

## **DERECHO MERCANTIL ON LINE**

### ***TEMA 1: CONCEPTO, EVOLUCIÓN, CARACTERES Y FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.***

*Jesús Quijano González  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Valladolid*

**SUMARIO: I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO MERCANTIL ACTUAL. III. EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL. IV. LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.**

#### **I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL.**

Al igual que ocurre con las demás disciplinas jurídicas, también ésta que conocemos como Derecho Mercantil es un producto de la historia: el resultado de un conjunto de circunstancias que, en un contexto propicio, hacen aparecer un conjunto de normas que se hacen necesarias para regular con objetividad un sector de las relaciones jurídicas que se desarrollan en la sociedad; después, ese núcleo originario se va desarrollando y ampliando, se va perfeccionando técnicamente, extiende su influencia y su aplicación a diversos ámbitos, todo ello en un proceso de adaptación y diálogo con aquel sector de las relaciones que pretende regular y que justifica su existencia como rama jurídica diferenciada. Obviamente, esta evolución es compleja y de largo alcance temporal: a menudo, y especialmente en ciertas disciplinas, se prolonga durante siglos, atravesando periodos de mayor o menor intensidad renovadora, experimentando cambios más o menos profundos, reaccionando con mayor o menor prontitud a los acontecimientos y transformaciones de la realidad que constituye el objeto material de la disciplina jurídica en cuestión. Si ese sector de la realidad, en el que se establecen las relaciones jurídicas afectadas, es tan cambiante como lo ha sido a lo largo del tiempo el de la actividad económica, que es lo que constituye el sustrato material del Derecho Mercantil, la perspectiva histórica se hace imprescindible, tanto para situar su origen, como para percibir la orientación y el ritmo de su evolución.

En efecto, hay coincidencia general en la idea constatable de que el Derecho Mercantil, sin perjuicio de algunos antecedentes fragmentarios en épocas anteriores, que no llegaron a fraguar en un sistema de normas propio, empieza a configurarse como disciplina jurídica especial en un periodo de la **Edad Media (siglos X y XI)** que coincide con el asentamiento de colectividades humanas en las ciudades-estado de la época, fenómeno que emerge tras la crisis del modelo feudal que ocupó el territorio a la caída del imperio romano, y que se extendió, con sus peculiaridades y variantes, por el conjunto de Europa. En ese contexto, la necesidad y oportunidad del intercambio económico hizo que proliferaran con rapidez y pujanza sujetos que se dedicaban a realizar esa actividad. Iban y venían de un lugar a otro, traían y llevaban, compraban y vendían, pagaban y cobraban. Lo hacían por tierra y por mar, incluso con especial intensidad en este medio, en el ámbito del tráfico comercial marítimo en el Mediterráneo, donde ya había importantes

precedentes de largo tiempo. Se trata de los mercaderes de la época, figura verdaderamente clave para entender el fundamento originario del Derecho Mercantil, como disciplina reguladora de las relaciones profesionales que entre ellos iban estableciendo en el desarrollo de su actividad comercial.

El punto de partida es perfectamente comprensible: el marco jurídico entonces vigente (un “Derecho común” integrado por el Derecho Romano evolucionado, atravesado ya por reglas de un incipiente “Derecho canónico”) no era adecuado para la actividad realizada por los mercaderes, fuera entre ellos, fuera con otros “profesionales” (artesanos, cambistas, pequeños banqueros, etc.) que iban surgiendo en su entorno. Ese Derecho común, de base principalmente agraria, era demasiado lento y laxo, no proporcionaba en el cumplimiento de las obligaciones, ni en el tratamiento de la mora, ni en el transcurso de la prescripción, ni en la exigencia de responsabilidad, etc., el rigor y la certeza que requería la actividad de unos sujetos que comerciaban ajustando los tiempos de recepción y entrega de mercancías, de ingresos y gastos, de cobros y pagos como exigía la llevanza de un negocio con planificación y desarrollado en lugares distintos y alejados; más aún, en buena medida negaba legitimidad a una emergente actividad financiera que ofrecía rentabilidad a la práctica de depósitos y préstamos que iba permitiendo la acumulación de capital y al necesario cambio trayectivo de moneda para las transacciones que se realizaban en los lugares de encuentro de los mercaderes, lonjas, ferias y mercados.

De manera que estos mercaderes fueron sustituyendo reglas inapropiadas por otras, específicas y particulares, que convenían entre ellos para aplicarlas en sus relaciones profesionales, hasta configurar un auténtico “**ius mercatorum**”. Se trataba de reglas de conducta en el ámbito contractual que, de manera usual, se iban extendiendo de un lugar a otro, generalizándose en su aplicación reiterada en la actividad comercial y perfilándose técnicamente cada vez más, estandarizándose progresivamente; empezaban siendo “usos interpretativos” de la voluntad de las partes en la celebración de contratos, con invocación expresa en cada caso, alcanzarían luego el estatus de cláusula presunta o sobreentendida, sin necesidad de invocación expresa, a medida que se iban generalizando, y terminaban por aplicarse como norma objetiva (los conocidos “usos normativos”), ya sin apoyo en la voluntad, ni expresa ni presunta, de las partes. El poder económico, la influencia política y la estructura institucional de aquellas ciudades autónomas donde operaban los comerciantes, hicieron el resto: la pujanza de sus asociaciones profesionales, Gremios y Cofradías que controlaban el acceso monopolizado a la profesión; Tribunales de Comercio que aplicaban, interpretaban y fijaban el contenido de los usos, no sólo en las relaciones interprofesionales, sino también en las que se establecían con otras personas, clientes y consumidores del momento, no pertenecientes al colectivo; poderes públicos vinculados que acuñaban moneda y percibían alcabala, protegiendo y promoviendo la celebración de ferias y mercados periódicos, lugares y casa de contratación donde los comerciantes desarrollaran su actividad con garantías, en forma segura y ágil. Todo ello contribuyó decisivamente a la consolidación de la disciplina.

En efecto, el Derecho Mercantil se configuró en aquella primera etapa como un Derecho consuetudinario, compendio de usos comerciales, que se aplicaba a la actividad profesional de un grupo de personas, los mercaderes y asimilados que observaban esas reglas en sus relaciones económicas. Este sesgo de **Derecho especial propio de un grupo o clase**, delimitado, pues, con criterio subjetivo, para ser aplicado en su ámbito profesional, acompañaría al Derecho Mercantil durante largo tiempo; y hasta cabe decir que, por más que se hayan sucedido algunos notorios intentos de superar esa connotación

a lo largo de la historia, alegando el pernicioso efecto de un supuesto derecho de privilegio creado por un poderoso grupo de personas, los comerciantes, para aplicarlo entre ellos y extenderlo a otros, la configuración del Derecho Mercantil como Derecho básicamente privado y especial, vinculado con la actividad económica organizada, antaño de intercambio comercial, hoy de empresa en su sentido más amplio y comprensivo de actividades de producción, intercambio, prestación, financiación, etc., que se desarrollan en el mercado, permaneció y permanece, con formulaciones sucesivamente actualizadas, dando sentido y función a esta rama del ordenamiento jurídico.

Con el paso del tiempo, la formación de los Estados-Nación, con forma de Reinos y Monarquías absolutas que integraron aquellas ciudades medievales en unidades territoriales más amplias a lo largo de la denominada “Edad Moderna”, tuvo sobre el Derecho Mercantil una influencia más formal que material: el ejercicio de la soberanía normativa por parte del Monarca fue sustituyendo la base consuetudinaria por derecho escrito, ordenado y sancionado en textos (compilaciones, ordenanzas, partidas, partes especiales dentro de los fueros, etc.) que, en buena medida, recogían y consolidaban los usos de general aplicación en el Reino. El Derecho Mercantil de la época seguía siendo el mismo ordenamiento de la actividad profesional de los comerciantes, delimitado con aquel mismo criterio de tendencia subjetiva, ya que permanecía el entramado organizativo de Gremios y Tribunales que lo había impulsado, con tanta o mayor influencia político-institucional por el imprescindible servicio que ahora prestaba a la financiación de Reinos con expansión territorial y colonial creciente. Simplemente, iba cambiando la forma de manifestación, y con ella la jerarquía de fuentes, relegando parcialmente el uso en beneficio de las leyes y normas escritas.

Así ocurrió, hasta que la **Revolución francesa** trajo consigo la primera reacción contra lo que se percibía como significado del Derecho Mercantil del pasado: un Derecho de clase y de privilegio incompatible con los nuevos principios de libertad e igualdad. Se trataba de poner fin a los obstáculos que los gremios y las matrículas de comerciantes mantenían, para favorecer el control y el monopolio de la actividad comercial, afirmando la libertad de iniciativa económica, de profesión, de contratación, de competencia y de comercio, en definitiva. No se discutía la necesidad de regular la materia comercial con normas propias, pero era obligado hacerlo con otra perspectiva que no fuera la subjetiva del Derecho de un grupo de personas. Con ese afán de objetivación, los nuevos juristas de la Ilustración formularon la “**doctrina de los actos de comercio**”, que pretendía hacer del Derecho Mercantil una disciplina reguladora de una categoría de actos, que pudieran calificarse como “de comercio” con independencia de la naturaleza del sujeto que los realizara; tal categoría serviría, además, para delimitar la competencia jurisdiccional de los Tribunales de Comercio que, siendo como eran un símbolo de la concepción anterior, paradójicamente se mantenían como instancia de aplicación del nuevo Derecho transformado. Bajo esta orientación se elaboró el Código de Comercio francés de 1807, cuya influencia se extendió por Europa y Ultramar, a la par que se extendían las ideas de la Ilustración, los principios liberales y los modelos parlamentarios de organización política representativa.

Sin embargo, la aparentemente atractiva doctrina de los actos de comercio pronto empezó a ser objeto de crítica por su incapacidad para atribuir naturaleza a actos aislados, principalmente contratos en los que se terminaba exigiendo la presencia de un comerciante para concederles el carácter mercantil que les sujetara a la jurisdicción de esos tribunales de Comercio que se habían mantenido precisamente para conocer de ellos.

Estaba ocurriendo, además, que la Revolución francesa no sólo había producido efecto en lo social, en lo político, o en lo cultural; también lo había hecho en lo económico, y la formidable expansión de la **Revolución industrial** estaba poniendo de manifiesto formas de producción y de intercambio hasta entonces desconocidas. Frente a la pretensión delimitadora de los actos de comercio aislados, empezaba a abrirse camino una nueva propuesta alternativa, la de los “**actos en masa**”, como fenómeno del que surgían las relaciones jurídicas que el Derecho Mercantil venía regulando y que los nuevos hechos económicos habían transformado.

Este tránsito del comercio en sentido económico a lo que se llamó el “comercio en sentido jurídico”, concepto inclusivo de la industria, las finanzas, los servicios, a la vez que el intercambio comercial tradicional, se puso ya de manifiesto a finales del siglo XIX, cuando alguno de los Códigos de Comercio de estilo francés fue sustituido por un nuevo Código más acorde con los nuevos planteamientos, como lo hizo en Alemania el HGB de 1897. El paso siguiente era bien previsible: esa actividad económica en masa exigía una forma expansiva de organización de los medios para realizarla; exactamente lo que desde entonces se ha venido entendiendo como “forma empresarial”. La libertad de iniciativa económica se expresaba ahora como libertad de empresa; **la “empresa”, como actividad económica organizada de producción de bienes y servicios para el mercado**, se convertía en el punto de referencia nuclear del sistema de normas identificado como Derecho Mercantil; y el empresario, como sujeto protagonista, sucedía históricamente al comerciante, integrándolo en un concepto más comprensivo. Así lo plasmó el Código Civile italiano de 1942 y así se fue dando sentido a la legislación especial que tanto ha proliferado a lo largo del siglo XX con ese objetivo regulador de la actividad de empresa en el mercado.

Esa es, en síntesis, la última fase de la evolución del Derecho Mercantil que hoy conocemos; conectado siempre a la evolución de la actividad económica a lo largo del tiempo, su configuración actual integra esos tres elementos que dan sentido a su función ordenadora: un sujeto, el empresario; una actividad, la empresa; un ámbito en que el sujeto desarrolla la actividad, el mercado. De la integración armónica de esos tres elementos, vista siempre con perspectiva dinámica, resulta el concepto y la caracterización que seguidamente se sintetizan.

## **II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO MERCANTIL ACTUAL.**

En efecto, el Derecho Mercantil que se ha desarrollado a lo largo del siglo XX, llega hasta nuestros días bajo esa seña de identidad: Derecho que regula la actividad de los empresarios en el mercado; en suma, una rama autónoma del ordenamiento jurídico, diferenciada de otras pero en contacto con ellas, que presta atención al estatuto jurídico de esos sujetos, a sus deberes profesionales y de conducta, a sus formas organizativas, los instrumentos que utiliza, sean derechos, títulos o valores, a las relaciones jurídicas, principalmente contractuales, que surgen del desarrollo de su actividad. Sobre él se han proyectado un conjunto de fenómenos bien notorios, relacionados con la intervención del Estado en la economía, con la transformación del Derecho privado a causa de la generalización de formas económicas y de figuras jurídicas, con el creciente proceso de internacionalización y globalización, con la innovación tecnológica, con la aparición de nuevos intereses protegibles, especialmente de consumidores e inversores, con la descodificación y profusión de legislación especial sobre la empresa y el mercado, y hasta con el impacto de nuevas propuestas metodológicas, particularmente el “análisis

económico del Derecho”, que, por obvios motivos, han tomado la materia mercantil como uno de los campos preferentes de su planteamiento. Todos ellos han contribuido a renovar su contenido, a expandirlo a otros sectores que históricamente estaban excluidos de su ámbito, y, en suma, a hacerlo más dinámico y más complejo. Pero ese carácter de Derecho del tráfico económico, como concepto integrador de la empresa y el mercado, se ha afianzado como expresivo de la función propia del Derecho Mercantil en este momento de su evolución histórica.

Establecido así su concepto, la caracterización del Derecho Mercantil resulta de la acción conjunta de algunas notas especialmente significativas. Se trata, ente todo, de una rama especial y autónoma del Derecho privado, que se fue desgajando del tronco del Derecho común a lo largo de un proceso histórico de diferenciación progresiva en el que siempre estuvo presente la conexión con la actividad económica organizada como objeto material de su función reguladora; fenómeno éste compatible con una doble incidencia, pues, de un lado, algunos segmentos de lo que fue Derecho especial, contrapuesto al Civil, se fueron generalizando hasta “mercantilizar” figuras y relaciones jurídicas que sólo se muestran en la realidad en forma empresarial, y, de otro, la intensidad con que determinados sectores económicos fueron siendo afectados por objetivos y técnicas de supervisión y regulación desde el ámbito público, configuró un espacio compartido de “constitución económica” en que el Derecho Mercantil, centrado en las relaciones jurídico-privadas, convive con reglas del Derecho Público, particularmente del Derecho Administrativo Económico.

También el Derecho Mercantil se ha caracterizado por una tendencia expansiva notable, que iba añadiendo a su ámbito de aplicación, con mayor o menor amplitud, sectores y actividades que en otros momentos estuvieron excluidos, pero que fueron adoptando formas empresariales en su organización o en su actividad; los ejemplos de la agricultura, la ganadería, o la pesca, de determinados profesionales o artistas, etc., son tan curiosos como relevantes. En otro sentido, la tendencia expansiva también se expresa en la dimensión internacional que siempre acompañó al Derecho Mercantil desde sus orígenes y que, en época más reciente, en un contexto de globalización económica, de desarrollo tecnológico y de facilidad en las comunicaciones, ha fomentado espacios de unificación jurídica interterritorial, aumentando la pujanza de la “lex mercatoria” en ciertos ámbitos y materias, si bien no exentos de episodios de “renacionalización” y de competencia normativa y reguladora entre Estados.

Finalmente, el Derecho Mercantil del presente se ha venido caracterizando por una acusada proliferación de legislación especial, variable, volátil, dispersa y fragmentaria con frecuencia, en vivo contraste con lo que fue el ideal de la codificación con pretensión de vigencia estable por tiempo indefinido. Es cierto que no han faltado experiencias reformadoras y de actualización de Códigos, e intentos de recodificación o de nueva codificación con bases renovadas, también en España, como se indicará; pero lo es también que esas iniciativas no siempre han prosperado y que la balanza normativa está actualmente un tanto desequilibrada a favor de la legislación especial, lo que a menudo plantea problemas de vigencia, interpretación, aplicación, certeza y seguridad jurídica.

Con todo, el Derecho Mercantil, ya desde hace tiempo, mantiene un perímetro razonablemente delimitado y consolidado, en el que se alinean el estatuto del empresario, el Derecho registral y contable, el Derecho de la Competencia, el Derecho de la Propiedad Industrial, el Derecho de Sociedades, el Derecho de la contratación mercantil, con especial atención a sectores con creciente identidad (la distribución, el transporte, el

mercado de valores, los contratos bancarios, el seguro), el Derecho de los títulos y valores, el Derecho Concursal, aunque ya no sea privativo, pero sí preferente, de los empresarios, y el Derecho marítimo y aéreo, principalmente en su vertiente comercial y empresarial. Alguno de estos sectores mantiene una tradicional pretensión de autonomía, con sólido fundamento (el ejemplo del Derecho Marítimo es bien evidente), que puede ser compatible con la visión de conjunto que proporciona la relación histórico-científica con el resto de la materia. Baste, pues, esta indicación del contenido para percibir el alcance real de una disciplina jurídica que nunca dejó de crecer, con más o menos prontitud, a medida que crecía la materia regulada; una disciplina, también, relacionada con otras que inciden en otras perspectivas de la empresa (el Derecho del Trabajo, el Derecho Fiscal y Financiero, el Derecho Administrativo, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Penal Económico, además, obviamente, del Derecho Civil), con las que se produce un rico y útil intercambio de conceptos y experiencias.

### III. EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL.

Simplificando al máximo las referencias particulares, cabe decir que el Derecho Mercantil español nació y creció en un contexto similar al que se ha expuesto con carácter general durante la Edad Media y la Edad Moderna, y experimentó un proceso de evolución igualmente equiparable, al menos hasta el momento de la Codificación. Ocurrió entonces que los impulsos renovadores en lo jurídico de la Ilustración penetraron aquí de forma incompleta, al menos, aunque no solo, en lo que al Derecho Mercantil se refiere. El **Código de Comercio, de Sainz de Andino, elaborado en 1829**, tomaba modelo del Código francés, atribuyendo a los actos de comercio la función de delimitar la jurisdicción de los Tribunales de Comercio que entonces existían, pero no concedía a tal opción conceptual un papel tan sustancial para la delimitación del Derecho Mercantil como disciplina especial. Se era comerciante “teniendo por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundado en él su estado político”; así dicho, se recogía uno de los emblemas de la modernidad de entonces, símbolo de la libertad profesional y de comercio. Pero ese artículo primero del Código decía por delante que para ser reputado en derecho comerciante era necesaria la “inscripción en la matrícula de comerciantes”, símbolo, a su vez, del antiguo régimen, como manifestación que era del control y el monopolio que los gremios venían ejerciendo sobre la actividad mercantil. De manera que aquel Código se situaba a mitad de camino: Derecho de actos de comercio para el conocimiento de los Tribunales especiales; Derecho de comerciantes, incluso lleno de matices subjetivos en la atribución de mercantilidad a los actos, para todo lo demás.

Bien mediado ya el siglo, los postulados de la Revolución liberal, la “Gloriosa”, de 1868 dieron al traste con los Tribunales de Comercio, por medio del llamado “Decreto de unificación de fueros”, dejando inservible la doctrina de los actos de comercio que les proporcionaba competencia jurisdiccional, por lo que el Código del 29 perdió el elemento modernizador de la época y quedó convertido en un Código del pasado, un compendio de normas propias de un grupo de persona, a las que se consideraba jurídicamente privilegiadas y poderosas; un Derecho de base subjetiva, en suma. De modo que pronto se planteó la necesidad de sustituirlo por un Código nuevo, que, sin la necesidad de dar competencia a unos Tribunales que ya no existían, abrazara de lleno la doctrina de los actos de comercio con la finalidad directamente sustancial de delimitar la materia propia del Derecho Mercantil. Así lo proclamó el emblemático artículo 2 del **Código de Comercio de 1885**, con la referencia a los “actos de comercio, sean o no comerciantes

los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código”, tal vez la expresión más acabada de la nueva doctrina en los Códigos de Comercio de la época. Lo hacía, además, ya cercano al final del siglo, cuando en otros países europeos se preparaban Códigos renovados, no de actos de comercio aislados, sino de actividad mercantil en masa, avistando la perspectiva de la empresa en el contexto industrial y financiero en proceso de desarrollo.

Aquel Código de 1885 permanece hoy en vigor; sus autores, que tal vez estuvieron más preocupados de arrumbar el precedente de 1829 que de atender a las nuevas orientaciones del momento, tuvieron también la intuición de que no debían vincular de manera total e irreversible el Código con los actos de comercio, y dejaron abiertas algunas ventanas a la posteridad; así la referencia a “cualesquiera otros actos de naturaleza análoga”, en el artículo 2, o la asimilación de “compañías mercantiles e industriales”, en el artículo 1, o la frecuencia con que la mercantilidad de los contratos no dependía de la naturaleza objetiva del acto, sino de la presencia de un comerciante, lo que permitiría relacionar lo mercantil con la actividad reiterada de un sujeto que adquiere la condición de comerciante, y luego de empresario, por realizar en nombre propio esa actividad económica, habitual y organizada de producción de bienes y servicios para el mercado.

Esas vías de interpretación y relectura del Código del 85 permitirían darle cierta validez en los nuevos tiempos, en los que la “doctrina de la empresa” impregnó ya con asiduidad y claridad el formidable proceso de legislación mercantil especial, que en algunos casos fue vaciando, amputando y reformando partes del Código, pero que, sobre todo, inundó todos los sectores de la actividad económica con disposiciones de referencia, unas imperativas, otras dispositivas, según el ámbito y la finalidad, para la configuración del Derecho Mercantil en la actualidad. De modo que el Derecho Mercantil español del siglo XX se construyó, con algo de retraso, con las conocidas incidencias políticas, y con más o menos deficiencias técnicas, pero con los mismos elementos que configuraban el Derecho Mercantil del continente; esto es, el empresario, la empresa, el mercado, bien visibles, en general, y en forma más o menos explícita, en la abundante legislación que se fue acumulando y que permanece, generalmente reformada y actualizada.

Algunos principales acontecimientos contribuyeron en ese tiempo a la configuración del Derecho Mercantil español que hoy conocemos. Por un lado, la **aprobación de la Constitución de 1978**, que, además de los cambios políticos que supuso, proporcionó un marco del máximo nivel para la materia mercantil con una importante aportación de “constitución económica” en su contenido, donde los principios de “libertad de empresa” (artículo 38), y sus límites, y de “iniciativa pública en la economía”(artículo 128), y los suyos, junto con una expresa mención a la “economía de mercado” como contexto, proporcionan las bases para un modelo equilibrado de desarrollo de un Derecho de la empresa sensible a un conjunto plural de intereses en presencia, sean empresarios, trabajadores, inversores, pequeños accionistas, consumidores, proveedores o financiadores. También la norma constitucional asignó en exclusiva al Estado la competencia para producir “legislación mercantil”, lo que ha necesitado de frecuentes pronunciamientos aclaratorios del Tribunal Constitucional, con singular incidencia en materia de fuentes, como luego se indicará.

Otro acontecimiento relevante, por lo que significa en sí mismo, y por el fabuloso impacto en la materia mercantil, es, sin duda, la **adhesión de España, a partir de 1986, a la Comunidad Económica Europea de entonces, hoy Unión Europea**. En la misma en que la implantación del mercado único y la aplicación de las libertades de

establecimiento y de circulación de mercancías, capitales y personas, requería remover obstáculos y crear condiciones de homogeneidad en el espacio económico compartido, el movimiento normativo, tanto de elaboración de Derecho de aplicación directa, por Reglamentos, como de armonización de los Derechos nacionales, por Directivas, ha sido particularmente intenso en lo que atañe al Derecho Mercantil, por obvias razones de conexión con la actividad económico-empresarial. La incorporación del acervo comunitario acumulado en el momento de la adhesión, y la incidencia, ya como Estado miembro, del Derecho comunitario producido posteriormente, ha motivado una amplia renovación legislativa del que ninguna de las materias mercantiles ha quedado exenta; bastaría un simple cotejo de las fechas de procedencia de las leyes más significativas en este ámbito jurídico (competencia, propiedad industrial, sociedades, contratos, valores, etc.) para comprobar hasta qué punto el Derecho Mercantil español ha recibido la influencia de la normativa comunitaria, cuantitativa, desde luego, pero más aún cualitativa, por la orientación general de esta normativa en un marco matizado de libertad de empresa, de contratación y de competencia, como el que inspira los Tratados que han ido construyendo la Unión Europea, aún con avances y retrocesos, como es bien conocido.

Hay que mencionar finalmente el importante esfuerzo renovador del Derecho Mercantil español que, aún sin concluir, supone la elaboración de un **Anteproyecto de Código Mercantil** del presente, que la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación preparó en 2014 y revisó en 2018, teniendo en cuenta las observaciones del dictamen del Consejo de Estado y los cambios en materias codificadas que se produjeron entre tanto. Se acoge en su artículo 001-1 una concepción amplia e integradora del Derecho Mercantil (“En el marco constitucional de la economía social de mercado, el presente Código contiene las normas mercantiles que regulan el mercado de bienes y servicios en todo el territorio español, el estatuto de las personas incluidas en su ámbito y las actividades desarrolladas en el mercado”), que inmediatamente se extiende a la definición del ámbito subjetivo de aplicación, con un concepto de empresario en el que caben personas físicas que ejercen una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, con inclusión expresa de la agricultura y la artesanía, personas jurídicas, por razón de su objeto, y sociedades mercantiles, por razón de la forma, y también del ámbito objetivo, igualmente expansivo, donde se comprenden actos y contratos en los que interviene un empresario, ya que pertenecen a su actividad, u otros grupos de “operadores del mercado”, singularmente personas jurídicas que realizan actividad económica, aunque no sea empresarios, además de personas físicas que ejercen actividad profesional intelectual, científica, liberal o artística, en el mercado, o, finalmente, actos calificados como mercantiles en el propio Código y actos de competencia en el mercado, siempre con la advertencia de que, si en esos actos o contratos, interviene un consumidor la aplicación de las normas mercantiles ha de hacerse sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores, como también de la legislación laboral, en su caso.

#### **IV. LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.**

En la tradición jurídica de occidente existió siempre la convicción de que una disciplina jurídica que pretendiera afirmarse como autónoma o independiente, respecto del tronco común del que procedía, debía tener un sistema de fuentes propio; obviamente, de fuentes

en el sentido de manifestación externa de una jerarquía normativa, no tanto en el de fuentes de producción, para el que se admitía, sin perjuicio de matices particulares, la misma procedencia de quien tuviera capacidad legítima de creación de normas objetivas. Dicho en otros términos, el primer requisito, y la más esencial prueba de autonomía, sería esa, la disposición expresa, válida, eficaz y útil de un sistema de fuentes de aplicación.

A tal tarea se aplicó el artículo 2 del Código de Comercio, recogiendo la orientación tradicional de prioridad de las fuentes propias, con inestimable apoyo en el hecho de que, cuando se elaboró aquel Código de 1885, no estaba aún en vigor un Código Civil que interfiriera con un sistema de fuentes general, al menos para el conjunto del Derecho Privado. En efecto, el artículo 2 dejó establecido un sistema de fuentes propio del Derecho Mercantil, con la finalidad de aplicarlo a “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código”: esos actos se regirían por las disposiciones establecidas en el propio Código; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Se trataba de un sistema obviamente concebido para una disciplina jurídica especial en la que sus propias fuentes, con jerarquía normativa entre ellas, pues el Derecho escrito en el Código precedía a los usos mercantiles, tenían preferencia respecto del Derecho común, que ocuparía la tercera posición en el orden jerárquico, entrando en aplicación más como Derecho supletorio cuando faltara el propio, que como verdadera fuente de conocimiento del Derecho Mercantil en sentido estricto. Tal sistema se presentaba, además, como general para el conjunto de la materia, entendida entonces como “actos de comercio” en sentido amplio, fueran los previstos de manera expresa en el Código, o los asimilados por la analogía que se invocaba en el precepto; pero eso no impidió que algún sector de tal materia tuviera una suerte de subsistema de fuentes particular, como sucedía en los contratos de comercio, donde el artículo 50 colocaba al Derecho común como inmediatamente supletorio del Código y de las Leyes especiales que regularan el contrato, sin mención de los usos de comercio, precisamente tan vinculados históricamente a la contratación mercantil, lo que exigía una interpretación coordinada de ambos preceptos para evitar disparidades no razonables en el sistema.

La fórmula del artículo 2 ha permanecido en el tiempo, hasta el punto de que la previsión del Anteproyecto de Código Mercantil, en su artículo 001-4, tras afirmar la primacía de lo especial frente a lo general (“en las materias mercantiles que se rijan por legislación específica en razón de la naturaleza de la persona o de la actividad, serán de aplicación supletoria las disposiciones de este Código”), mantiene aquel orden jerarquizado de fuentes con notable simplicidad: “a falta de normas de este Código, se aplicarán los usos de comercio y, en su defecto, las normas de la legislación civil, según su sistema de fuentes”, lo que suponía un reenvío de la supletoriedad al sistema común (ley, costumbre, principios generales del Derecho), previsto en el artículo 1 del Código Civil.

Así configurado el sistema de fuentes del Derecho Mercantil, es evidente que su alcance necesita hoy una relectura que lo actualice, teniendo en cuenta que las condiciones en que se plasmó han experimentado notables variaciones.

En lo que atañe a la fuente de primer grado, el Derecho escrito, es claro que, cuando se redactó, el Código de Comercio representaba la universalidad normativa del momento, omnicompreensivo de la materia mercantil, y eso le otorgaba la primacía jerárquica en exclusiva. A medida que su territorio fue siendo compartido u ocupado por legislación mercantil especial, en el sentido más amplio de norma escrita de cualquier rango, ya formara parte de una disposición mercantil al completo, ya se encontrara inserta en una

disposición de otra naturaleza, siempre teniendo en cuenta la mercantilidad de su contenido por referencia a la actividad de empresa, no ofrecía duda que todo ese conjunto debía colocarse en el mismo nivel del Código, también como fuente de primer grado. Tampoco ofrece duda que ese espacio de preferencia aplicativa se ha hecho formalmente complejo en tanto que la procedencia de las normas jurídicas introduce, a su vez, otros criterios de ordenación y de vigencia: así, hay que considerar en este ámbito el Derecho comunitario, sea el originario de los Tratados, sea el derivado de Reglamentos, especialmente éste por su aplicación directa, Directivas, Recomendaciones y Resoluciones, jurisprudencia del TJUE, u otros instrumentos; en el Derecho interno, la atribución constitucional de competencia exclusiva al Estado para producir legislación mercantil, hace que la legislación estatal ocupe el lugar preferente; pero eso no descarta, ni mucho menos, que de las competencias asumidas en sus Estatutos por las Comunidades Autónomas derive también normativa de incidencia mercantil en muchos ámbitos. El criterio con que el Tribunal Constitucional ha deslindado los espacios competenciales (simplificadamente, las relaciones jurídico-privadas son legislación estatal, la ordenación administrativa de sectores económicos atribuidos puede ser legislación autonómica), sin perjuicio de la incidencia de otras técnicas de legislación básica y de desarrollo normativo o de ejecución, legislación de armonización, competencias delegadas y compartidas, etc., ha tenido cierto efecto clarificador en este aspecto, pero no deja de suponer un factor de complejidad en la estructura normativa, especialmente en alguna materias (comercio, consumo, competencia, propiedad industrial, cooperativas, transporte, actividad financiera, etc.) que, por estar relacionadas con la ordenación de la economía, tienen una indudable incidencia mercantil.

El recurso a los usos mercantiles como fuente de segundo grado plantea, igualmente, algunos problemas tradicionalmente polémicos. Ha de tratarse de usos verdaderamente normativos, y no meramente interpretativos de la voluntad de las partes, lo que exige una prueba añadida de su vigencia, como hecho fáctico reiterado que son, con repetición duradera y estable y con conciencia de obligar, si bien la prueba puede estar facilitada por jurisprudencia o por compilaciones que los reconozcan. Deben ser usos “generalmente observados en cada plaza”, lo que remite a la clasificación por el ámbito territorial de vigencia del uso, lo que también puede facilitarse como requisito de aplicación, entendiendo que un uso de nivel superior (comarcal, regional, nacional) se presume observado en cada lugar de ese ámbito.

Pero, ante todo, debe haber “defecto de ley” como presupuesto básico de aplicación, lo que exige resolver algunas cuestiones no siempre sencillas: así, no hay cuestión si la ley es imperativa, e incluso si se puede aplicar por analogía con preferencia al uso, pues eso sigue siendo aplicación válida, y no defecto, de ley; pero es aceptable que las partes invoquen la aplicación preferente de un uso si la norma existente es dispositiva, como frecuentemente ocurre en el sector de los contratos. Más duda ofrece el supuesto en que, no habiendo ley mercantil, sí la hay civil, sobre todo si es de carácter imperativo, pues ahí estaría el límite del sistema especial de fuentes, en un conflicto que difícilmente tiene solución general; habría que examinar el caso concreto para valorar la aplicabilidad directa de una u otra fuente, sin descartar la preferencia del uso mercantil sobre la ley civil en algunos ámbitos, siempre que no se trate de un uso manifiestamente contrario, tomando en consideración la vieja distinción entre los “usos secundum legem y contra legem” que resolvía conflictos de esta naturaleza, y admitiendo que, en el ámbito contractual, la omisión de los usos en el artículo 50, junto a la mención expresa del

Derecho común, inclina la balanza hacia la preferencia por la ley civil, y con más claridad si es norma imperativa, pues, ante ley dispositiva, vale lo ya afirmado respecto a la invocación del uso por la voluntad y el acuerdo de las partes.

Por lo demás, y por mucho que pueda parecer que los usos son más un vestigio del pasado que una variante normativa del presente, hay que recordar que su importancia histórica (el “*ius mercatorum*” fue durante mucho tiempo Derecho consuetudinario por acumulación de usos comerciales) y su pervivencia en algunos sectores en especial (en el comercio, incluso en el ámbito internacional, en la contratación bancaria y bursátil, en transacciones diversas, etc.) es cierta y amplia; con frecuencia esos usos se han transmutado, con versión escrita y formalizada, en normas positivas, en cláusulas contractuales, o en condiciones generales de la contratación, lo que no debe hacer olvidar su origen y su significado histórico a la hora de precisar su contenido o de interpretarlo cuando sea necesario.

Finalmente, la aplicación del Derecho común, como fuente de tercer grado, pero en calidad de Derecho supletorio, remitía al Derecho Civil del momento en que se aprobó el Código de Comercio, cuando todavía no estaba elaborado el Código Civil. Aprobado éste, su función central como Derecho común supletorio está fuera de duda; como también lo está la integración en esa categoría de los Derechos civiles forales, allí donde existen y rigen, teniendo en cuenta sus reglas propias de aplicación, y su relación con el Código Civil como Derecho civil común. Con independencia de los aspectos polémicos que puedan plantear las Compilaciones forales en determinadas materias, parece evidente que su reconocimiento y protección constitucional (el artículo 149, 1, 8º de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas su conservación, modificación y desarrollo, con los límites que allí se indican, con especial significado de “las bases de las obligaciones contractuales”) contribuye a afirmar su función integradora principal de la categoría jurídica del Derecho común territorial, en tanto contenga norma aplicable y haya ausencia de ley mercantil y, con los matices indicados, de usos mercantiles.

Más allá del sistema clásico de fuentes hasta aquí descrito, no cabe obviar, aunque no pueda ser objeto de mayor tratamiento aquí, que determinados asuntos de tradicional discusión en la materia, como también determinados fenómenos más recientes, plantean cuestión: es el caso del valor de la jurisprudencia, razonablemente aclarado en el Título preliminar del Código Civil, como también lo está el valor de los Tratados y Convenios internacionales; o el de la doctrina registral, de tanta incidencia en el ámbito mercantil, especialmente en el societario; o incluso el de los laudos arbitrales, compendios de reglas emanadas de instituciones internacionales en materia mercantil, etc. De manera singular, en fin, es el caso de dos fenómenos de particular importancia en sector de los contratos, como son las condiciones generales de la contratación y las llamadas “relaciones contractuales de hecho”; cabrá, en ambos casos, negar su carácter de fuente de derecho y de norma objetiva, con suficientes argumentos de naturaleza y procedencia, lo que no obsta al reconocimiento de su papel fundamental en el contexto de la contratación moderna, tanto en forma presencial como a distancia, en el comercio tradicional y en el comercio electrónico, sin perjuicio de las exigencias particulares en cada caso.

-----