

forma del Código de 1932; el proyecto oficial de ese año, redactado por el Ministerio, con la principal colaboración de Federico Castejón y de Martínez de Arizala, se convirtió, tras diversos trámites, en el "Código penal, texto refundido", de 1944, aprobado y publicado por Decreto de 23 de diciembre del mismo año.

No nos corresponde estudiar este Código porque en gran parte está todavía vigente. La abundantísima legislación penal especial del Estado franquista obligó a posteriores revisiones o refundiciones del texto penal básico. Surgieron así el Código penal, texto revisado de 1963 y el Código penal, texto refundido de 1973. En la actualidad se está abordando la elaboración de un nuevo Código penal.

10. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR

El Derecho penal militar, que entre nosotros ha sido estudiado principalmente por Rodríguez Devesa y por Núñez Barbero, es un Derecho penal especial. Las viejas ordenanzas y disposiciones militares de contenido punitivo tardaron en ser sustituidas por un Código. La Ley de Bases de 15 de junio de 1882 dio lugar a dos Códigos: el Código penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884 y el Código penal de la Marina de Guerra de 19 de agosto de 1888. El primero de ellos fue pronto sustituido por el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890, que mantuvo una vigencia ininterrumpida hasta 1945. El nuevo Código de Justicia Militar fue promulgado el 17 de julio de 1945 y ha sido reformado por Ley Orgánica 9/1980 de 6 de noviembre.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Introducción, traducción y notas por F. Tomás y Valiente, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969.
- FIESTAS LOZA, A., *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1977.
- FIESTAS LOZA, A., "Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822", *Revista de Historia del Derecho*, II, 1, Granada, 1977-78, 55 a 78.
- ANTÓN ONECA, J., "El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal, Ciencias Penales*, 1965 (manejo separata).
- ANTÓN ONECA, J., "El Derecho Penal de la postguerra", en el libro colectivo *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, págs. 161-174.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1964, I.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *La reforma Penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.
- COBO, M.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., y otros autores, *Conmemoración del centenario de la Ley Provisional sobre organización del poder judicial y del Código Penal de 1870*, Madrid, 1970.
- BARBERO SANTOS, M.; BERDUGO, I.; BERISTÁIN, A.; COBO, M.; GARCÍA VALDÉS, C.; GIMBENAT, E., *La Pena de muerte: 6 respuestas*, Universidad de Valladolid, 1975.
- GARCÍA VALDÉS, C., *No a la pena de muerte*, Madrid, 1975.
- CASABO RUIZ, J. R., *Estudio y edición de los Proyectos de Código penal de 1830, 1831, 1834, 1938 y 1939*, Universidad de Murcia, 1978.

CAPÍTULO XXVIII

LA CODIFICACION DEL DERECHO MERCANTIL

1. EL DERECHO MERCANTIL DEL CAPITALISMO LIBERAL

El mercado, como decía Marx, "es el escenario en que tiene lugar el proceso de intercambio" entre unas mercancías y otras a través de la función mediadora que cumple el dinero. Con arreglo al liberalismo económico ese "metabolismo social" por el cual una mercancía se transforma en dinero para que su vendedor pueda a su vez comprar con este dinero otra mercancía (metamorfosis de la mercancía en dinero y del dinero en mercancía y así sucesivamente) tiene su propias leyes naturales, la primera de las cuales es la automática y adecuada fijación de los precios por medio del juego entre oferta y demanda. El poder político debe contemplar todo el proceso de circulación de mercancías y, antes, todo el proceso de producción de bienes sin intervenir imperativamente en ellos, sin imponer tasas o precios fijos, ni privilegios o restricciones gremiales. El mercado en todos sus aspectos debe ser libre. *A un mercado libre correspondió históricamente un Derecho mercantil liberal*, esto es, construido en su mayor parte por normas dispositivas que permitían el amplio ejercicio de la autonomía de las voluntades individuales. Las nuevas libertades de contenido económico (estudiadas ya en el capítulo XXIII) sirvieron de marco y de motor al tráfico mercantil.

Como también se expuso antes (en el párrafo 11 del capítulo XX), la burguesía mercantil y manufacturera, desigualmente repartida por diversas ciudades de España, no podía contentarse con pequeños mercados locales. El capitalismo ha recorrido un proceso consistente, entre otros aspectos, en la tendencia a la ampliación de los mercados, y aunque el capitalismo español tardó mucho en el siglo XIX en poder competir en ámbitos internacionales, es claro que superó los mercados locales. Por otra parte, la independencia lograda por las antiguas colonias durante el primer tercio del siglo XIX produjo la pérdida de los mercados ultramarinos y obligó a encerrar dentro del mercado nacional la capacidad productiva de la naciente industria y el consumo de la mayor parte de los productos agrarios. Trabajosamente fue consolidándose un mercado nacional; la supresión de las aduanas interiores como consecuencia de la estructura política interna de la nación contribuyó de manera decisiva a la formación de ese mercado nacional. Pues bien: *a ese mercado nacional y abierto tenía que corresponder un único Derecho mercantil de vigencia también nacional*. El artículo 258 de la Constitución de 1812 dispuso ya en este sentido la necesaria promulgación de *un sólo Código de comercio para toda España*.

De otro lado, la implantación de un modo de producción capitalista implicó el desarrollo de actividades económicas hasta entonces secundarias, como fueron las industriales. La industria irrumpe en la actividad económica y ocupa en ella

un lugar preeminente. Junto a ella otras instituciones de carácter financiero supusieron un complemento necesario y autónomo tanto respecto a las actividades industriales como a las específicamente mercantiles. De este modo, la complejidad creciente del capitalismo desplaza el eje de atención desde el comercio hacia la industria o las entidades crediticias. El comercio en sentido estricto dejó de ser un punto de referencia suficiente para caracterizar el objeto del *Derecho mercantil*. *Este es mucho más que el Derecho del comercio, aunque siglos atrás hubiera comenzado por ser sólo eso.*

En la larga etapa que transcurrió desde el siglo XIII hasta el XVIII, el Derecho mercantil había sido un ordenamiento de carácter predominantemente subjetivo o profesional: esto es, había sido el Derecho de los comerciantes. Esta característica no hay que entenderla en un sentido rígido, pues es claro que el Derecho mercantil regulaba entonces no todo tipo de actos realizados por los comerciantes, sino tan sólo aquellos concernientes a su profesión. Por lo demás es también cierto que, como ya se indicó en otro lugar, en el siglo XVIII y aun antes comenzó a introducirse la idea de que determinados actos jurídicos, cualquiera que fuese la persona que los realizase, es decir, fuese o no comerciante su autor, quedaban sometidos al ámbito de la jurisdicción mercantil especial. La legislación mercantil europea del siglo XIX y de modo muy señalado el Código de comercio francés de 1807 entendieron que *el nuevo Derecho mercantil debía estar basado no en los comerciantes sino en los actos objetivos de comercio*. Con esta afirmación se pretendía negar que el Derecho mercantil fuese un Derecho de clase o de un determinado estamento profesional, y se proyectaba construir un ordenamiento abierto a todos los ciudadanos, a todos aquellos que realizasen profesional u ocasionalmente determinados actos que por su naturaleza se reputaban mercantiles. No es éste el lugar más adecuado para someter a crítica la concepción del Derecho mercantil como Derecho de los actos de comercio; hoy día se admite que está superada. Pero sí es necesario dejar aquí constancia de que nuestros principales textos legales del siglo XIX recogieron por influencia francesa esta teoría. Por tanto, *durante casi todo el siglo XIX legal y doctrinalmente se pretendía y afirmaba que el Derecho mercantil era un ordenamiento especial cualificado objetivamente en cuanto Derecho de los actos objetivos de comercio.*

Enmarcado por estas coordenadas y heredero de muchas instituciones elaboradas durante la etapa anterior surgió y se desarrolló el Derecho mercantil del naciente capitalismo. Veamos cuáles fueron sus principales textos legales con muy especial referencia a los dos Códigos de comercio de 1829 y 1885.

2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829

Las necesidades del tráfico y la conveniencia de superar los ordenamientos particulares de los Consulados hacían aconsejable la elaboración de un Código u Ordenanza general del comercio; ya en 1784 Jovellanos solicitaba un Código para el Derecho mercantil marítimo y en 1775 Campomanes insinuaba la oportu-

unidad de establecer una Ordenanza general en los juicios de comercio. Poco después, en 1797 y 1800, hubo otros tímidos intentos de elaborar un Código de comercio, tendencia que fue favorablemente acogida por el legislador constitucional al imponer en el artículo 258 de la Constitución de 1812 la necesidad de promulgar dicho cuerpo legal. Pero ninguna de estas tentativas o declaraciones prosperó y lo mismo ocurrió con otras semejantes durante el período absolutista de Fernando VII entre 1814 y 1820; en aquellos años, el Consejo de Indias en 1815 y las Cortes de Navarra en 1818 solicitaron sin éxito del soberano la redacción de un Código mercantil. Parece ser que durante el trienio constitucional se formó una Junta con la finalidad de elaborar el Código, pero, lejos de sacar adelante tan ambicioso propósito, se limitó a reunir algunos materiales básicos.

Tan numerosos como frustrados intentos demuestran que existía una conciencia general sobre la conveniencia de la codificación mercantil, tanto entre los absolutistas como en el campo liberal.

En noviembre de 1827 un intrigante cortesano y excelente jurista, llamado Pedro Sainz de Andino escribió al rey ofreciéndose para redactar un Código de Comercio. Fernando VII nombró una Comisión con esta finalidad en enero de 1828 y designó como secretario de la misma a Sainz de Andino. La Comisión y su secretario prepararon con independencia dos textos distintos, ambos remitidos al rey en mayo de 1829, siendo convertido en Código el proyecto personal de Sainz de Andino, al parecer técnicamente mejor que el elaborado por la Comisión. El Código fue sancionado y promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829.

La finalidad perseguida por el legislador con este Código está declarada en un párrafo del preámbulo real:

"Por cuanto hallándose reducida la jurisprudencia mercantil en esta Monarquía a las ordenanzas particulares otorgadas a los Consulados para su organización y régimen interior, se carecía de leyes generales que *determinasen las obligaciones y derechos que proceden de los actos de comercio*, de lo cual resultaban grande confusión e incertidumbre, tanto para los mismos comerciantes, como para los Tribunales y Jueces que habían de dirimir sus diferencias; y queriendo Yo poner término a males de tanta gravedad e interés, y *dar al comercio un sistema de legislación uniforme*, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio..."

En las frases subrayadas se expresa la voluntad de unificar el Derecho mercantil y la de construirlo en torno a "los actos de comercio". El carácter objetivo del Código en este sentido es patente no sólo en su Preámbulo sino en muchos de sus artículos (tales como el 2, el 17, el 20, el 1.178, el 1.199 y el 1.200). Por eso no se comprende por qué el Código de comercio de 1885 y varios juristas españoles del siglo XIX y de tiempos más recientes han sostenido que el Código de 1829 continuaba ordenando el Derecho mercantil en torno a la figura de los comerciantes, con arreglo a una visión subjetiva o profesional. Puede, por el contrario, afirmarse con plena certeza que el Código de 1829 contiene un Derecho mercantil concebido como "Derecho de los actos objetivos

de comercio", recibiendo en este punto con toda fidelidad la influencia del Código de comercio francés de 1807.

Lo que sucede es que a pesar de la intención de Sainz de Andino de construir el Derecho mercantil codificado en torno a los actos objetivos de comercio, ni era fácil definir cuáles eran éstos, ni era posible prescindir de la figura del comerciante, cuyo estatuto, capacidad y obligaciones derivadas del hecho mismo de profesar el comercio han sido siempre, eran entonces y continúan siendo ahora materias ineludiblemente tratadas por el Derecho mercantil de cualquier país. Es claro, pues, que con todas las limitaciones inherentes a dicha concepción, el Código de 1829 entiende que el Derecho mercantil es no el Derecho de los comerciantes, sino el de los actos objetivos de comercio.

El Código de 1829 es de buena calidad técnica. Recoge tanto los contratos mercantiles propios del comercio terrestre, como "los contratos especiales del Derecho marítimo", ofreciendo ciertamente ese "sistema de legislación uniforme, completo" que anunciaba el legislador.

Hay en él un predominio de normas dispositivas y un claro respeto a la autonomía de la voluntad de los contratantes (art. 248), junto a frecuentes remisiones a la práctica mercantil o a los usos del comercio. Llama la atención la simplicidad con que regula las tres formas de "compañías mercantiles" que reconoce (la colectiva, la comanditaria y la anónima); esta última, la Sociedad Anónima, todavía no tenía en 1829 la importancia que adquirió décadas después a medida que se fue desarrollando el capitalismo en nuestro país.

En el Código de Sainz de Andino son perceptibles influencias, no sólo del Código francés de 1807, sino también de su principal comentarista, el gran jurista Pardessus; pero al mismo tiempo recogió el influjo de otra corriente tradicional constituida por las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y por el Derecho castellano. Como ha escrito Jesús Rubio, el Código de comercio de 1829 "fue modelo de un importante sector de codificación extranjera y pieza esencial de la evolución de nuestro Derecho privado".

3. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN MERCANTIL: LA LEY DE 1830 Y SU VIGENCIA HASTA 1868

Desde el período bajomedieval hasta finales del siglo XVIII y primeros años del XIX junto a un Derecho mercantil autónomo hubo siempre una jurisdicción mercantil especial, constituida por los Tribunales consulares y en los últimos tiempos por la Junta de Comercio.

Durante la primera mitad del siglo XIX la administración de justicia, tanto en su aspecto orgánico (jueces y tribunales) como en el funcional (procesos) a través una situación desastrosa.

Habida cuenta de los dos hechos que acabamos de mencionar es lógico que el legislador, a la hora de codificar el Derecho mercantil, tomase la decisión de simplificar la jurisdicción mercantil especial, pero sin suprimirla. El último libro del Código de comercio de 1829 estaba dedicado a la "administración de

justicia en los negocios de comercio" y creaba unos tribunales especiales de comercio, dependientes del Estado y no como hasta entonces de los Consulados. Con ello, por una parte se reducía a una organización judicial unitaria para toda España la anterior diversidad de tribunales mercantiles consulares o de otra índole y de otro lado se evitaba la sumisión de los procesos mercantiles a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y al orden procesal que ante ésta se desarrollaba, que era mucho más lento, caro y formalista que los clásicos procesos mercantiles, notables por su agilidad y sencillez.

El Código de 1829 delimitó la competencia de los tribunales especiales de comercio con arreglo al concepto de actos de comercio. Se consideró que estaban sometidas a dicha jurisdicción especial todas las contiendas surgidas sobre obligaciones y derechos derivados de actos de comercio (art. 1.199), por lo cual, siendo "propiamente mercantil" el acto originario del litigio, éste debería resolverse ante los tribunales de comercio aun en el supuesto de que el demandado no tuviese la calidad de comerciante profesional (art. 1.200).

De este modo, la doctrina de los actos objetivos de comercio se utilizó no sólo para definir el concepto de Derecho mercantil, sino para establecer los límites legales de la jurisdicción mercantil, que no se considera como la propia de los mercaderes (como en su origen había sido la de cada Consulado), sino como una jurisdicción estatal, especial y objetivamente delimitada.

El Código de 1829 no reguló el proceso mercantil, pero el último de sus artículos anunciaba que se promulgaría una ley sobre esa materia. En efecto, un año después, el 24 de julio de 1830, se sancionó y promulgó la "Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio"; en ella se estableció el proceso a través del cual debían juzgar los tribunales especiales de comercio los litigios que ante ellos se plantearan.

Fiel a la tradición de los juicios consulares, la Ley de 1830 desarrolló un proceso caracterizado por su rapidez y simplicidad. El legislador ya advirtió en el preámbulo de dicha ley que su propósito había sido establecer "un sistema de procedimientos en que se concilien la celeridad de sus trámites y la economía de sus expensas con las formalidades indispensables para asegurar el acierto de las sentencias". Y en verdad, que estas bases dieron lugar a una ley procesal mercantil de notable acierto.

En ella se trató de eliminar formalidades superfluas y tecnicismos farragosos. Como, según el Código de 1829, los miembros de cada tribunal de comercio habían de ser necesariamente comerciantes y no jueces peritos en Derecho, la Ley de 1830 construyó un proceso ajeno a las tradiciones forenses de los juristas. Así, en su artículo 45 advertía que "no será permitido abultar y prolongar los escritos y alegatos con citas doctrinales de los autores que han escrito sobre jurisprudencia, ni de las leyes del Derecho romano o de países extranjeros...". Con la misma preocupación por asegurar la brevedad y excusar las usuales dilaciones y oscuridades de los abogados, otros artículos de la Ley de 1830 disponían que no era preceptiva la intervención de letrado ante los tribunales de comercio, y que en todo caso, las demandas y demás escritos procesales

deberían siempre redactarse con la mayor claridad posible, evitando redundancias y repeticiones innecesarias.

La jurisdicción especial mercantil funcionó durante más de treinta años y siempre de un modo satisfactorio, tanto en su aspecto orgánico (tribunales compuestos por comerciantes) como en el estrictamente procesal. Sin embargo, el Decreto de unificación de fueros (es decir, de jurisdicciones) de 6 de diciembre de 1868, llevado de un celo justificado por eliminar los muy diversos y perjudiciales tipos de tribunales especiales, suprimió también los de la jurisdicción especial mercantil, medida en este punto de discutible conveniencia.

4. DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL: LA POLÍTICA CODIFICADORA Y SUS CONSECUENCIAS

A lo largo del siglo XIX, fuera de España y también en nuestro país, se discutió cuál debía ser la relación entre Derecho civil y Derecho mercantil. La codificación separada de uno y otro Derecho en Francia y, por otra parte, un cierto prurito de algunos mercantilistas por marcar diferencias entre el propio campo y el de los civilistas, indujo a más de un jurista a acentuar la "independencia dogmática" del Derecho mercantil y a defender la resistencia de éste frente a la "vis atractiva" de conceptos y principios civilistas. Solía decirse desde este punto de vista que los principios mercantiles de agilidad del tráfico, de predominio de las decisiones de equidad y de respeto a la buena fe de los contratantes eran difícilmente compatibles con el mayor formalismo del Derecho civil.

Frente a esta postura, otros juristas defendían la unificación del Derecho mercantil y el civil, o, por lo menos, la reducción de aquél a un conjunto de normas excepcionales respecto al Derecho civil; desde este punto de vista, más o menos radical, lo aconsejable sería la codificación conjunta de ambos Derechos, o al menos de aquel sector de normas en el que es más íntima la relación entre Derecho mercantil y civil, como es el Derecho de obligaciones. De acuerdo con estas ideas (aunque en realidad para satisfacer conveniencias de carácter constitucional) en Suiza se promulgó en 1881 un Código de obligaciones en el que se recoge la materia de obligaciones y contratos, civiles y mercantiles.

En España, como ya hemos visto, se procedió a codificar por separado el Derecho civil y el mercantil, siguiendo en esto el modelo francés, y nunca hubo intentos de unificar legislativamente ambos Derechos. Ahora bien, así como en Francia primero se promulgó el Código civil (1804) y tres años después el mercantil, en nuestro país el orden se invirtió, precediendo en muchos años el Código de comercio de 1829 al Código civil, de lo cual se derivaron no pocas dificultades.

En efecto, al margen de las escasas posturas defensoras de una radical independencia del Derecho mercantil respecto al civil, en España predominó y predomina la tesis de que el Derecho mercantil es un Derecho especial, autónomo e insuficiente, que debe cubrir sus lagunas o deficiencias por medio de

normas y principios propios del Derecho civil. Esta doctrina, dominante también en Francia, tenía fácil cumplimiento allí, pues el Código civil contenía ciertamente una parte dedicada al régimen general de las obligaciones y encerraba una serie de principios normativos a los que cualquier jurista podía acudir para resolver problemas no tratados por la legislación mercantil.

Pero en España no había Código civil. Ello obligó a que en el Código de comercio de 1829 tuvieran que tratarse algunas cuestiones más propias de un Código civil que del de comercio, como todo lo contenido en las "disposiciones preliminares sobre la formación de las obligaciones de comercio" (arts. 234 a 236). Del mismo modo, la insuficiencia de muchas disposiciones mercantiles contenidas en el Código de comercio o en leyes especiales mercantiles tuvo que ser cubierta durante casi todo el siglo XIX acudiendo al Derecho de las Partidas o a las viejas doctrinas del Derecho común de raíz bajomedieval. Todo esto contribuyó a hacer entre nosotros más difícil la solución de eso que Garrigues ha llamado "una cuestión de límites", es decir, la determinación de hasta dónde llega el Derecho mercantil y dónde comienza el civil, y por consiguiente cuándo hay que aplicar normas mercantiles a un problema y cuándo es necesario recurrir a las civiles.

5. LEYES ESPECIALES MERCANTILES POSTERIORES AL CÓDIGO DE 1829

Limitándonos a los principales sectores del ordenamiento jurídico mercantil, veamos cuáles fueron las más importantes leyes especiales promulgadas después del Código de comercio de 1829 y con anterioridad al Código hoy vigente. Antes de proceder a su enumeración conviene formular dos observaciones:

a) El Código de Sainz de Andino pronto fue superado en materias tales como el Derecho de sociedades por las necesidades de un capitalismo en desarrollo, y como el propio Código se había abstenido de regular otras cuestiones mercantiles como, por ejemplo, la Bolsa, pronto ocurrió que gran parte de la legislación mercantil de mayor importancia quedó fuera del Código de 1829.

b) Un estudio del origen y de las principales etapas del capitalismo español del siglo XIX no puede ni debe realizarse sin tener en cuenta los textos legislativos que a continuación mencionaremos, entre los cuales conviene llamar la atención sobre los promulgados en el bienio progresista de 1854-56 y en el período revolucionario iniciado en 1868.

Durante el Antiguo Régimen hubo en España numerosas Lonjas o casas de contratación en las principales ciudades mercantiles (Barcelona, Valencia, Burgos, Sevilla), donde se reunían los mercaderes para tratar de sus negocios y concertar operaciones. Algunas de estas Lonjas todavía subsisten (por ejemplo, la de Valencia) con idéntica finalidad. *Por Real Decreto de 10 de septiembre de 1831 Fernando VII creó en Madrid la Bolsa de comercio.* La diferencia entre la Bolsa y las Lonjas es que en aquélla además de negociar sobre "todo género de mercaderías" también se realizan operaciones sobre valores o efectos públicos,

mientras que en las Lonjas no es posible contratar acerca de éstos. Lo específico y lo más importante de la Bolsa es, pues, el ser un mercado de valores (acciones, obligaciones) y de títulos o efectos públicos (títulos de la Deuda pública, por ejemplo). La Bolsa se creó en 1831 bajo un sistema de "vigilancia e inspección de la autoridad", con un rígido control e intervención pública. Este régimen se siguió hasta el *Decreto de 12 de enero de 1869*, que declaró libre "la creación de Bolsa de Comercio, Pósitos, Lonjas, Alhóndigas y cualesquiera otras casas de contratación". El régimen de libertad de Bolsa fue suprimido en 1874-1875, y vuelto a implantar por el vigente Código de Comercio de 1885.

La legislación sobre Banca fue también abundante. Destaca en primer lugar la ley de 3 de septiembre de 1829 que creó el Banco de San Fernando, el cual cambió de nombre para denominarse Banco de España por ley de 28 de enero de 1856. Esta última ley todavía exigía la concesión gubernativa para la creación de Bancos. Sin embargo, la ley de 19 de octubre de 1869 concedió plena libertad para la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento, así como para la constitución de todo tipo de compañías mercantiles. En materia de Derecho bancario es también importante el Real Decreto de 10 de agosto de 1875 aprobando los estatutos del Banco de España.

Otro campo en el que conviene señalar cuál fue la principal legislación es el correspondiente a las Sociedades Anónimas. El Código de 1829 exigía en su artículo 293 como requisito para la creación de este tipo de sociedades, que las escrituras de su fundación fuesen aprobadas por el tribunal de comercio del territorio en el que se establecieran. Este precepto sometía, pues, la creación de sociedades anónimas a un examen discrecional de la autoridad judicial. Un Real Decreto de 15 de abril de 1847 trasladó al Gobierno (reproduciendo con ello más fielmente que el Código del 29 el sistema francés) las funciones de vigilancia sobre la creación de Sociedades Anónimas, que hasta entonces habían correspondido, como ya dijimos, a los tribunales especiales de comercio. La Ley de Sociedades Anónimas de 28 de enero de 1848 desarrolló este régimen y amplió las restricciones legales para la creación de las citadas sociedades. No obstante, años después, durante el período de radical liberalismo económico iniciado con la revolución de septiembre de 1868, se dictaron dos disposiciones muy innovadoras en esta materia: a) el Decreto-ley de 28 de octubre de 1868, que derogó la Ley de Sociedades Anónimas de 1848, y b) la ley de 19 de octubre de 1869, ya citada antes, que autorizó la libre creación de sociedades mercantiles, las más importantes de las cuales se constituyeron bajo la forma de sociedades anónimas. Este régimen de absoluta libertad unido a la escasa regulación acerca de tales sociedades contenida en el Código de 1829 (e incluso, después, en el de 1885) dejó casi sin tutela jurídica tan trascendental materia. Las facilidades legales dadas por la ley de 28 de enero de 1856, regulando el establecimiento de sociedades anónimas de crédito, por la ley de 11 de julio del mismo año, propiciando la constitución de Compañías anónimas privadas para la financiación y ejecución del ferrocarril, y, finalmente, por las citadas leyes de 1868 y 1869 hicieron enormemente atractivo el mercado español para los capitales extranjeros. Como ha escrito Garrigues, "al amparo de este singularísimo régimen de libertad (de creación de sociedades anónimas), florecieron las combinaciones más sorprendentes y vieron la luz estatutos de sociedades con disposiciones extrañas y muchas veces inconciliables con la esencia de las Sociedades Anónimas". No parece, sin embargo, que tales estatutos fuesen inconciliables con el ánimo de lucro de los principales accionistas de dichas sociedades.

Las leyes especiales sobre Bolsa, Banca y Sociedades Anónimas que acabamos de citar, promulgadas en etapas de liberalismo político y de control del poder por núcleos de la burguesía más emprendedora, llevaron a cabo a partir de 1856 y sobre todo de 1868-1869 el proceso de institucionalización del capitalismo español sobre unos moldes radicalmente liberales desfasados ya respecto al capitalismo europeo, en el que precisamente por entonces comienza a advertirse un cierto intervencionismo estatal.

6. NUEVOS PROYECTOS DE CÓDIGO DE COMERCIO

Entre 1829 y 1885 (fecha del segundo y hoy vigente Código de comercio) hubo numerosos intentos de elaboración de nuevos códigos; hasta 1869 todos los esfuerzos fracasaron; desde esa fecha puede considerarse iniciada la dificultosa tarea de redacción del Código actual. Veamos de momento los trabajos realizados entre 1829 y la revolución del 68.

La primera Comisión para la reforma del Código de 1829 fue nombrada por Real Decreto el 13 de junio de 1834, y sus trabajos cesaron en mayo de 1836, al ser legalmente disuelta; todo el material por ella recogido y elaborado pasó a la Sección de Comercio del Ministerio de Marina, y en ésta se redactó el "Proyecto de Código de Comercio de 1837".

Por Real Orden de 1 de diciembre de 1837 se nombró una nueva Comisión para que mejorase dicho proyecto y lo adaptase al texto de la recién promulgada Constitución de 1837; esta Comisión presentó como resultado de sus trabajos un nuevo texto, el Proyecto de Código de Comercio de 1838, que ya estaba redactado el 3 de mayo de dicho año. El nuevo Proyecto oficial fue remitido para su estudio y mejora a la Junta del Almirantazgo y a los tribunales especiales de comercio, dándose origen con ello a dilaciones que acabaron por paralizar el trabajo de la Comisión. Como ha señalado Aurelio Menéndez, es muy verosímil que la citada Comisión se decidiera a someter al examen de los mencionados organismos el Proyecto de 1838 con la intención de facilitar la coordinación entre el futuro Código de Comercio y otros Códigos y de modo especial para lograr "la debida armonía con el ordenamiento civil que es el principal". Pero ni el Código civil apareció todavía, ni los trabajos de redacción del nuevo Código de Comercio prosperaron.

Antes bien sufrieron un prolongado estancamiento. En octubre de 1838, el entonces ministro de Comercio, José Antonio Ponzosa, dio un nuevo giro a la tarea codificadora. Por Real Decreto de 28 de octubre de dicho año, y sin perjuicio de que con la intención de perfeccionar el futuro Código, prosiguieran las consultas a los tribunales de comercio y a las otras entidades citadas, se creó una Comisión con la misión de que redactase un "proyecto de ley provisional comprensivo de los precisos artículos del Código que exigen urgentemente aclaraciones". Se trató de disociar las reformas urgentes al Código de 1829, objeto de una ley provisional modificadora del mismo, y, como tarea a más largo plazo, la redacción de un Código enteramente nuevo, a cuya formación "podría procederse con la calma, circunspección y detenimiento que requiere esta clase de obras". De hecho, el resultado fue que se abandonaron los trabajos preparatorios del nuevo Código, y que tampoco prosperó esa urgente ley provisional. La Comisión creada en 1838 para la redacción de ésta fue sustituida por otra en 1839, cuyos trabajos culminaron en el "Proyecto de ley provisional para la reforma de varios artículos del Código de Comercio", fechado a 6 de diciembre de 1840. Este texto constaba tan sólo de 24 artículos relativos a las más variadas materias del viejo Código y nunca llegó a convertirse en ley.

En 1855 se nombró una nueva Comisión para la reforma del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento de 1830; miembro de la misma fue el notable profesor de Derecho mercantil Pablo González Huebra, catedrático de la Universidad de Salamanca, su tierra natal, y después de la de Madrid; probablemente por encargo de la Comisión, González Huebra redactó un Proyecto de Código de Comercio, fechado en Madrid a 1 de octubre de 1858, recientemente descubierto por Aurelio Menéndez. El Proyecto es incompleto, pues sólo se extiende al Libro I y parece de valor desigual. Este es el último proyecto frustrado de Código de Comercio que hasta ahora conocemos.

7. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885

a) *El proceso de su formación*

Aunque no tuviera una culminación inmediata, el proceso de redacción del Código de 1885 comienza con el Decreto de 20 de septiembre de 1869. La

revolución del 68 dio lugar, como ya vimos, a muy importantes y numerosas leyes mercantiles todas ellas orientadas por un liberalismo económico radical. Estos mismos principios orientan el Decreto citado, cuyo contenido es doble: por un lado, disolvió la Comisión nombrada desde 1855 para la redacción del nuevo Código y dispuso que con toda urgencia se procediese a la designación de otra Comisión encargada de la redacción de un proyecto de Código de comercio y de otro de Ley de Enjuiciamiento mercantil; por otra parte, el Decreto de 20 de septiembre de 1869 estableció las bases sobre las que había de redactarse el Código. Es, pues, una auténtica Ley de Bases, y algunas de éstas eran tan explícitas y recogían con tanta fidelidad los principios orientadores del Código, que conviene reproducirlas; así sucede con la Base 1.ª, que dice textualmente:

“La reforma del Código de Comercio debe comprender, primero, la abolición de toda traba que impida o embarace la facultad que la Constitución concede a los españoles de contratar libremente, de ejercer toda clase de cargos y de asociarse para los varios fines humanos no contrarios a la moral y al derecho. Segundo, la ampliación de sus prescripciones a las nuevas combinaciones del orden económico y a los descubrimientos verificados desde 1829, que han modificado en gran parte las relaciones mercantiles.”

Desarrollando estas ideas fundamentales, la Base 3.ª decía:

“En consonancia con el espíritu de las bases anteriores, deberá suprimirse todo monopolio, privilegio o exclusión para el ejercicio de las varias profesiones comerciales.”

Se pretendía, pues, codificar un Derecho mercantil que obedeciese a un liberalismo radical y que se adecuase al desarrollo del capitalismo operado desde 1829.

Formaron parte de la nueva Comisión los más destacados juristas del momento; la presidió Pedro Gómez de la Serna y fueron vocales Manuel Alonso Martínez y Laureano Figuerola. La Comisión remitió al Gobierno el Proyecto de Código de comercio el 6 de febrero de 1875 a fin de que fuera examinado y mejorado por la Comisión General de Codificación, pero ocupada ésta en sus otras tareas, el Proyecto de Código de comercio permaneció dormido durante más de cinco años sin que nadie se dedicara a impulsarlo.

Por ley de 7 de mayo de 1880 se dispuso el nombramiento de una nueva Comisión que revisara el Proyecto de Código presentado en 1875; designada ésta por Real Decreto de 1 de marzo de 1881, estuvo presidida por Manuel Alonso Martínez e integrada, entre otros juristas, por Laureano Figuerola, Segismundo Moret, Manuel Colmeiro y Benito Gutiérrez. Revisado el texto de 1875, la Comisión remitió a las Cortes el nuevo Proyecto de Código de comercio, precedido de una extensísima Exposición de motivos, el 18 de marzo de 1882. Después de ser objeto de debates en ambas Cámaras legislativas, el Código de Comercio fue promulgado y publicado el 22 de agosto de 1885, entrando en vigor el 1 de enero del año siguiente.

b) *Contenido y características del Código*

El Código de Comercio de 1885 continúa teniendo la misma estructura del de 1829; en su articulado se regulan casi todas las cuestiones que antes formaban el contenido del Código viejo, con la excepción de las concernientes a los tribunales especiales de comercio, ya que éstos habían sido suprimidos definitivamente desde 1868, más todas las materias que habían sido objeto de leyes mercantiles especiales posteriores a 1829, tales como las concernientes a Bolsa, Banca, sociedades de crédito, compañías de ferrocarriles, seguros de vida e incendios, cheques, etc.

Hay, sin embargo, una materia en la que continúa vigente el Código de 1829. Los autores del de 1885 suprimieron casi todos los artículos relativos a los aspectos procesales de la quiebra de comerciantes, en espera de que de esto se ocupase la futura Ley de Enjuiciamiento mercantil; pero como esta ley nunca llegó a redactarse y como la Ley de Enjuiciamiento civil no trató de tales cuestiones, los tribunales continúan aplicando en nuestros días la mayoría de los preceptos del Libro IV, títulos II a XI del Código de comercio de 1829 que se ocupan de la regulación procesal de la quiebra.

La larguísima Exposición de Motivos del Código, redactada según parece por el jurista e historiador Bienvenido Oliver, destaca la fidelidad del nuevo Código a las Bases derivadas del Decreto del 20 de septiembre de 1869 y del liberalismo que inspiraba este texto orientador. En este punto los redactores del Código y de su Exposición de Motivos no falsean la realidad. Más discutibles son, sin embargo, otras dos afirmaciones contenidas en la misma Exposición relativas al concepto de Derecho mercantil y a las relaciones de éste con el Derecho civil:

En el primero de estos temas, los autores del Código del 85 contraponen exageradamente el viejo Código del 29 y el que ellos acaban de redactar, atribuyendo a aquél una visión subjetiva y profesional del Derecho mercantil, frente a la cual destacaría por lo moderna la concepción del nuevo Código, según el cual y “de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica”, el Derecho mercantil, concebido como ordenamiento regulador de los actos objetivos de comercio, “propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren”. Es falso que el Código de 1829 tuviera tal concepción del Derecho mercantil, pero es cierto que el Código actual subraya los aspectos objetivos del Derecho mercantil y se preocupa (de modo especial en su artículo 2) por referirlo a los actos de comercio. Otra cosa es que esta concepción que del Derecho mercantil tenía el legislador de 1885 sea acertada y esté hoy en día admitida por la doctrina de los especialistas.

Algo parecido puede decirse a propósito del modo de entender la relación entre el Derecho mercantil y el civil sustentada en la Exposición que antecede al Código. Los autores de la misma consideran que dada la expansión y generalización del “espíritu mercantil” y de las relaciones comerciales

"... es innegable que no puede quedar reducido (el Derecho mercantil) al estrecho círculo en que antes se movía, sino que, por el contrario, tiene que agrandarse cada día más, convirtiéndose de Derecho excepcional o particular y como una rama del civil en que hasta hace poco era tenido, en un Derecho propio e independiente, con principios fijos derivados del Derecho natural y de la índole de las operaciones mercantiles."

Esta pretendida "independencia" del Derecho mercantil respecto al civil constituye una exageración, hoy en día no compartida por casi ningún especialista de Derecho mercantil, y al mismo tiempo se compagina mal con el propio articulado del Código. En efecto, varios artículos del mismo, como el artículo 2 al fijar las fuentes aplicables a los actos de comercio, y el artículo 50, al establecer las reglas por las que han de regirse los contratos de comercio, se remiten expresamente y con carácter subsidiario a las "reglas del Derecho común", esto es, a las normas del Derecho civil.

8. EL DERECHO MERCANTIL, DESPUÉS DEL CÓDIGO DE 1885

El Código de comercio de 1885 está todavía vigente, y su estudio no nos compete. Otro tanto podríamos decir del Derecho positivo posterior al mismo. Sin embargo, y con la intención de que estas páginas constituyan una elemental introducción o acercamiento al estudio del Derecho positivo vigente, expondremos de forma muy breve algunas consideraciones sobre el más reciente Derecho mercantil.

a) *Concepción doctrinal del Derecho mercantil dominante en nuestros días*

La mayoría de la doctrina mercantilista extranjera (desde Wieland y Mossa hasta Schreiber y Escarra) y española (Girón Tena, Broseta, Bercovitz, Duque, Garrigues, éste con algunos reparos o matices dubitativos) considera hoy el Derecho mercantil como Derecho de la empresa. No debemos exponer aquí el contenido de esta teoría, pero sí conviene indicar que significa entre otras cosas un retorno a la concepción del Derecho mercantil como un ordenamiento cualificado en parte por sus aspectos subjetivos. Hoy en día la tesis del Derecho mercantil como regulador de los actos objetivos de comercio está generalmente abandonada.

b) *Legislación posterior al Código de 1885*

Cada propósito codificador encierra, lo confiese o no, la ilusión de incluir en el Código todo el Derecho de la especialidad jurídica de que se trate, pero siempre la realidad demuestra a cortísimo plazo la imposibilidad de tal espejismo y pronto el Derecho desborda los límites del Código para albergarse en leyes

especiales. El proceso descrito se dio también con referencia al Derecho mercantil y al Código de 1885.

Después de esta fecha, hay que distinguir entre las leyes que han modificado expresamente artículos concretos del Código y aquellas otras que han regulado materias especiales nacidas de hechos económicos nuevos, necesitados de una ordenación jurídica propia. No tendría sentido hacer aquí una relación de todas ellas. Sólo queremos indicar que unas y otras son más abundantes en Derecho mercantil que en otras secciones del ordenamiento jurídico, sin duda por la mayor movilidad de la materia mercantil, tan directamente vinculada a las nuevas exigencias de las actividades económicas.

c) *Derecho mercantil y capitalismo avanzado*

La etapa actual del capitalismo, caracterizada por la constitución de mercados internacionales, por las tendencias monopolistas, por la existencia de empresas multinacionales, por la importancia de la iniciativa económica de los poderes públicos, por la planificación indicativa, por la concentración de capitales y por la necesidad de estimular el consumo, entre otros muchos fenómenos, exige una regulación jurídico-mercantil que no cabe en los ya viejos moldes del Código radicalmente liberal de 1885. La coexistencia de éste con algunas de las más recientes leyes especiales tiene no poco de anacronismo. Quede para los profesionales del Derecho mercantil la tarea de resolver posibles antinomias entre aquél y éstas y acaso la misión de preparar un nuevo Código de comercio. Para el historiador basta con señalar que el Derecho no se detiene nunca; que la codificación es la última etapa de la historia del Derecho que nosotros estudiamos, porque es la etapa en que vivimos, pero que a su vez está ya siendo superada; y finalmente que el Derecho mercantil es en nuestro tiempo un ordenamiento amplísimo y prolijo del cual el ya viejo Código de 1885 es tan sólo una pequeña —aunque básica y principal— parte.

BIBLIOGRAFIA

- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 7.ª ed., 1976.
 RUBIO GARCÍA MINA, J., *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid, 1950.
 GIRÓN TENA, J., "El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil*, 1954, 695-807.
 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "El Registro mercantil español. Formación y desarrollo", en el libro colectivo *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, IV, Madrid, 1974, págs. 11 a 140.
 ROJO, Angel, "José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española". *Revista de Derecho Mercantil*, 1977, 121-128.