

## TEMA 1. FORMACIÓ HISTÒRICA DEL DRET MERCANTIL. CONCEPTE I FONTS. CONSTITUCIÓ ECONÒMICA

**SUMARI:** 1. *El dret mercantil com a categoria històrica. Concepte i contingut actual.* 2. *Constitució econòmica. Unió Europea.* 3. *Fonts del dret mercantil.* 4. *La jurisdicció especialitzada. Els jutjats mercantils.*

Prof. Dra. María de Lourdes Ferrando Villalba

### 1. El dret mercantil com a categoria històrica. Concepte i contingut actual

El punt de partida en la delimitació dels contorns del dret mercantil sol ser la seua configuració com a categoria històrica, és a dir, el fet que va nèixer com a resposta a unes necessitats socials sorgides en un moment històric determinat, inexistents anteriorment. Com altres parcel·les del dret privat, sol predicar-se del dret mercantil que és un concepte que canvia amb els temps.

Per això, cal partir del caràcter relatiu del concepte de dret mercantil, que és essencialment històric, existencial i contingent. Això no implica que no hi haja un substrat conceptual comú i uniforme en la idea dret mercantil, sinó que, per a definir-lo, cal recordar Girón, per a qui “el concepte del dret mercantil no és un concepte jurídic que és, sinó un concepte jurídic que està sent constantment”, donant així raó de la seua historicitat i continua evolució.

#### A) Naixement i evolució del dret mercantil

El dret mercantil, com a conjunt d’institucions especials vinculades al tràfic comercial, sorgeix com a dret especial a la baixa edat mitjana, per a satisfer les exigències d’una determinada classe de subjectes –els comerciants– que no trobaven en les normes vigents del dret comú les respostes adequades a les especials necessitats del tràfic econòmic a què es dedicaven.

En efecte, encara que ja a l’època de Roma va existir un comerç puixant i, en conseqüència, disposicions que regulaven els possibles conflictes que s’hi podien ocasionar, s’ha dit que no existia un dret mercantil com a cos tancat de disposicions normatives. La romanística moderna ha destacat l’existència d’institucions que servien d’una manera exclusiva al tràfic mercantil en aquella època. El que no reconeixem és una separació legal, els materials jurídics del sector comercial no es reuneixen en un cos separat del dret privat general. La flexibilitat, tant de les institucions jurídiques d’aquesta època com de la seua aplicació pel pretor, va possibilitar que l’adaptació del

*ius civile* a l'activitat comercial fera innecessària la creació d'un altre conjunt normatiu per als comerciants. Aquesta flexibilitat del dret comú desapareix en l'edat mitjana i el fa menys apte per a donar una resposta oportuna a la nova classe de mercaders, actors de la nova economia urbana.

Aquest procés es va anar forjant després de la desaparició de l'imperi romà, a l'Occident europeu i durant l'alta edat mitjana, període al qual es generalitza l'anomenat sistema feudal, caracteritzat per adoptar una organització política, socioeconòmica i jurídica basada en relacions d'interdependència personal entre el poder polític dels monarques, atomitzat i descentralitzat, i el del senyor feudal, així com en les relacions personals i territorials entre aquest últim i els habitants del feu. L'estructura política descansa, per tant, en una diversitat de centres de poder autònoms al voltant de les grans propietats rústiques, mentre que l'estructura econòmica es veu pràcticament limitada al sector de les activitats agràries orientades a fins de subsistència, les institucions jurídiques d'índole servil (cens, parceria, etc.) obstaculitzen l'aparició d'un marc propici per al desenvolupament de les noves activitats comercials.

A partir del segle XI, l'alliberament progressiu dels feudataris va conformant una civilització urbana en què renaixen de mica en mica les activitats artesanals orientades al mercat i, guiades per aquestes, les activitats comercials. En aquest moment històric coexisteix, en clar contrast, una incipient mentalitat urbana d'esperit obert i una mentalitat agrària marcadament tancada. Els artesans i, en particular, els mercaders van creant llaços associatius d'índole corporativa que es converteixen per aquesta via en un estament dotat d'un fort poder polític, econòmic i social en el marc de l'anomenada revolució comercial dels segles XII i XIII. Els gremis de mercaders accedeixen al poder comunal primerament a les ciutats estat italianes i després als burgs flamencs i germànics fins a la generalització europea del fenomen. A aquesta generalització ajudarà la presència, com a mínim, des del començament del segle XIV, de mercaders castellans, aragonesos o francesos.

Cal destacar que els gremis de mercaders i les ciutats comercials van arribar en l'apogeu a monopolitzar el tràfic, predominantment marítim. Els intercanvis s'efectuaven en mercats locals rigorosament reglamentats en protecció del comerciant i en fires internacionals desregulades més adequades al gran tràfic interlocal.

Les notes que en un primer moment caracteritzen aquest conjunt normatiu són l'autonomia i la uniformitat. L'autonomia, tant en el terreny de les fonts com de la jurisdicció, deriva del seu origen consuetudinari. Els mateixos mercaders van crear el dret a través de la generalització dels seus usos i costums (dret estatutari). Posteriorment, moltes d'aquestes normes van ser recollides en col·leccions

i recopilacions, com ara el *Llibre de consolat de mar* a València o Barcelona, o els *Rôles d'Oleron*, o les *Ileis de Visby*). No obstant això, el contingut d'aquest *ius mercatorum* no es trobarà només en el dret estatutari de les ciutats, sinó també en els documents i formularis notarials i en les decisions adoptades per la jurisdicció especial mercantil.

L'autonomia en el pla jurisdiccional es plasmarà en els tribunals corporatius o consolats, mentre que el dret de producció autònoma s'aplica per tribunals integrats per mercaders i constituïts en el si de la corporació que interpreten l'abast dels usos i dels normes estatutàries en un marc processal més simplificat.

El criteri delimitador de la competència processal és en aquest moment subjectiu i professional. Subjectiu perquè en una primera època només s'aplicarà als comerciants inscrits en la matrícula de la corporació. I professional perquè la jurisdicció especial només coneix de causes referents a l'exercici de l'activitat mercantil.

En un moment ulterior es produeix l'expansió de la competència dels tribunals consulars, com a conseqüència del poder social i polític de les corporacions, en funció de la mercantilitat dels negocis, tant pel que fa a comerciants no inscrits en la matrícula com a no comerciants en les seues relacions amb comerciants per raó del tràfic (*actes mixtes o unilateralment mercantils*, en què tan sols una de les parts posseeix la condició de comerciant).

Quant a les fonts del dret mercantil de l'època, són reflex de la diversitat i la dispersió dels centres de producció normativa, de manera que aquest sistema és trobava configurat amb normes de naturalesa pública o normes heterònomes emanades del poder públic (senyor feudal, ciutats), entre les quals destaquen la disciplina de fires i mercats –allò que des d'un perspectiva actual en diríem dret administratiu econòmic– i els estatuts de les ciutats que contenen normes d'organització i sancionadores, així com normes autònomes basades en el poder de les corporacions de mercaders (*lex mercatoria*) o dret mercantil de l'època, que eren fixades per escrit en recopilacions, incorporades als estatuts dels gremis de mercaders i reproduïdes en els estatuts comunals (estatuts de les ciutats italianes, *Llibre dels costums de Tortosa* –segle XIII– i ordenances dels consolats de Burgos, Bilbao i Sevilla –segle XV–, entre altres). A la seua consolidació i definitiva conformació va contribuir decisivament la recopilació de la jurisprudència dictada per la jurisdicció consular.

En conseqüència, se sol considerar que el primitiu *ius mercatorum* és un dret propi d'una categoria social diferenciada –els comerciants–, però limitat en l'aplicació a l'activitat professional d'aquests. Es tracta d'un dret professional dels comerciants relatiu a la seua activitat per raó d'ofici o professió, és a dir, aplicat, no a totes les relacions en què intervinguen mercaders, sinó tan sols a les que tinguen l'origen en operacions mercantils.

## B) El dret mercantil en l'edat moderna

El dret mercantil, el naixement del qual hem fixat en la baixa edat mitjana, va ser objecte d'una gran evolució que va arribar fins a l'època de les codificacions. En aquest període, que comprèn el Renaixement i l'edat moderna, es donen grans transformacions juridicopolítiques i econòmiques que tindran una influència evident i decisiva en la formació de la nostra disciplina. Aquestes característiques, uniformitat i autonomia, desapareixeran gradualment, però, amb la consolidació del poder de l'estat i la imposició de la llei com a font de dret durant l'edat moderna.

Aquest període (que va de la fi del segle XV –per a alguns és la caiguda de Constantinoble, l'any 1453, l'esdeveniment que en marca l'inici, mentre que per a altres ho és el descobriment d'Amèrica el 1492– a la Revolució Francesa de 1789) està marcat irremeiablement, al seu inici, per un desplaçament del trànsit marítim des de la Mediterrània fins als territoris d'ultramar i a la mar del Nord, el qual implicarà el desenvolupament cap a formes jurídiques més complexes que permeten iniciatives comercials de major envergadura. D'altra banda, es localitzen als centres de la vida econòmica a l'Europa occidental (Espanya, França, Anglaterra i Holanda).

Durant aquest temps, l'ideari renaixentista erosiona els fonaments medievals, i la reforma protestant provoca una profunda revisió de la doctrina escolàstica de la usura, legitimant moralment les activitats comercials i empresarials guiades per l'ànim de lucre. En el procés d'uniformitat nacional i de conversió del dret mercantil de consuetudinari en legislat, influeix poderosament la *ideologia mercantilista*. Amb el nom de mercantilisme es coneix la política econòmica fortament intervencionista practicada pels estats nacionals europeus a partir del segle XVI i fins a l'adveniment de la Revolució Francesa, caracteritzada per la promoció pública de l'activitat comercial com a font de riquesa per al poble. Cap a l'interior, la política mercantilista va procurar la formació d'un mercat nacional, per eliminar barreres i el poder dels municipis sobre el comerç local, i buscar la unificació de la seua regulació jurídica. Cap a l'exterior, però, l'objectiu era marcadament proteccionista.

L'afirmació de la sobirania absoluta i dels estats nacionals comporta una nova ideologia politicosocial que utilitzarà la llei com a instrument de centralització i unificació del poder. La progressiva evolució cap a l'estat nació, amb l'adveniment de l'absolutisme en les monarquies espanyola, francesa, anglesa i holandesa, es veu reforçada gràcies a l'auxili que la burgesia va prestar a la corona per erradicar el poder territorial feudal; el preu no és altre que l'accés dels membres d'aquella a l'alt funcionariat en detriment de la noblesa, fet que va convertir els comerciants en una mena d'aristocràcia urbana o burgesa.

En aquest període, l'auge de les ciències experimentals, així com de l'astronomia, provoca un avanç tecnològic creixent d'una transcendència comercial enorme –mitjans de comunicació i de transport més ràpids i segurs– i en menor grau industrial, excepte a Anglaterra on, per exemple, tenen lloc les primeres manifestacions legals de caràcter privilegiat destinades a tutelar els béns immaterials de la propietat industrial i intel·lectual tant en el vessant personal com patrimonial.

Finalment, en el pla socioeconòmic, el règim apareix configurat amb l'adopció d'una política, com dèiem, rígida i intervencionista, orientada a l'enriquiment de l'estat. Les seues principals manifestacions són l'adopció d'una sèrie de mesures no sistemàtiques, orientades predominantment a l'acumulació d'or i plata *in natura* o amonedats, la creació de bancs, o l'evolució de les borses. Però, en particular, es fomenta el comerç ultramarí d'exercici públic directe, sia recurrent a l'estalvi privat a través de concessions monopolistes a empreses públiques de capital mixt –companyies colonials– (mercantilisme francès, anglès, espanyol i holandès) o bé preferentment mitjançant el foment de la producció (cameralisme alemany i austríac). És important destacar el naixement durant aquest període del que és considerat el primer antecedent d'una de les institucions mercantils més importants dels segles venidors, és a dir, la societat anònima. Així, el 1602 es crea a Holanda la Companyia de les Índies Orientals, amb l'objecte de captar fons de petits inversors per a iniciar i desenvolupar el comerç colonial a gran escala.

És en aquesta l'època de les recopilacions, conseqüència de la vocació unificadora de l'estat modern, que es fa necessària la ratificació de l'estat com a conseqüència de l'assumpció per l'estat de la funció legislativa. Com a exemple d'això es poden citar les ordenances franceses dictades per Lluís XIV per a regular el comerç, de 1673, i la marina, de 1681. Les ciutats de Burgos, Sevilla i Bilbao van publicar les seues ordenances.

Tot i la importància del fenomen, és comunament admès que aquest procés no implica més que una modificació formal de sistema de fonts, ja que des del punt de vista del contingut, els canvis són mínims; es tracta només de recopilacions que recullen el dret elaborat pels comerciants en el seu tràfic.

En l'esfera institucional prossegueix el procés d'especialització de les activitats mercantils, en què es marca cada vegada més clarament la divisòria entre activitat comercial i activitat financera i de serveis.

Respecte a la jurisdicció mercantil especial, té lloc un debilitament de l'autonomia que va caracteritzar aquesta figura en fases històriques precedents. Així, en els tribunals consulars especials subsisteixen, i fins i tot la seua competència tendeix a ampliar-se, si bé queden adscrits formalment al rei, en nom del qual imparteixen ara

justícia. Finalment, sí que seran els tribunals estatals els encarregats d'aplicar les lleis mercantils, fet que es produeix primerament a França i Alemanya, i en un moment ulterior al nostre país.

En l'edat moderna, el dret mercantil continua, doncs, sent subjectiu en la tècnica de delimitació, però el més rellevant és l'activitat exercida (el comerç) i no la persona que el realitza. La nostra disciplina es configura com a dret dels comerciants en el seu tràfic.

Aquest període és, d'altra banda, rellevant, perquè, a partir de la segona meitat de segle XVI, els juristes professionals comencen a dedicar més atenció al dret dels mercaders, i sorgeix la primera doctrina mercantil. La primera obra que se sol citar en aquest àmbit és el *Tractatus de mercatura seu mercatore* de Benvenuto Stracca (1509-1577), seguit d'altres autors com Santerna, Scaccia, Rocco, Ansaldis o Traga. A Espanya, Juan de Hevia Bolaños ocupa un lloc destacat amb *Laberynto de comercio terrestre y naval* (1617), i el seguirien Rodríguez, Salgado de Somoza i de la Vega, entre altres.

### C) El dret mercantil de l'edat contemporània. El moviment codificador

Per a l'evolució de la nostra disciplina constitueix un autèntic punt d'inflexió el procés de codificació del segle XIX. Aquesta tendència legislativa obeeix a la confluència, a la fi del XVIII i començament del XIX, d'una sèrie de factors ideològics, econòmics i polítics, que es reflecteixen en l'ideari de la Revolució Francesa.

Els principis de la Revolució implicaren la consolidació de la supressió de privilegis concedits a les corporacions de mercaders durant l'Antic Règim, la llibertat d'accés a l'exercici de l'activitat comercial i la constitucionalització de la propietat privada dels mitjans de producció.

Des d'un punt de vista ideològic, el dret de la codificació és hereu del racionalisme filosòfic dels dos segles anteriors. Així, es parteix de l'existència d'un "ordre natural" i atemporal, tant en la naturalesa com en la societat. A aquest ordre natural li són consubstancials els components de llibertat i d'individualisme. El centre del dret és el subjecte que es troba enfront de l'estat. En conseqüència, s'assisteix a una total escissió entre societat civil i estat. A l'estat només li competeix garantir la llibertat i la igualtat formals de l'individu, però, d'altra banda, se li exigeix la seua inhibició en l'àmbit economicosocial. La llibertat d'iniciativa individual es converteix en un autèntic principi d'ordre públic, l'escola clàssica de l'economia defensa la llibertat dels homes, convençuda que els particulars, buscant el seu interès egoista i competint amb els altres pel seu progrés econòmic i social, permetran el progrés de la societat en conjunt per la intervenció de la "mà invisible" (Adam Smith).

Des d'un punt de vista econòmic, ens trobem en un període de predesenvolupament i preparació del futur capitalisme industrial. Així, al costat de la tradicional economia agrària coexisteix un sector comercial consolidat. Els principis de la Revolució Francesa aplicats a l'activitat econòmica generen canvis transcendents. Pel que fa al comerç, les idees de "llibertat" i "igualtat" es concreten, d'una banda, en la consagració del principi de lliure exercici d'activitats econòmiques afirmant, d'aquesta manera, la idea de lliure competència. D'altra banda, queden abolits els privilegis de classe, servituds i vinculacions personals. Desapareixen també els oficis i les corporacions en què es basava l'ordre artesanal.

En definitiva, el dret s'impregna dels principis consagrats per la Revolució Francesa. Així, es referma la propietat individual enfront de les vinculacions anteriors. La llibertat inspirarà tot el camp de les obligacions i contractes, especialment a través de la llibertat d'exercici de l'activitat econòmica i del paper assignat a l'autonomia de la voluntat en la concepció dels contractes.

La unitat de l'ordenament jurídic es referma enfront de la dispersió territorial de l'Antic Règim, i, amb aquesta, la primacia de l'estat i de la llei com a emanació de la voluntat de la nació. L'estat de dret té el seu més clar exponent en el principi de legalitat, en virtut del qual s'afirma la subjecció de governants i governats a la llei. Al mateix temps, el principi d'igualtat de tots davant la llei exigeix que l'ordenament mercantil no segueixca el dret especial dels comerciants, sinó el dret de tots en la mesura que realitzen actes (de comerç) que per si mateixos requereixen una regulació especial. Conseqüentment, la concepció subjectiva del dret mercantil entra en declivi.

Fruit d'aquesta profunda transformació social, econòmica, política i ideològica s'inicia el segle de la codificació, corrent que significa, abans que res, la realització en el pla legislatiu de la unificació de l'ordenament jurídic. Es tracta, però, no d'un fenomen d'innovació jurídica, sinó de reforma i sistematització de la normativa fins aleshores en vigor.

En aquesta època es predica l'atribució a l'estat del monopoli de la creació de normes jurídiques en matèries relacionades amb l'activitat econòmica. La promulgació dels primers codis de comerç confirma l'especialitat de dret mercantil enfront del dret civil. El dret privat es fracciona en dos sistemes normatius formalment i substancialment autònoms: el sistema del codi civil, regulador de les relacions civils, i el del codi de comerç, regulador dels actes de comerç i de l'activitat dels comerciants.

Entre aquests primers codis sol destacar el *Code de commerce* francès de 1807. El dret mercantil plasmat en el codi francès continuava sent el que va ser en el passat, un dret professional dels comerciants, amb les especialitats ja ressenyades, de l'obertura de la professió mercantil a tots els ciutadans, sense subjecció a matrícula,

l'eliminació de tota sospita de fur privilegiat de la jurisdicció consular mitjançant uns particulars criteris d'atribució de la competència objectiva.

La influència del *Code*, malgrat aquestes crítiques, va ser gran en les restants codificacions europees del XIX. En bona part d'elles, a més, s'adoptarà, però d'una manera real, un autèntic sistema objectiu de delimitació de la matèria mercantil codificada, traslladant a la part substantiva la nocional dels actes de comerç, de manera que és convertisquen en l'eix de la nostra disciplina.

A Espanya el moviment codificador s'inicia, en sentit estricte, a instàncies de Napoleó i perdura, després de la retirada francesa, a través dels constituents de Cadis. Precisament en la Constitució de 1812 es va disposar la necessitat de promulgar 3 codis: civil, penal i de comerç. D'aquesta manera sorgeix el Codi de 1829, obra personal de P. Sainz de Andino, i en el qual no s'aprecia la substantivació de l'acta de comerç, tot i l'evident influència francesa, pel pes del dret tradicional castellà.

#### D) L'objectivació dels actes de comerç. La codificació a Espanya

Amb aquests nous codis, no solament va haver-hi un notable canvi de tècnica legislativa, sinó que es va produir una important modificació del concepte de dret mercantil. Aquest deixa de ser un dret predominantment destinat a regular el tràfic professional exercit pels comerciants, per convertir-se en el dret regulador de determinats actes que s'hi sotmeten, independentment de la condició de qui els realitza, i passa de ser delimitat subjectivament a ser-ho d'una manera objectiva. Aquest és l'enfocament que es va pretendre donar al dret mercantil en el codi francès de 1807, tendència a l'objectivació que va ser posteriorment seguida pel codi alemany de 1861, encara que el punt de vista subjectiu no fora aniquilat totalment. Així mateix, va ser seguida, també, pels italians de 1865 i 1882, i pels espanyols de 1829 i 1885.

El nostre Codi de comerç de 1885 constitueix l'última manifestació legislativa de caire objectivista; segueix fidelment les orientacions del legislador francès, encara que sense arribar al grau de perfecció tècnica d'aquest, ni dels precedents codis alemany i italià. El resultat final és la descoordinació entre els processos de codificació civil i mercantil, tan pròxims en el temps o, si més no, una evident imprevisió en el tractament de l'un i l'altre. La raó d'això que s'ha exposat està en l'interès, gairebé exclusiu, dels seus redactors a fer una adaptació del Codi de Sainz de Andino a l'ideari del règim liberal de 1869, que dota de nova vigència al principi de llibertat de comerç i indústria.

L'especialitat es ratifica davant l'excepcionalitat formal del Codi de 1829 amb la incorporació d'una nova ordenació jeràrquica de fonts en l'art. 2.1, en el qual és superior jeràrquicament la norma especial mercantil, escrita i consuetudinària, al dret civil



patrimonial comú, com a font subsidiària. Aquesta jerarquia normativa es trenca en matèria de contractes, ja que s'inverteix el rang entre dret comú i ús de comerç d'acord amb l'art. 50, com a resposta a l'exigència d'integració de la norma especial dins la teoria general de les obligacions i contractes.

La concepció objectiva del dret mercantil, present avui en l'art. 2 del Codi de comerç (CCom), és la responsable de la difícil delimitació del nostre dret mercantil, així com la seua falta d'adequació a les inevitables mutacions del context economicosocial en què s'insereix. La tècnica dels actes de comerç ha sigut certament criticada perquè difícilment pot abraçar la complexa realitat mercantil i la seua contínua expansió. D'altra banda, d'acord amb el mateix Codi, es deriva la impossibilitat d'excloure tota referència subjectiva, i el comerciant apareix com a destinatari de nombroses normes.

#### E) Proposta de concepte de dret mercantil. La integració del mercat en el concepte de dret mercantil

La doctrina ha identificat tres elements de la realitat econòmica que condicionen el sentit i el significat del dret mercantil: en primer lloc, la persona que realitza l'activitat econòmica (empresari); en segon lloc, la forma organitzada d'exercir-la (empresa), i, finalment, l'entorn de concurrència en què la desenvolupa (mercat).

Uns quants autors consideren que el mercat és l'element sistematitzador més rellevant de les normes mercantils, i equiparen dret mercantil amb dret del mercat. Per a ells, la nostra disciplina ha d'atendre totes les relacions juridicoprivades que es desenvolupen en l'àmbit econòmic del mercat, en el qual s'han d'incloure no solament els que conformen l'estricta àmbit empresarial, o entre empresaris, sinó també altres operadors, com els consumidors, cosa que faria que es despreguera de la seua naturalesa de dret de classe (Menéndez, Bercovitz, Duque).

Davant aquestes posicions, que podríem qualificar de més radicals, altres autors defensen tesis correctores en el sentit de rebutjar la correspondència biunívoca entre el dret mercantil i el mercat, ja que el segon no és matèria exclusiva del primer. En efecte, el dret mercantil constitueix una branca autònoma en connexió amb molts diversos àmbits del nostre ordenament jurídic sobre els quals poden projectar els seus efectes i dels quals pot, alhora, rebre influències (Embid). Per a aquest autor, el dret de mercat, encara incipient, s'està convertint en una peça essencial de l'ordenament jurídic amb una incidència especial en el dret mercantil, que ja no pot ser explicat, tan sols, des de la perspectiva de l'empresa i de l'empresari.

Es podria dir, en fi, que el concepte de dret mercantil hauria de ser delimitat sobre la base de tres nocions, l'empresari, l'empresa i el mercat, però considerant com

a “centre organitzador de la disciplina”, no el mercat (que no és objecte d’atenció exclusiva pel dret mercantil), sinó la noció d’empresa.

En efecte, des d’aquesta perspectiva, i durant el segle XX, l’empresa va ocupar en bona part d’Europa el lloc que el comerç havia ocupat anteriorment com a centre organitzador del dret mercantil. L’empresa apareix en aquest moment com un element que permet establir la disciplina pel que fa a la seua ordenació normativa, al seu tractament científic i a la resolució dels assumptes mercantils. Mentre que el “comerç” ha desaparegut (el nostre Codi de comerç de 1885 parla de comerciant, nosaltres, actualment, d’empresari), l’“empresa” ha mantingut el seu relleu per a la delimitació del dret mercantil, i el “mercat ” hi ha assumit un paper destacat.

Així doncs, s’aprecia una clara evolució des de les consideracions del dret mercantil com a dret del comerç, i la consideració d’aquest com a centre vertebrador de la disciplina, a la desaparició del comerç com a eix organitzador. Simultàniament, l’empresa ha mantingut la seua rellevància delimitadora del dret mercantil, procés en el qual ha anat acompanyada del mercat, que ha actuat com a canal d’incorporació de diferents elements al seu àmbit d’estudi i d’aplicació pràctica.

Precisament, la consideració general del dret mercantil com a categoria històrica, i la necessària adaptació d’aquesta disciplina a les realitats de mercat, evolució d’altra banda desitjable i necessària, ha desdibuixat en certa manera els contorns de la matèria mercantil, que tot i ser una categoria dinàmica i profundament vinculada a les necessitats del tràfic econòmic i el mercat, s’havia considerat tradicionalment una branca del dret privat.

En aquest sentit, podem afirmar que el dret mercantil, en certa manera, ha deixat de ser un dret privat especial, atès que cada vegada són més nombroses les normes que regulen l’activitat econòmica de l’empresa en el mercat des d’una perspectiva jurídicopública. Exemples com el dret antitrust o de defensa de la competència o la regulació dels mercats de valors són una bona mostra del que s’ha exposat. Així mateix, apareixen cada vegada més normes de contingut mixt públic-privat, com ara la Llei d’ordenació del comerç detallista o la Llei d’ordenació dels transports terrestres. Altres vegades, en relació amb les normes de caràcter administratiu amb incidència en àmbits de l’ordenació mercantil com el dret de la competència, el legislador es veu obligat a especificar la transcendència normativa (jurídicopública/sancionadora) de la norma, privant-la d’efectes jurídicoprivats directes (així, les normes sectorials bancàries).

D'altra banda, cada vegada és més difícil justificar que determinats àmbits de l'activitat econòmica queden fora d'aquesta branca del dret. Un exemple clar són les professions liberals, atès que s'ha generalitzat la prestació de serveis a través d'organitzacions empresarials, en què preval l'organització eficient dels factors de producció (recursos humans i capital) per a obtenir un guany. En aquest àmbit, la nostra Llei de societats professionals imposa que tota societat que tinga per objecte l'exercici en comú d'una activitat professional haurà d'adoptar alguna de les formes previstes en les lleis, tant civils com mercantils, i que s'hi aplicarà supletòriament el règim del tipus escollit.

Però si hi ha un aspecte rellevant que convé destacar sobre la recent evolució del dret mercantil, és la importància que ha adquirit, sobretot, en el dret mercantil comunitari, la tutela de consumidor. L'enfortiment de la protecció individual del consumidor per la seua especial posició de debilitat ha suposat l'alteració de dos importants dogmes del dret privat, tal com va ser concebut en el moment de la codificació. En primer lloc, ha erosionat el principi d'autonomia de la voluntat mitjançant la categoria de nombroses normes imperatives. D'altra banda, s'ha qüestionat el principi de la culpa com a criteri d'imputació de la responsabilitat extracontractual, i s'ha accentuat en certa manera la seua objectivació (per exemple, establint presumpcions que en la pràctica processal es tradueixen en inversions de la càrrega de la prova). En uns quants casos, a més, es deixa de respondre únicament per negligència i s'assumeix responsabilitat per risc, pel simple exercici de l'activitat (normativa sobre responsabilitat per productes defectuosos, per exemple). Un altre exemple d'extraordinària rellevància, finalment, d'aquesta interrelació entre normes mercantils i de tutela al consumidor és la Llei de competència deslleial, després de la reforma soferta per la seua adaptació a la Directiva 2005/29, sobre pràctiques comercials deslleials amb els consumidors.

En l'actualitat, el dret mercantil ja no pot ser explicat, únicament, des de la perspectiva de l'empresa i de l'empresari, atès que el dret de mercat, encara incipient, s'està convertint en una peça essencial de l'ordenament jurídic, amb una incidència especial en el dret mercantil.

En conclusió, i seguint clarament en aquest punt l'opinió del professor Embid Irujo, es podria dir que el concepte de dret mercantil hauria de ser delimitat sobre la base de tres nocions, l'empresari, l'empresa i el mercat, atenent com a "centre organitzador de la disciplina" la noció d'empresa.

## 2. Constitució econòmica. Unió Europea

#### A) La Constitució espanyola de 1978. El règim autonòmic i el dret mercantil

La Constitució espanyola de 1978 introdueix en el nostre ordenament principis rectors tan importants com la llibertat d'empresa, la intervenció pública en l'economia o la protecció dels consumidors. Els preceptes del text constitucional que influeixen en la delimitació de la matèria mercantil estan continguts en el marc denominat "Constitució econòmica", definit com el lloc on es fixen les normes fonamentals del règim econòmic concret d'un país determinat.

En la nostra Constitució de 1978 se sanciona un sistema d'economia de mercat sobre la base dels drets de propietat i llibertat d'empresa (ex. articles 33 i 38). Aquests drets són concebuts en termes relatius, com a drets i llibertats funció, que no s'atribueixen amb caràcter absolut, sinó que són limitats en el seu contingut i exercici per l'interès social. Així, el dret reconegut a tot ciutadà en l'art. 38 CE, de llibertat d'empresa, ha de ser entès com a llibertat d'accés al mercat, d'exercici o estratègia i d'eixida d'aquesta, i en aquest precepte s'observa la presència tant d'aspectes privats (el reconeixement de llibertat als ciutadans) com d'aspectes públics en nom de l'interès general.

D'altra banda, de la combinació dels articles 34, 35 i 36 de la Constitució, que reconeixen la lliure elecció de professió i ofici en forma d'empresa i el dret de fundació per a fins d'interès general, es desprèn l'àmbit de la llibertat d'empresa. Per tant, la realitat empresarial no se cenyeix exclusivament a la fórmula de la societat mercantil, i, per sempre, a la mercantil capitalista, caracteritzada per la consecució d'un lucre, sinó que està oberta a altres formes jurídiques (mutualista, fundacional, pública), totes rellevants per al dret mercantil, ja que desenvolupen una activitat econòmica encaminada a la producció o intermediació de béns o prestacions de serveis per al mercat.

La llibertat d'empresa només és possible si es garanteix un espai lliure i obert – el mercat– on es pugui desenvolupar. Tal com assenyala l'art. 38, s'ha d'exercir en el marc de l'economia de mercat. I el mercat ha de ser obert i competitiu, és a dir, preservat de tot falsejament, per tal que qualsevol ciutadà pugui exercir aquesta llibertat. Diverses normes mercantils, com ara la legislació de defensa de la competència o la legislació contra la competència deslleial, responen a aquesta preocupació del legislador.

Quant a les seues limitacions, cal recordar que en l'art. 128.1 CE se subordina tota la riquesa del país a l'interès general; que en l'art. 128.2 CE es reconeix la "coïniciativa" pública a l'activitat econòmica i es preveu la reserva al sector públic de

recursos o serveis essencials; que en l'art. 131 CE es faculta l'estat per a la planificació econòmica; que en l'art. 9.2 CE es compromet els poders públics a la promoció de les condicions perquè la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra siguin reals i efectives, així com en la remoció dels obstacles que impedisquen o dificulten la seua plenitud, i a facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social. I, en fi, en una altra sèrie nombrosa de preceptes (fonamentalment en el capítol dedicat als principis rectors de la política social i econòmica) en què s'habilita l'estat per fer tasques en el pla econòmic i social que no s'esgoten en la mera activitat assistencial, sinó que complisquen també una funció d'intervenció i tutela de l'economia i una funció de remodelació social, que correspon a la seua pròpia caracterització com a estat social i democràtic de dret (art. 1 i preàmbul) (Esteban Velasco).

Juntament amb aquests drets econòmics, en la Constitució se'n recullen altres de caràcter instrumental, en particular el dret d'associació (art. 22), el dret a la salut (art. 43), el dret dels ciutadans o el dret de gaudir del medi ambient (art. 45), el principi de tutela dels interessos del consumidor (art. 51) i el dret a l'agrupació col·lectiva per a la defensa d'interessos econòmics (art. 52).

En tot cas, els drets i les llibertats econòmiques bàsiques es troben corregits i limitats pel joc de les clàusules de l'estat social, tant generals –llibertat, igualtat, participació (individual i col·lectiva) en la vida econòmica i social (art. 9.2), solidaritat social (art. 40.1)– com especials, contingudes en nombrosos preceptes inclosos en els epígrafs sobre principis rectors de la política social i econòmica i economia i hisenda (capítol III, títol I, en particular art. 51, i títol VII, art. 128 i s.), entre els quals destaca el principi *pro consumatore*.

La garantia constitucional de la llibertat d'empresa impedeix que les condicions de la regulació de l'activitat econòmica siguin tals que anul·len l'existència d'unitats econòmiques que, amb un mínim de llibertat, puguin mantenir relacions d'intercanvi a través del mercat, com tampoc la incidència de la funció social en la delimitació del dret de propietat pot fer desaparèixer el mínim essencial garantit. L'elecció dels criteris i polítiques dins dels límits assenyalats depèn dels poders públics.

La nostra Constitució configura un estat autonòmic, en el qual les comunitats autònomes disposen de competència legislativa en algunes matèries. El reconeixement de la potestat legislativa de les comunitats autònomes deriva tant de la Constitució com del que disposa cada estatut d'autonomia. S'ha de partir del contingut dels arts. 148 i 149 de la Constitució espanyola. Aquests preceptes no atorguen competència en l'àmbit del dret mercantil a les comunitats autònomes, i l'art. 149, 1, 6è confereix a l'estat competència exclusiva sobre la legislació mercantil, i també sobre propietat industrial,

bases d'ordenació del crèdit, banca i assegurances, abandonament de vaixells, o transports terrestres. No obstant això, uns quants estatuts d'autonomia atribueixen a les CA determinades competències sobre matèries pròpies del dret mercantil.

La complexitat del tràfic mercantil i la gran amplitud d'activitats que s'hi troben emmarcades, ha portat el TC a interpretar el concepte de "legislació mercantil" d'una manera estricta. Per això, podem trobar en el nostre ordenament, tot i que la CE proclama l'exclusivitat estatal en la legislació mercantil, que, en sectors concrets, sí que s'atribueix la competència a la comunitat autònoma per l'estatut d'autonomia corresponent, una potestat legislativa i d'execució compartida (matèria de publicitat, i protecció del consumidor, fins i tot en banca (lleis de caixes d'estalvis, per exemple); en altres sectors hi ha d'haver únicament una competència de desenvolupament o execució ( propietat industrial ). Així mateix, en els casos en què hi haja un conflicte entre legislació estatal i autonòmica, s'aplicarà la primera preferència.

#### B) El dret mercantil europeu

L'adhesió d'Espanya a la CEE (actualment UE) l'any 1986, amb la consegüent incorporació de l'anomenat patrimoni comunitari al sistema juridicomercantil, va suposar una veritable revolució per a la configuració del mercat espanyol i per a l'ordenació dels seus actors. El patrimoni comunitari s'integra tant per l'anomenat dret primari com per l'anomenat dret derivat, compost dels següents instruments jurídics emanats de les institucions comunitàries: el reglament, la directiva, la decisió comunitària (eficàcia *interparts*), als quals s'afegeixen diversos instruments de *soft law* (directrius de la Comissió, sobretot).

Els principis que regeixen les relacions entre l'ordenament comunitari i l'intern són el principi de supremacia de l'ordenament comunitari i el principi de subsidiarietat. En relació amb la nostra matèria, segons l'art. 3 del TFUE, la Unió disposarà de competència exclusiva per a l'"establiment de les normes sobre competència necessàries per al funcionament del mercat interior", i disposarà de competència compartida, segons l'art. 4 TFUE, amb els estats membres, entre altres, en matèria de mercat interior i la protecció dels consumidors.

Les conseqüències d'estar dins d'un o d'altre àmbit competencial es recullen en l'art. 2 FTUE, que disposa que quan els tractats atribueixen a la Unió una competència exclusiva en un àmbit determinat, només la Unió podrà legislar i adoptar actes jurídicament vinculants, mentre que els estats membres, com a tals, únicament podran fer-ho si són facultats per la Unió o per a aplicar actes de la Unió, mentre que "quan els tractats atribueixen a la Unió una competència compartida amb els estats membres en

un àmbit determinat, la Unió i els estats membres podran legislar i adoptar actes jurídicament vinculants en aquest àmbit. Els estats membres han d'exercir la seua competència en la mesura que la Unió no haja exercit la seua. Els estats membres han d'exercir de nou la seua competència en la mesura que la Unió haja decidit deixar d'exercir la seua”.

Aquest marc arriba i es completa amb la referència al principi de subsidiarietat i proporcionalitat, segons el qual l'art. 69 TFUE disposa que “amb relació a les propostes i iniciatives legislatives presentades en el marc dels capítols 4 i 5, els parlaments nacionals han de vetlar perquè es respecte el principi de subsidiarietat, de conformitat amb el protocol sobre l'aplicació dels principis de subsidiarietat i proporcionalitat”.

Segons que estableixen aquests principis, “en els àmbits que no siguen de la seua competència exclusiva, la Unió intervindrà només en cas que, i en la mesura que, els objectius de l'acció pretesa no puguen ser assolits de manera suficient pels estats membres, ni a nivell central ni a nivell regional i local, sinó que es puguen assolir millor, a causa de la dimensió o dels efectes de l'acció pretesa, a escala de la Unió”. Així mateix, “el contingut i la forma d'acció de la Unió no excediran el que és necessari per a assolir els objectius dels tractats”.

D'altra banda, el principi de supremacia afirma que, davant un conflicte entre normes comunitàries i nacionals, aquestes han de ser inaplicades, ja que, en resum, aquelles gaudeixen de preferència enfront de les nacionals. De la mateixa manera, les autoritats nacionals estan obligades a aplicar íntegrament el dret comunitari i a protegir els drets que aquest confereix als particulars “deixant sense aplicació tota disposició eventualment contrària de la llei nacional... sense que calga demanar o esperar la seua prèvia eliminació per via legislativa o per qualsevol altre procediment constitucional”.

Dit això, es pot fàcilment comprovar l'extraordinària incidència del dret europeu en la nostra matèria (lliure circulació de mercaderies, serveis i capitals; i protecció de la lliure competència; polítiques comunes en agricultura i pesca, en transport i comerç; indústria i competitivitat; foment de l'R+D+I, regulació de les societats de capital; protecció dels consumidors, entre altres matèries). Són nombrosos els textos normatius amb incidència en la nostra matèria, en publicitat registral, societats, comptabilitat mercantil, mercat de valors, mercat de crèdit i d'assegurances, contractació amb consumidors, publicitat, responsabilitat del fabricant, disseny industrial, etc.

Pel que fa a la interpretació i l'aplicació de les normes dictades per a adaptar el dret nacional a les directives, s'ha de tenir en compte que als efectes de l'obligació dels estats membres, s'estenen més enllà de la simple acomodació del dret intern a les exigències comunitàries. El TJCE ha declarat, en aplicació del principi de primacia del dret comunitari i del deure de col·laboració que pesa sobre els estats membres per a

la consecució dels seus objectius, que els òrgans jurisdiccionals han d'aplicar el dret intern adaptat segons el tenor i els objectius de la directiva corresponent. En altres paraules, la jurisprudència comunitària ha establert un principi d'interpretació conforme, per virtut del qual la legislació nacional que versa sobre matèria compresa en l'àmbit d'una directiva ha de ser interpretada considerant els seus continguts i fins respectius.

El text dispositiu i els antecedents de les directives comunitàries es converteixen, d'aquesta manera, en materials indispensables per al recte enteniment del règim jurídic de les institucions regulades en la normativa nacional. I això és així fins al punt que tot tribunal espanyol que conega que per a resoldre un judici es requereixca l'aplicació d'aquestes normes, haurà d'iniciar un procediment sobre interpretació prejudicial, segons es preveu en l'art. 177 TCEE, quan hi haja dubtes respecte de la interpretació dels preceptes de les directives o textos normatius europeus rellevants.

### 3. Les fonts del dret mercantil

El Codi de comerç vigent estableix en l'art. 2 el règim de fonts del dret mercantil. La Llei mercantil (general o especial, dins de de l'esquema normatiu descrit, ordenament europeu i transnacional –tractats internacionals–, estatal i autonòmica), els usos de comerç i el dret comú, per aquest ordre d'aplicació, són les fonts del dret mercantil.

El sistema de fonts del dret mercantil se separa, doncs, del general previst en l'art. 1 del Codi civil, atès que són preferents els usos sobre el dret comú o civil en el règim mercantil. No obstant això, aquesta regla no s'aplica en tots els casos, sinó que l'art. 50 CCom, aplicable als contractes mercantils, estableix com a font preferent, per davant dels usos de comerç, el dret comú civil o foral.

Els usos de comerç són una font típicament mercantil, derivada del seu propi origen històric. En l'actualitat s'ha reactivat aquesta font del dret mercantil en el pla internacional, és el que s'ha anomenat nova *lex mercatoria* (conveni de Viena, sobre contractes de compravenda internacional de mercaderies, UNCITRAL), principis per als contractes del comerç internacional, UNIDROIT; principis de dret contractual europeu; INCOTERMS, o regles i usos uniformes sobre crèdits documentaris, elaborats per la Cambra de Comerç Internacional; activitat de la Unió Europea per a l'elaboració d'un Codi contractual europeu ).

Només els usos normatius (no els interpretatius, que simplement serveixen per a resoldre dubtes en la interpretació dels contractes) són font del dret mercantil, en defecte de llei aplicable. Són normes que provenen de la pràctica repetida i constant



d'una pràctica o conducta en el tràfic mercantil. Però a més requereixen un segon requisit: que per la seua existència s'haja creat la consciència general (*opinio iuris*) de la seua existència i obligatorietat, amb independència de la voluntat de les parts.

Tot i que el jutge té l'obligació de conèixer el dret (principi *iura novit curia*), quan l'ús no és notori, caldrà que s'al·legue i prove per qui en pretenga l'aplicació.

#### 4. La jurisdicció especialitzada. Els jutjats mercantils

La necessitat de donar una resposta especialitzada als conflictes que en algunes matèries mercantils sorgien en el tràfic econòmic, va fer que l'any 2003 es crearen els jutjats mercantils. La seua competència no comprèn tots els assumptes que es poden incardinar en el dret mercantil, de manera que una reclamació de quantitat derivada d'un contracte mercantil, per exemple, no és competència d'aquests jutjats especialitzats, sinó del jutjat ordinari de la jurisdicció civil competent, si és el cas.

La competència dels jutjats mercantils és determinada per l'art. 86, ter LOPJ, que disposa:

“Article 86 ter.

1. Els jutjats mercantils coneixen de totes les qüestions que se susciten en matèria concursal, en els termes que preveu la Llei reguladora. En tot cas, la jurisdicció del jutge del concurs és exclusiva i exclouent en les matèries següents:

1r. Les accions civils amb transcendència patrimonial que es diriguen contra el patrimoni del concursat a excepció de les que s'exerciten en els processos sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors a les quals es refereix el títol I del llibre IV de la Llei d'enjudiciament civil. Amb el mateix abast coneix de l'acció a què es refereix l'article 17.1 de la Llei concursal.

2n. Les accions socials que tinguen per objecte l'extinció, la modificació o la suspensió col·lectives dels contractes de treball en els quals siga patró el concursat, així com la suspensió o l'extinció de contractes d'alta direcció, sense perjudici que quan aquestes mesures suposen modificar les condicions establertes en un conveni col·lectiu aplicable a aquests contractes es requereix l'acord dels representants dels treballadors. En l'enjudiciament d'aquestes matèries, i sense perjudici de l'aplicació de les normes específiques de la Llei concursal, s'han de tenir en compte els principis inspiradors de l'ordenament normatiu estatutari i del procés laboral.

3r. Qualsevol execució davant els béns i drets de contingut patrimonial del concursat, siga quin siga l'òrgan que l'ha ordenat.

4t. Qualsevol mesura cautelar que afecte el patrimoni del concursat, excepte les que s'adopten en els processos civils que queden exclosos de la seua jurisdicció en el número 1r.

5è. Les que en el procediment concursal ha d'adoptar en relació amb l'assistència jurídica gratuïta.

6è. Les accions tendents a exigir responsabilitat civil als administradors socials, als auditors o, si s'escau, als liquidadors, pels perjudicis causats al concursat durant el procediment.

2. Els jutjats mercantils coneixen, així mateix, de les qüestions que siguen de la competència de l'ordre jurisdiccional civil, respecte de/d':

a) Les demandes en les quals s'exercisquen accions relatives a competència deslleial, propietat industrial, propietat intel·lectual i publicitat, així com totes les qüestions que dins d'aquest ordre jurisdiccional es promoguen a l'empara de la normativa reguladora de les societats mercantils i cooperatives.

b) Les pretensions que es promoguen a l'empara de la normativa en matèria de transports, nacional o internacional.

c) Les pretensions relatives a l'aplicació del dret marítim.

d) Les accions relatives a condicions generals de la contractació en els casos que preveu la legislació sobre aquesta matèria.

e) Els recursos contra les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat en matèria de recurs contra la qualificació del registrador mercantil, d'acord amb el que disposa la Llei hipotecària per a aquest procediment.

f) Dels procediments d'aplicació dels articles 81 i 82 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea i el seu dret derivat, així com els procediments d'aplicació dels articles que determine la Llei de defensa de la competència.

g) Dels temes atribuïts als jutjats de primera instància en l'article 8 de la Llei d'arbitratge quan estiguen referits a matèries previstes en aquest apartat.

3. Els jutjats mercantils tenen competència per al reconeixement i execució de sentències i altres resolucions judicials i arbitrals estrangeres, quan aquestes versen sobre matèries de la seua competència, a menys que, d'acord amb allò acordat en els tractats i altres normes internacionals, corresponga el seu coneixement a un altre jutjat o tribunal.