho que regula esa organización y los entes que la integran, sus funciones y sus relaciones de poder con los ciudadanos, es Derecho público. De otra parte, el Derecho de la persona, como miembro de la comunidad, que rige su estado o posición jurídica dentro de ésta, su actuación en la realización de sus fines y en sus relaciones de igualdad con otros sujetos, es Derecho privado.

Dentro de esa bipartición, el Derecho mercantil se adscribe al Derecho privado, al Derecho de la persona (de los particulares, de los individuos, *ius singulorum*). Pero hay que advertir que la dualidad clásica Derecho público-Derecho privado, no sólo carece de criterios netos y fijos de distinción, sino que no se refleja en una tajante separación de sus respectivas esferas, ni en el plano de las normas positivas ni en el de las realidades reguladas. La unidad esencial del Derecho y la complejidad de la vida social superan todo intento de división radical, sobre todo en los regímenes políticos de inspiración socializadora, en los que la injerencia del Estado en la esfera privada es dominante. A través del control de sus instituciones —en defensa de intereses generales— y del ejercicio por el propio Estado de actividades económicas, utilizando formas tradicionales del Derecho privado, se difuminan los límites entre éste y el Derecho público.

Admitida, con estas reservas, la dualidad Derecho público-Derecho privado y la adscripción a este último del Derecho mercantil, se abre un segundo criterio de conceptualización.

2. La diferencia entre Derecho mercantil y Derecho civil. Si este último constituye la rama, por excelencia, del Derecho privado —su base, el Derecho privado *común*— es lógico que cualquier otra rama que se injerte en el Derecho privado haya de definirse en relación con el Derecho civil. En este sentido, el criterio técnico-jurídico de distinción es el que caracteriza al Derecho mercantil como Derecho privado *especial*, frente al Derecho privado *común*, que es el civil. Se dice que un Derecho es especial cuando acota su propia materia, cuando autolimita la aplicación de sus normas a determinadas instituciones y relaciones jurídicas; mientras que el Derecho común, como ordenamiento básico y de carácter totalizador, no necesita definir su propia esfera de aplicación.

Así, el Derecho mercantil como Derecho especial contiene una regulación distinta de la del Derecho civil común y para un sector de la realidad social concreto y determinado. Regulación distinta no significa «excepcional». La norma excepcional es, en sentido propio, la que altera la general en situaciones anómalas (el Derecho de guerra, el que se dicta en situaciones catastróficas, o las disposiciones de «privilegio», que crean una situación jurídica de beneficio restringido con ruptura del principio de igualdad). El Derecho especial, por el contrario, no supone una excepción ni una contraposición al común, sino una adecuación de los principios de éste a las exigencias de una determinada materia. Precisamente por ese sentido adecuador e innovador que el Derecho especial tiene en su origen, respecto del común del que procede, se caracteriza la función pionera, de avance y desarrollo, que cumple en el ordenamiento jurídico. Cada rama especial surge del Derecho común cuando la regulación de éste no satisface las exigencias de un sector de realidad social y no ofrece los resultados de justicia que éste demanda. El Derecho especial responde a tales exigencias y demandas con soluciones nuevas, que, ciertamente, se desvían de las del Derecho común, aunque se circunscriban en su aplicación a una materia acotada.

La caracterización del Derecho mercantil como Derecho *privado especial* conduce lógicamente al tercero de los criterios definitorios.

3. La delimitación de la materia regulada por el Derecho mercantil. Si todo Derecho especial acota su propia materia, necesario es preguntarse cuál sea la regulada por el Derecho mercantil.

Es en este plano donde se proyecta con mayor fuerza la relatividad del concepto del Derecho mercantil. La aparición y la evolución histórica de éste como rama del Derecho privado, su variación en los distintos ordenamientos jurídicos y sus diferentes formulaciones positivas en aquellos que lo reconocen como Derecho especial son factores que obligan a prescindir de todo intento de conceptualización dogmática y a combinar el análisis histórico con un método inductivo basado en la observación de la realidad. El estudio del origen del Derecho mercantil, de su desarrollo a lo largo del tiempo y de su situación actual, no sólo pretende recabar los datos necesarios para inducir un concepto del Derecho mercantil sino, sobre todo, para averiguar el porqué de su existencia, las razones que justifican que, junto a un Derecho privado común, nazca y subsista un Derecho especial calificado de mercantil. No bastará, pues, con acotar la materia regulada y los cambios de ésta a través de la historia; será necesario investigar por qué reclama una regulación especial y por qué evoluciona en sus contenidos y límites.

II. ESTUDIO HISTÓRICO DEL NACIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL

A) LAS PRIMERAS CONCRECIONES HISTÓRICAS

El origen del Derecho mercantil, como rama del Derecho privado desgajada del Derecho común, se sitúa en la Baja Edad Media (a partir del siglo XI) y en las ciudades del centro y del norte de la península italiana. Su ámbito de aplicación está constituido por las relaciones jurídicas nacidas de una concreta actividad económica —el *comercio*—, y su delimitación frente al Dere-

cho civil se hace en función de los sujetos protagonistas —los comerciantes, los mercaderes— y de su ejercicio profesional. Surge así un Derecho privado especial, que acota la materia regulada por razón de las personas —*ius mercatorum*— y de la actividad —*ratione mercaturae*— a las que se aplica.

La afirmación reiterada de que el Derecho mercantil es una *categoría histórica* expresa su carácter contingente y, ante todo, el hecho de que no siempre ha existido como rama especial dentro del sistema del Derecho privado. La circunstancia de que surja para regular una actividad económica, el comercio, cuyos orígenes históricos y cuyo ejercicio son muy anteriores al nacimiento del Derecho mercantil, ha hecho preguntarse por las razones de su aparición. ¿Por qué, existiendo una actividad comercial en Roma, no conoció el Derecho romano un Derecho especial para esta materia? ¿Por qué su nacimiento medieval en el escenario de las ciudades italianas?

La observación de las realidades históricas muestra que el Derecho mercantil, como Derecho especial del comercio, no surge mientras el sistema privado común responde satisfactoriamente a las necesidades del tráfico económico. En el Derecho privado romano, la existencia junto al *ius civile* del *ius honorarium*, creado por el edicto pretorio, y el reconocimiento de un *ius gentium*, observado en todos los pueblos, otorgaron al sistema la suficiente flexibilidad y capacidad de adaptación a las realidades sociales, de tal manera que la regulación jurídica del comercio no precisó de un Derecho especial. Fue, fundamentalmente, la obra del pretor, *supplendi vel corrigendi gratia*, la que confirió al Derecho romano la fuerza innovadora necesaria para ir adecuando el Derecho tradicional a las exigencias cambiantes de la vida social.

En las circunstancias históricas en las que nace el Derecho mercantil se observa una inadecuación entre el viejo Derecho y la nueva realidad social. En las ciudades medievales italianas el Derecho privado vigente era, fundamentalmente, el tradicional *ius civile* romano, recibido a través de la compilación justiniana, carente ya de la savia vivificadora del *ius honorarium*, anquilosado y arcaico. Frente al viejo Derecho surgió una realidad nueva, producto de potentes cambios en todos los niveles de la vida social.

La ciudad se convierte en centro de poder político, de vida social y de actividad económica. El desgaste del Imperio y del poder terrenal del Papado hace florecer el poder de las ciudades; las concentraciones urbanas se convierten en el marco de las nuevas corrientes sociales; frente al régimen feudal, la ciudad representa un ámbito de libertades; sus protagonistas son ciudadanos, no siervos, organizados en función del trabajo libre, integrados en clases y, por razón de su profesión, en gremios y corporaciones. De entre éstas destacan por su importancia las que agrupan a los mercaderes, agentes de una actividad económica que cobra especial significado: el comercio.

La ciudad es el centro de una nueva economía esencialmente mobiliaria, dineraria y crediticia. Frente al viejo sistema patrimonial basado en el valor de la tierra (*res mobilis, res vilis*), en la explotación agraria como actividad productora y en el trueque como forma de intercambio, surge un tráfico que realza la riqueza mobiliaria, la circulación de las mercaderías, a través de la compraventa y del transporte, la función del dinero como medio de pago y como medida de valor; la importancia del crédito como forma de aplazamiento de las contraprestaciones económicas y como valor económico transmisible. Nace así una economía *mercantil* cuyo escenario urbano es el mercado como

lugar de contratación, sus protagonistas son los mercaderes, su actividad el comercio —como actividad profesional de pura intermediación en la circulación de los bienes muebles—, y su objeto las mercaderías, el dinero y el crédito.

Se trata, en suma, de una nueva cultura —urbana y, en este sentido, *burguesa*— inspirada en ideales y valores que potencian la libertad, la seguridad, el bienestar y el beneficio económico. Esta prioridad del móvil de lucro y de la racionalización de las actividades tendentes a su obtención —manifestada, principalmente, en la aparición de técnicas contables— ha llevado a creer en la aparición, ya en esta época, de un espíritu capitalista, cuya concreción en un sistema económico es, sin embargo, más tardía (hacia fines del siglo xv, para consolidarse en el xvii).

La inadecuación del viejo Derecho a estos nuevos hechos es evidente. En el ámbito patrimonial, el Derecho romano posclásico, rígido y formalista, fundado en el concepto de propiedad quiritaria y contrario a la transmisión de los derechos de crédito, constituía una rémora para la nueva dinámica económica. Las prohibiciones canónicas del interés del dinero (*nummun numma non parit*) oponían un obstáculo al desarrollo del crédito, uno de los pilares del sistema. En esta situación, los mercaderes crean su propio Derecho y nuevas instituciones para satisfacer las exigencias que planteaba su actividad profesional y que no encontraban adecuadas soluciones en el sistema vigente.

El Derecho mercantil surge así como una creación de la práctica innovadora y progresista, con estos caracteres:

1. Su fuente formal, la manera de manifestarse, es la costumbre (Derecho consuetudinario).

2. Su fuente material —la fuerza social que la respalda— se encuentra en las organizaciones profesionales de mercaderes (Derecho gremial, de una clase social, surgido en el seno de las corporaciones y de los gremios). Pronto, las costumbres se recogen por escrito en los «estatutos» de las corporaciones, y éstas, a través de sus órganos, las interpretan y aplican al administrar justicia. Nace, pues, con el Derecho material, una jurisdicción especial.

3. El criterio de delimitación de este nuevo Derecho frente al común es fundamentalmente subjetivo. Sólo es aplicable, en principio, a los mercaderes y en razón de su actividad profesional. De la misma manera, la jurisdicción mercantil se limita inicialmente a los litigios surgidos entre miembros de la corporación en sus relaciones de negocios.

4. Este Derecho, si bien nace con un carácter local, en el ámbito territorial propio de las corporaciones ciudadanas, muestra, desde su origen, una tendencia a la uniformidad y a la internacionalidad. La expansión de las relaciones comerciales más allá de las fronteras y la conveniencia de evitar conflictos entre normas diversas son las causas de esta característica del *ius mercatorum*. Nuestro *Libro del Consulado de Mar* (siglo xiii), recopilación de las costumbres marítimas del Mediterráneo, es buena prueba de esta nota, que se presenta con especial vigor en el Derecho de la navegación.

B) EL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MODERNA

La aparición de los Estados nacionales y los grandes descubrimientos geográficos (finales del siglo xv) suponen importantes cambios políticos y económicos que van a repercutir en el nuevo Derecho mercantil.

La afirmación de la soberanía del Estado, principalmente en las monarquías absolutas, inicia una tendencia al reforzamiento de la ley, frente a la costumbre, como fuente del Derecho. La norma escrita y de creación estatal va desplazando progresivamente a la norma consuetudinaria, en la misma proporción en que el poder estatal va absorbiendo los poderes sociales intermedios.

El ámbito de la soberanía estatal va configurando la existencia de un mercado nacional y de una economía mercantilista basada en el protagonismo del Estado en la regulación y el control del desarrollo del comercio y en la obtención de riqueza.

El comercio de ultramar, que sigue a los descubrimientos geográficos, provoca un desplazamiento de los centros de vida económica hacia el Occidente de Europa (España, Portugal, Francia, Inglaterra, Holanda). Sevilla, con la Casa de Contratación, que monopoliza el comercio con Indias, se convierte, desde comienzos del siglo XVI, en el mayor centro de actividad mercantil de Europa.

El espíritu de iniciativa propio del Renacimiento y el florecimiento del comercio producen una expansión a otras clases sociales de actividades antes reservadas a los mercaderes. La base del Derecho mercantil se amplía así a otros protagonistas, que pasan a someterse a sus normas y a su jurisdicción, aun careciendo de la cualidad de comerciantes. Por otra parte, la extensión de instituciones jurídicas nacidas en el tráfico mercantil a otros sectores de actividad económica provoca el progresivo crecimiento de su ámbito de aplicación, que no se circunscribe ya exclusivamente al comercio, como actividad profesional. De esa manera, el Derecho mercantil, aun conservando su impronta original de Derecho de clase, va ampliando su esfera como Derecho especial, invadiendo sectores antes reservados al Derecho común.

Se dan, pues, en este período histórico unas notas de evolución del Derecho mercantil que pueden resumirse así:

1. La primera fuente formal de producción del Derecho mercantil pasa a ser la ley. La costumbre, sin perder su carácter de fuente que la ley le reconoce, pasa a un segundo plano.

2. La potestad de dictar leyes radica en el Estado (en el poder del soberano, dentro de la Monarquía absoluta). Este fenómeno de progresiva «legalización» y «estatalización» de un Derecho mercantil inicialmente consuetudinario y corporativo encuentra su más fiel expresión dentro de la Edad Moderna en las Ordenanzas generales del comercio terrestre (1673) y del comercio marítimo (1681) promulgadas por Luis XIV de Francia —llamadas Ordenanzas de Colbert, por el ministro al que se debe su redacción—. Si bien el Derecho que se recoge en estos cuerpos legales es, fundamentalmente, de origen consuetudinario, se convierte así en Derecho escrito y estatal. En España, las Ordenanzas de los Consulados se elaboran por privilegio real y precisan para su vigencia de la aprobación del monarca (Burgos, 1494; Bilbao, 1737).

3. El criterio de delimitación de la materia mercantil continúa siendo, esencialmente, subjetivo; pero, sobre ese núcleo profesional y clasista va progresivamente ampliándose la aplicación del Derecho mercantil a otros sujetos no comerciantes y a actividades económicas distintas del comercio.

4. La nota de internacionalidad cede ante un progresivo nacionalismo, que afirma el poder del Estado en su ámbito territorial de soberanía.