

## AC 11 58

No existe comercio sin ánimo de lucro. Quien practica la actividad mercantil lo hace para obtener unas ganancias de naturaleza patrimonial. El derecho mercantil descansa sobre los siguientes elementos básicos.

Autonomía de la voluntad virtualizada en una actividad comercial con propósito de lucro. Estructura empresarial y garantía y certeza de la circulación y del crédito. Las dos grandes ramas en las que se divide el derecho son derecho público y derecho privado.

Para abordar una serie de conceptos básicos en relación al derecho mercantil, lo primero que debemos saber es que este derecho pertenece a la rama del derecho privado. A estas alturas del curso, ustedes deben estar capacitados para explicar un concepto de derecho privado. Les refrescaré su memoria.

Les recuerdo que el derecho privado es aquel derecho que participando de aquellas características que al principio del curso reseñábamos como fundamentales al dar el concepto de derecho, pues bien, participando de esas características es un derecho cuyo contenido se centra en la esfera de actividad del individuo dentro de la comunidad, regulando las relaciones que entre los miembros de esta comunidad se vienen produciendo y las que pudieran generarse entre los ciudadanos y el Estado, siempre claro está que el Estado actúe como un particular más. Por esto, como el derecho mercantil va a regular las relaciones que se producen entre una clase de individuos, los comerciantes, estas relaciones pertenecerán al ámbito del derecho privado. Luego, el derecho civil y el derecho mercantil constituyen las dos ramas fundamentales del derecho privado.

Ahora bien, esta división del derecho privado no ha existido siempre, pues por ejemplo en Roma no existía un derecho mercantil como rama distinta, separada del derecho privado común, *ius civile*, pues ambos se confundían entre sí. Sí, acabas de decir que en Roma no existía una diferencia entre el derecho civil y el derecho mercantil, pero se perfilaba ya la savia de lo que iba a constituir el derecho civil y el derecho mercantil. Bien, las instituciones que históricamente ha estudiado el derecho privado han sido la persona, la familia y el patrimonio.

Este derecho privado debemos identificarlo con el derecho civil, por supuesto el derecho civil de aquella época, ya que todavía entonces no existía el derecho mercantil tal y como lo concebimos nosotros en la actualidad. Todas estas instituciones a las que acabo de referirme siguen perteneciendo en la actualidad al núcleo del derecho privado, siendo reguladas por el derecho civil, que efectivamente a lo largo de su larga evolución histórica ha ido puliendo y ha ido adecuando a la realidad política, social y económica entre los pueblos el contenido de esas instituciones. Bien, pero entonces ¿cómo nace el derecho mercantil? El derecho mercantil, denominado por algunos comercial, nace como una rama del derecho privado al lado del derecho civil.

Por una serie de circunstancias, por una serie de exigencias históricas, va surgiendo y perfilándose paulatinamente como un derecho independiente del derecho privado común, derecho civil, cristalizando en la Alta Edad Media como un derecho especial. La causa de su nacimiento se debe al imperativo de satisfacer unas concretas necesidades de la realidad económica, que en su momento no fueron atendidas por el derecho civil. Nace, en definitiva, para el comercio.

Bien, dices que tiene que transcurrir un cierto tiempo para que se frague un derecho mercantil. ¿Sería muy difícil que hicieras ahora una breve exposición histórica o cronológica para que los alumnos entiendan cómo se va creando el derecho mercantil? Efectivamente, vamos a intentarlo. Roma empieza como un pueblo de agricultores que con el tiempo consigue una floreciente situación económica.

También desarrolla un importante tráfico marítimo y crea agrupaciones, asociaciones profesionales de mercaderes. Las exigencias que van surgiendo de esta actividad económica no están reguladas por el derecho común, que era el derecho hasta entonces vigente, el derecho que existía. Tenía que el prétor, que era una especie de magistrado encargado de dirimir los conflictos que se cocinaban entre los ciudadanos, tenía que este hombre adecuar aquel derecho común, que era el derecho que entonces estaba vigente, a esas nuevas necesidades del derecho mercantil.

Con el transcurso del tiempo, en la Alta Edad Media, como ya anunciaba antes, aparece un derecho especial para regular la actividad profesional de esa nueva clase de ciudadanos que también hemos dicho que serían los comerciantes. Este derecho mercantil o especial se diferenciaba del vigente en aquella época, que era el derecho romano o canónico, en que era básicamente popular. Es decir, se apoyaba en prácticas sociales.

Luego estaba libre de los tecnicismos del otro derecho privado, que era un derecho más meticulosamente estudiado. En la Edad Media nace la ciudad y con ella una serie de gremios, corporaciones de mercaderes, que se agrupan o que se organizan para defender todos los intereses inherentes a la actividad que desempeñaban y que eran intereses comunes a todos ellos. Estos gremios y estas corporaciones de la segunda mitad del siglo XII estaban perfectamente organizados, ya que no sólo estaban regulados por los estatutos escritos que recogían aquellas prácticas mercantiles tradicionales, sino que además ellos mismos crearon sus propios tribunales de mercaderes que se dominaron con el nombre de la jurisdicción consular.

Estos se encargaban de resolver las controversias que surgían, los problemas, las polémicas entre sus asociados, administrando una peculiar justicia según los usos o costumbres de comercio. Así se van conservando los antiguos usos y se formaron otros usos nuevos y como por otra parte se fueron recogiendo por escrito las decisiones de los tribunales consulares, todo ello vino, ocasionó, que se iniciaran y que se crearan las primeras colecciones de normas del derecho mercantil, completamente autónomas del otro derecho privado, es decir, del

derecho civil que entonces estaba vigente. Bien, pues hasta aquí creo que ha quedado bastante claro cómo consigue su autonomía el derecho mercantil.

Sí, bien. Ahora, lógicamente, ustedes deben interpretar que estos cambios a los que acabo de referirme no se ocasionaron de una forma rápida y automática, sino que se desarrollan a lo largo de tiempo, de siglos. Así el sistema inicial comunal es poco a poco sustituido por la obra de los monarcas absolutos que serían los precursores del derecho mercantil legislado.

¿Podemos concretar en este momento por qué estaba compuesto o integrado el ordenamiento jurídico vigente en la Edad Media? Bien. Vamos a hacerlo. El ordenamiento jurídico en aquella época estaba integrado, en primer lugar, por el derecho romano justiniano, un rígido, era un derecho rígido y entonces mal conocido todavía.

En segundo lugar, las leyes populares germánicas, estas eran más toscas, pero muy formalistas. Y luego, en tercer lugar, un derecho canónico que se mostraba hostil a la práctica del comercio y a sus instituciones. Esta tipología de ordenamiento jurídico es lo que hace que los comerciantes se separen de estos derechos citados creando sus propias normas consuetudinarias, es decir, creando sus propios costumbres.

¿Y esta forma de entender o de concebir el derecho mercantil que has expuesto aquí perdura hasta nuestros días? Bien. El criterio este que caracteriza al derecho mercantil como un derecho consuetudinario y profesional que crea, que hemos dicho que es creado por los comerciantes para regular sus diferencias o las diferencias que surgen entre ellos y, por supuesto, por razones de comercio, perdura hasta principios del siglo XIX, época en la que se inicia la codificación mercantil. A impulsos, esa codificación viene a impulsos de la revolución francesa que proclama la libertad en el ejercicio del comercio poniendo fin al monopolio que había prevalecido en la etapa anterior en los gremios y en las otras corporaciones.

A esta ideología revolucionaria que postulaba la igualdad ante la ley le repugnaba mantener un derecho de clase como era el derecho mercantil, ya que era creado, era interpretado y aplicado por los propios comerciantes y por sus gremios. Por esto último, el primer código de comercio francés que se crea a raíz de la revolución francesa nos viene a modificar, nos viene a trastocar, a cambiar la imagen anterior. Considerando al derecho mercantil como un derecho regulador ahora de actos de comercio objetivos.

Es decir, actos que sean por sí mismos mercantiles con independencia de que el sujeto que realice esos actos sea o no o tenga o no la condición de comerciante. Está bien demostrado que ciertos actos y que ciertos principios que en otros tiempos habían sido privativos de los comerciantes ahora pasaban a constituir o a ser utilizados por la generalidad de las personas. En esta nueva concepción se viene a denominar objetiva por inclinarse por un criterio objetivo.

Es decir, el de los actos de comercio. A diferencia de la otra trayectoria anterior que acabamos de exponer en la que había dominado un criterio subjetivo. Primaba el comerciante y era el comerciante por el mero hecho de dedicarse a esa actividad mercantil el que determinaba la

misma relación mercantil.

¿Entonces esta trayectoria objetiva sirve de ejemplo para el derecho positivo que se codifica en España en el siglo pasado? Efectivamente. El Código de Comercio Español de 1829 y el actual de 1885 así como el Código Alemán de 1861 y el italiano de 1882 siguen esta tendencia objetiva. Ahora bien, la concepción objetiva de nuestro Código de Comercio es más objetiva, valga esta redundancia ya que la que utilizaron de modelo es la situación francesa la concepción francesa.

Sin embargo, el Código Alemán de 1897 y posteriormente el Código Italiano de 1942 abandonaron esa concepción objetiva del derecho mercantil codificando un derecho mercantil destinado a regular a quienes profesionalmente realizan una actividad económica mercantil o industrial. Luego en esos países el derecho mercantil se va a convertir de nuevo en derecho de sujetos que realicen el comercio. Esta vez pero esta vez los sujetos son los comerciantes y la actividad profesional por ello realizada es la actividad que se va a regular.

Dices Jesús que en otros países se modifica el criterio que primeramente se había adoptado en relación al derecho mercantil mientras que nosotros aquí en España nos hemos anclado en el sistema heredado del derecho francés ¿existe alguna causa que motivara esta nueva trayectoria en la ordenación de los distintos países? Bueno, las causas de ese giro supongo que serían iguales o similares a los problemas que la doctrina plantea en relación al criterio objetivo que sigue nuestro Código de Comercio es decir, la dificultad del resident en buscar un concepto adecuado del acto de comercio objetivo resultando muy dificultoso intentar determinar los rasgos comunes de los distintos actos de comercio regulados en los códigos eso es bastante complicado. Así es o aquí viene donde se centra la crítica de los juristas no satisfechos con esta visión del derecho mercantil y por ejemplo puedo citar al profesor Garrigues catedrático de esta disciplina que pone estas sugerencias ¿Cuáles son entonces las perspectivas actuales que se dan en el derecho mercantil? Si examinamos ahora el panorama actual podremos percatarnos de que el comercio está dominado por los empresarios asimismo también nos daremos cuenta que las operaciones mercantiles se realizan en serie, producción industrial en masa que llamamos, ligadas unas a otras y para realizar esta gran masa de operaciones mercantiles en el comercio moderno debemos de desarrollar una actividad continua, una actividad permanente no una actividad ocasional, aislada o eventual entonces nos preguntamos ¿Quién puede desplegar toda esta actividad continua toda esta actividad permanente? La respuesta es fácil quien disponga de una organización adecuada, es decir el empresario. Luego la vieja idea del comerciante como profesional del comercio es sustituida en la mente de los juristas por la idea moderna del empresario, que es quien en la realidad dispone de los medios necesarios para intervenir en el moderno tráfico mercantil ¿Crees que con los puestos aquí se puede dar ya una definición del derecho mercantil? ¿Tenemos ya suficientes datos para poder comprender el concepto? Si, si ya efectivamente, ya tenemos una idea de lo que ha sido y es el derecho mercantil, ahora podemos definirla definiciones hay muchas, yo por ejemplo voy a utilizar el concepto que da el profesor Udía dice que considera el derecho mercantil como un derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios, por eso que acabamos de reseñar hace un momento esa idea de

empresario nueva Bien, quizás podría sorprender esta definición a los alumnos ya que hasta ahora han venido manteniendo que nuestro código de comercio se manifiesta a favor de una tendencia objetiva considerando única y exclusivamente los actos de comercio mientras que en la definición hablas de empresarios no utilizando para nada los actos de comercio Bueno, es que nuestro código de comercio actual se refiere a los actos de comercio, lo que sucede es que su regulación no coincide con la que postula la doctrina mayoritaria, entonces los estudiosos del derecho mercantil no se oponen al reconocimiento de que el derecho mercantil regula actos de comercio, pero en este sentido lo que sí hacen es defender su postura es decir, que el derecho mercantil regula los actos que integran la actividad profesional del empresario, dejando a un lado los actos de comercio que pudieran realizar otros ciudadanos.

Bien, me queda una duda Jesús si quizás lo puedan tener nuestros alumnos y además creo que no hemos abordado esta fase del tema, ¿por qué se cambia de un sistema subjetivo a otro objetivo? Y más si me cuando ahora la postura mayoritaria parece que está a favor de un criterio subjetivo. Sí, se queda un criterio subjetivo pero con las matizaciones que he realizado hace un momento, pues antes principalmente contaba el individuo, mientras que ahora lo que interesa es la empresa. En relación a la otra parte de tu pregunta, existen unas circunstancias sociales unas circunstancias económicas que trastocan las instituciones de los pueblos y que hacen que se modifiquen sus normas desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la época actual, se consolida el sistema económico capitalista que se ha caracterizado por la producción industrial en masa.

Son precisamente los grandes esos inventos tecnológicos los que hacen surgir grandes empresas o empresas de grandes proporciones y esa producción industrial en masa. Ahora bien, debemos de distinguir dos épocas bien diferenciadas. La primera que se proyecta en un periodo de tiempo que transcurre desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial.

En esta época se va a consagrar un liberalismo a ultra alza o sea, la producción económica, el mercado y la propiedad de los medios de producción se va a confiar íntegramente al capital privado, no interviniendo el Estado en la economía. Mientras que en la segunda época que va desde la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días, se prodiga un intervencionismo estatal como medio de contrarrestar los grandes abusos que se cometen por el capitalismo industrial y financiero de la etapa exterior. Estas razones económicas son las que influirán en el cambio de la concepción del derecho mercantil.

Sí, estás hablando de intervencionismo estatal. ¿Puedes explicar, aunque sea en síntesis cómo se manifiesta este intervencionismo? Existen dos formas claramente diferenciadas de ese intervencionismo. Uno es el intervencionismo normativo que regula la actividad económica pero que después de la Segunda Guerra Mundial y en la actualidad va a limitar la libertad de iniciativa que había caracterizado la etapa esa anterior.

Por ejemplo, podemos citar que se van a controlar las importaciones, las exportaciones en

beneficio, por supuesto, de la industria nacional, que se va a controlar la creación de nuevas empresas siendo necesario como trámite previo la correspondiente autorización administrativa. También el Estado va a intervenir en la fijación de precios, regulación de créditos, etcétera. La segunda forma de intervencionismo es la participación directa del Estado y otros entes públicos en la producción.

Es decir, estos entes se convierten en un empresario más. Por ejemplo, actividades bancarias, actividades de transportes, etcétera. Todo esto ha conllevado lo que los juristas vienen denominando generalización del derecho mercantil y comercialización del derecho civil.

¿Podrías explicar Jesús un poco más esto último para que quede más claro? Sí. El profesor Garrigues dice que se producen tres fenómenos esenciales en torno a la objetivación o generalización del derecho mercantil. En primer lugar habla de una emigración de normas e instituciones mercantiles al Código Civil.

Habla también de una difusión del espíritu comercial a todas las clases sociales. Y por último, una postergación de ciertos contratos civiles que se ven desplazados por sus homónimos mercantiles. Es decir, operaciones tradicionalmente reservadas a los comerciantes se han generalizado entre los ciudadanos, desapareciendo esa dicotomía entre contratos civiles y contratos mercantiles.

Por ejemplo, en el seguro civil, en el transporte civil y en el transporte mercantil. También han desaparecido ciertas características entre las obligaciones civiles y las mercantiles. Luego entonces, se han reducido el número de contratos que conservan el calificativo de mercantiles.

De lo que acabas de comentar, ¿se podría interpretar que puede volver a unificarse el derecho privado, pudiendo llegar a desaparecer la disciplina derecho mercantil? Bien. A esta conclusión han llegado algunos autores. Fue en Italia donde adquirió mayor auge la doctrina de la unificación del derecho privado, siendo César Evivante la figura más destacada en la lucha por la unificación del derecho privado.

Triunfando esta tesis en el Código Civil Italiano de 1942, que unificó el derecho privado haciendo desaparecer el código mercantil. Ahora bien, el derecho mercantil es, a juicio de la opinión mayoritaria, un derecho autónomo, porque contempla una serie de instituciones mercantiles que no se pueden transferir al derecho común. Entonces lo que sucederá es que el ámbito del futuro derecho mercantil no coincidirá con el derecho mercantil tradicional.

Es decir, será más restringido en relación a las actividades que regule, ya que se habrán convertido en derecho común una gran parte de esos contratos mercantiles. Por otra parte, será más extenso en lo que concierne a los aspectos jurídico- privados de la empresa.