

CARLOS PETIT

HISTORIA DEL DERECHO MERCANTIL

Prólogo de
Manuel Olivencia

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	11
ABREVIATURAS.....	17
PRESENTACIÓN	19
 PARTE PRIMERA LA CULTURA DEL <i>IUS MERCATORVM</i> 	
CAPÍTULO I. <i>MERCATURA Y IUS MERCATORUM</i>	25
§1. Piezas de ajedrez.....	26
§2. El mercader y la ciudad	28
§3. Orden, naturaleza y <i>mercatura</i>	30
§4. Del <i>ius mercatorum</i> al Derecho mercantil	33
CAPÍTULO II. CULTURA Y COSTUMBRES MERCANTILES.....	37
§5. Costumbre mercantil y <i>ius consuetudinarium</i>	38
§6. Referentes culturales del uso mercantil	42
§7. Negocios y caridad	45
§8. Amistad de mercaderes	49
§9. Letras amorosas y diferencias de amigos	53
§10. Costumbres mercantiles y «usos de comercio»	55
CAPÍTULO III. LA CASA DE COMERCIO.....	59
§11. Casa familiar y casa de comercio	59
§12. Casa y compañía.....	62
§13. La lengua (de la casa) del comercio	65

	Pág.
CAPÍTULO IV. SABERES DEL MERCADER	73
§14. La ciencia del negociante.....	74
§15. Un ámbito profesional para la mujer	77
§16. El mercader y la <i>iurisprudencia</i>	81
PARTE SEGUNDA	
ESTRUCTURAS DEL <i>IVS MERCATORVM</i>	
CAPÍTULO V. <i>VSVRA</i>	87
§17. El mercader y la condena.....	89
§18. Usura y tratos mercantiles	95
§19. Usura e <i>interesse</i>	101
§20. Negocios y usura en tiempos ilustrados.....	104
CAPÍTULO VI. CORPORACIÓN.....	117
§21. Mercaderes y tratantes: cuestiones de definición	118
§22. Universidades mercantiles e hispana república	122
§23. Jurisdicción normativa: costumbres y ordenanzas	125
§24. Jurisdicción contenciosa: el tribunal mercantil	128
§25. La <i>Contratación</i> con las Indias: jurisdicción y <i>Casa</i> (siglo XVI)	132
CAPÍTULO VII. ORDENANZAS DEL CONSULADO DE BILBAO	145
§26. Ordenanzas de los siglos XVI y XVII	145
§27. Ordenanzas de 1737: formación y contenido	149
§28. Difusión de las Ordenanzas por España y América	158
PARTE TERCERA	
EL MONARCA, LOS CAMBIOS Y EL COMERCIO	
CAPÍTULO VIII. GOBIERNO «ACTIVO» E INICIATIVAS COMERCIALES ...	165
§29. De la política a la disciplina doméstica.....	167
§30. Sociedades mercantiles y Reales compañías	172
§31. Comercio libre y consulados.....	194
§32. Nuevas Ordenanzas: proyectos de Barcelona, Sevilla, Cádiz	199
CAPÍTULO IX. BANCA Y BANQUEROS EN EL MADRID ILUSTRADO....	205
§33. El banquero y la <i>Curia ilustrada</i>	206
§34. Negocios y compañías de los <i>Cinco Gremios</i>	209
§35. Metáforas agrícolas y ganancia mercantil	214
§36. Rey y banquero	219

	Pág.
CAPÍTULO X. EL REAL BANCO DE SAN CARLOS (1782).....	227
§37. Servidumbres institucionales del Banco «Nacional»	227
§38. Gobierno bancario, actividad mercantil y privilegios	239
§39. <i>Signos</i> financieros y <i>cosas</i> mercantiles.....	253
§40. Constitución bancaria y revolución liberal.....	260
 CAPÍTULO XI. PRÁCTICA CAMBIARIA A USO DE LIBERTINOS.....	265
§41. Teatro y economía	266
§42. Gente de <i>letras</i>	268
§43. <i>We eat and drink paper, and live upon paper</i>	278
§44. <i>Rien en Angleterre n'est comme dans le reste de l'Europe</i>	288
§45. <i>Cento in Francia</i>	298
§46. <i>Ma in Ispagna son già mille e tre!</i>	304
§47. <i>Les deux amis, ou Le Négociant de Lyon</i>	311

PARTE CUARTA

HACIA EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL

CAPÍTULO XII. DERECHO MERCANTIL Y CONSTITUCIÓN (1812)	315
§48. Código y tribunal: el diseño de Bayona.....	317
§49. La Nación, la propiedad y las corporaciones.....	319
§50. Las Cortes y el comercio	322
§51. <i>Arreglo</i> constitucional del consulado: años de Cádiz.....	327
§52. <i>Arreglo</i> constitucional del consulado: Trienio	330
§53. La cuestión de la fiscalidad corporativa.....	341
§54. Código Penal y clase mercantil.....	347
 CAPÍTULO XIII. DERECHO MERCANTIL Y CODIFICACIÓN (1829)	349
§55. Ecos ilustrados en la codificación mercantil	350
§56. Consulado de Madrid y proyectos de Estado.....	354
§57. Un burócrata mediocre, propietario de rica biblioteca.....	357
§58. El (malquisto) Código de Sáinz de Andino	367
§59. Lectura mínima del Código	390
 CAPÍTULO XIV. EL CÓDIGO Y LAS TIERRAS DE LA MONARQUÍA.....	393
§60. Código comercial y corporaciones territoriales.....	395
§61. El Código en La Habana	398
§62. De Puerto Rico a Filipinas	405
 CAPÍTULO XV. LAS ANÓNIMAS Y EL CÓDIGO DE COMERCIO (1830-1847).....	411
§63. Abusos de lenguaje y nuevos tipos societarios.....	412

	Pág.
§64. La regulación positiva	422
§65. Intervención de los tribunales de comercio	430
CAPÍTULO XVI. DERECHO MERCANTIL Y LEGISLACIÓN (1848)	439
§66. El motivo de la revisión del Código.....	440
§67. El Código ante los tribunales de comercio	443
§68. En vísperas del (inexistente) Código Civil.....	445
§69. Derecho de sociedades y autorización gubernativa	451
§70. La sociedad por acciones y el Consejo Real.....	458
§71. Especialidades legales en el ámbito de lo especial.....	468
CAPÍTULO XVII. DERECHO MERCANTIL Y JURISDICCIÓN (1868).....	471
§72. Actos de comercio y justicia mercantil	472
§73. De la diversidad a la unidad de fueros	476
§74. Hacia un nuevo Código de Comercio	489
CAPÍTULO XVIII. DERECHO MERCANTIL Y EDUCACIÓN (1883).....	493
§75. Literatura formativa en asuntos de comercio.....	493
§76. Del escritorio a la <i>Facultad</i>	498
§77. Cátedras y textos principales	504
BIBLIOGRAFÍA	519
ÍNDICE ANALÍTICO.....	569

PRÓLOGO

Cuando recibí la invitación de Carlos Petit a prologar este libro, volví a recordar que el maestro Joaquín Garrigues nos enseñaba «a distinguir la soberbia de la vanidad, a evitar la primera como pecado capital, y a ser permisivos con la segunda, “la satisfacción que se siente ante el elogio de los otros”, “pecadillo venial que a los profesores universitarios, carentes de otras satisfacciones nos está perdonado...”». Con estas palabras traspasé el umbral de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en mi discurso de ingreso. Se han cumplido diez años de aquel discurso (7 de noviembre de 2005) cuando reitero el recuerdo y repito aquellas frases.

Carlos Petit fue destacado alumno mío de Derecho mercantil, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en los años de su licenciatura, que culminó con Premio Extraordinario en 1977. Si mucho me honra su invitación a escribir el prólogo de esta obra suya, más aún es de agradecer el privilegio que supone si atiendo a la causa que invoca: en la escritura de estas páginas está presente el recuerdo de mis clases. Omito el adjetivo con que las califica porque excede ya de la levedad del pecado de vanidad. Sin duda, el tiempo idealiza el recuerdo del pasado, pero no es la primera vez que Carlos Petit invoca con generosidad mis enseñanzas.

Él sentía ya en aquellos años setenta del siglo pasado la vocación por la historia, y es cierto que mis enseñanzas invocaban siempre la importancia de la historia como método de conocimiento del Derecho mercantil. No era ni soy un historiador del Derecho, pero sí un convencido de la relevancia que en nuestra disciplina tiene el método histórico. Me limitaba en mis clases a esbozar rasgos elementales en la explicación del nacimiento y vida de las instituciones mercantiles, pero he tenido la buena fortuna de que aquella simiente germinó por caer en terreno bien abonado.

El caso de Carlos Petit no es el único ni el primero, lo que me lleva a pensar que el magisterio no es solo transmisión de conocimientos, sino un incentivo para adquirirlos. Como en la cesión de derechos, yo no podía transmitir más conocimientos que los que tenía, pero sí despertar en mis alumnos

la curiosidad científica por alcanzarlos. Sobre todo en materia histórica mercantil española, tan escasa de aportaciones en aquella época y aún hoy, pese al evidente progreso en su investigación.

El estímulo por los estudios de Historia del Derecho y, especialmente, del mercantil llevó a aquel joven Premio Extraordinario de Licenciatura a acercarse al magisterio autorizado del Prof. José Martínez Gijón. Integrado en su Departamento, Carlos Petit se insertó en la línea de investigación marcada por su maestro, la de historia de las instituciones mercantiles y, en especial, de las compañías.

En apenas dos años, elabora una esmerada tesis doctoral sobre La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas de Bilbao, 1737-1829, leída en 1979 y publicada en 1980, que, como el autor confiesa, es fruto del estímulo de la obra de su maestro La Compañía Mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas de Bilbao. Legislación y Doctrina (Sevilla, 1979), su continuación temática y cronológica.

En el núm. 160 de la Revista de Derecho Mercantil (1981), publiqué un trabajo titulado «Sobre la historia de la compañía mercantil. Aportaciones del Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla», un elogio de la labor desarrollada por el Prof. Martínez Gijón y su escuela, en el que me refería a su discípulo Carlos Petit como «uno de los más prestigiosos valores de nuestro joven profesorado universitario» y a su tesis doctoral, como «obra madura, elaborada a través de una paciente y meticulosa investigación y de un profundo análisis crítico de las fuentes utilizadas».

No me equivoqué en el elogio ni en la confianza en el desarrollo de esa línea de investigación. Treinta y cinco años separan a aquel artículo de este prólogo y la obra escrita del entonces joven doctor es hoy realmente impresionante.

Carlos Petit repitió doctorado en Bolonia. Colegial de San Clemente de los Españoles en 1984 y 1985, elaboró en aquella Universidad su tesis Recherche sul processo tra tardoantico e medioevo, bajo la dirección del Prof. Colliva.

Sus estancias en universidades y centros de investigación extranjeros contribuyeron decisivamente a su formación: en Alemania, el Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt; en Estados Unidos, la Universidad de California, en Berkeley; en Francia, el Institut d'histoire des anciens pays de droit écrit, de la Universidad de Montpellier. Ya como profesor visitante, imparte docencia en Bélgica, en la Universidad de Amberes; en Italia, en las de Catania, Roma-Tre, La Sapienza, Bolonia, Nápoles y Ferrara; en Portugal, en la Nova de Lisboa, o en Colombia, en Medellín.

Sus numerosísimas y excelentes publicaciones se han venido dedicando a temas monográficos, a estudios profundos de parcelas concretas del vasto campo de la historia del Derecho, con predilección del mercantil. Un repertorio riquísimo de esos estudios está en los cimientos de esta obra. En su presentación, el autor relaciona las publicaciones que forman la base del libro; pero no se trata de una recopilación de escritos dispersos, sino de una

verdadera Historia del Derecho Mercantil, y por tanto, de una obra general, desarrollada sistemáticamente, desde sus orígenes medievales a la codificación decimonónica.

El carácter general que expresa su título y que constituye la aspiración del autor, alcanzada después de casi treinta y nueve años de labor investigadora, se inserta en la línea que él describe, iniciada por el «pionero esfuerzo» de Levin Goldschmidt (Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891) y que llega a Romuald Szramkiewicz (Histoire du droit des affaires, 1989), pasando por Francesco Galgano (Storia del Diritto Commerciale, 1976; hay una edición posterior, Lex Mercatoria. Storia del Diritto Commerciale, 1998), para mí el mejor.

En España no hay precedente alguno de obra general sobre la historia del Derecho mercantil, por lo que hay que reconocer el carácter novedoso y original de la investigación de Carlos Petit. No le priva de la categoría de general el hecho de que no abarque todas las instituciones mercantiles o de que quede fuera de su ámbito el Derecho marítimo, que «es otra historia», con características propias, diferentes del terrestre. Se excluyen también tipos de contratos y la quiebra; pero es que la obra no es una historia de las instituciones (de todas las instituciones) sino del Derecho mercantil como rama especial del Derecho privado. El horizonte abarca los confines de la materia jurídico-mercantil y, dentro de ellos, su contenido esencial, sus peculiaridades, las razones de su nacimiento, las formas de su creación, las causas de su evolución.

No es tampoco una historia lineal del Derecho mercantil, en el sentido de sucesión continua de hechos, sino una descripción de hitos, de señales que marcan a lo largo del tiempo un proceso, desde el origen de esta rama del Derecho a los grandes cambios operados en su evolución.

Que el Derecho mercantil sea una «categoría histórica» significa mucho más que negarle su categoría ontológica, su naturaleza esencial, sustancial o permanente; o que atribuirle su carácter mudadizo, variable, fluido como el río de Heráclito en el que no nos bañamos dos veces. Lo histórico es cambiante, sí, pero es algo más: es algo que tiene su razón de existir y de evolucionar en un conjunto de conocimientos, de convicciones, de creencias, de modos de vida que denominamos cultura, que también cambia a lo largo del tiempo, pero que en cada época orienta la conducta humana, porque constituye su base, su fundamento.

Esta concepción de lo histórico, en la que tanto insistió Ortega y Gasset, está en los cimientos de la obra de Carlos Petit, en la que el Derecho mercantil se presenta como una categoría cultural que debe su existencia y su evolución a ese repertorio de ideas que llamamos cultura, en el que están su razón de origen y las causas de sus cambios.

Me complace ver esa tesis reflejada en la obra de Carlos Petit, cuya parte primera, base de toda su estructura, lleva el título «La cultura del ius mercatorum». Desde el pórtico del libro, está presente esa cultura del mercader medieval. Se trata de un «tesoro de saberes», conocimientos jurídicos, geo-

gráficos, históricos, políticos, de crónicas y de noticias, de reglas de conducta impuestas por la Moral antes que por el Derecho, de prácticas de vida y de valores.

Esa cultura inspira el nacimiento del ius mercatorum, una cultura cristiana y «ordenada» a un fin sobrenatural; una cultura ciudadana, burguesa, gremial, familiar, económica, doméstica. El cambio de aquel ius mercatorum al Derecho mercantil es, en definitiva, un cambio cultural, que, como dice el autor, «constituye el asunto de este libro»: el cambio del viejo ius mercatorum a un único ordenamiento jurídico del Estado, su «juridificación», su «codificación» y la conversión de la economía doméstica en política son sus claves.

Aquel viejo Derecho nació de la «costumbre como cultura», ínsita en la naturaleza misma de la fuente originaria del ius mercatorum y en la clave de su «condición universal», que todavía conserva.

En la misma línea del peso cultural se inserta, con especial trascendencia, la relación entre teología moral y Derecho mercantil. En el repertorio de creencias que integra la cultura ocupan lugar preferente las religiosas. No hay creencia más firme que la fe y es la moral cristiana la que rige la conducta humana en la época histórica en que nace el ius mercatorum. Las relaciones de la mercatura con el dinero, la ganancia, los límites de lo ilícito vienen marcados por la moral antes que por el Derecho. De ahí la importancia de los moralistas sobre la de los juristas, en la descripción del tráfico y en la calificación de las prácticas de los mercaderes.

Carlos Petit aborda así el tema capital de la usura en la parte segunda de la obra, dedicada a las estructuras del ius mercatorum, una descripción magistral de la moralidad de las actividades mercantiles, desde el «pensamiento aristotélico», el Antiguo y el Nuevo Testamento, el ius canonicum clásico y las condenas papales y de los moralistas, a los pronunciamientos universitarios sobre la licitud de los intereses y a las prácticas destinadas a burlar la prohibición, hasta la permisión de los ilustrados.

Un capítulo antológico el de la usura, fruto de una investigación cuidadosa y honda, como el tema merece. Como lo es también el capítulo dedicado a la corporación, otro hito señero en la historia del Derecho mercantil, desde la organización social de su origen y hasta el liberalismo, en el que la función primordial es la administración de justicia.

El capítulo incluye el estudio de la contratación con Indias («Jurisdicción y Casa») y va seguido de otro en el que se trata específicamente de las Ordenanzas de Bilbao, como «caso particular», «hito en la historia del ius mercatorum hispánico».

La parte tercera de la obra señala otra etapa fundamental en esa historia. El mercantilismo de Estado, la práctica de la negociación por la Corona, las «reales compañías», «Rey y banquero», con Capítulo especial dedicado al Real Banco de San Carlos.

El capítulo que cierra esta parte tercera, «Práctica cambiaria a uso de libertinos», es un modelo de descripción del tráfico fiduciario, fundamental-

mente del instrumentado con letras de cambio, expuesto con literatura de la época y explicativo, también, de su cultura.

La parte cuarta y final, «Hacia el Derecho mercantil español», parte de otro hito fundamental, la Constitución de Cádiz (1812), para proseguir con el tratamiento de la Codificación de 1829, materia en la que Carlos Petit es un consumado especialista que nos ha dado muchas primicias del Código de Sainz de Andino, de las anónimas (1830-1847), la revisión del Código (1848), la unificación de fueros y la supresión de la jurisdicción mercantil (1868) y cerrar con un original capítulo dedicado al Derecho mercantil en la educación, especialmente en la universitaria.

La obra general se queda en las puertas del Código de 1885, que sigue siendo actualidad. La historia no se cierra, siempre queda abierta, en especial la del Derecho mercantil, que nos describe con maestría, con lujo de fuentes, con buena prosa y rica erudición esta obra, una historia del Derecho mercantil in fieri, in vía, in itinere, cuya característica permanente es el cambio. Un motivo más para agradecer esta obra pionera de un consumado investigador.

Manuel OLIVENCIA RUIZ

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil

Universidad de Sevilla

PRESENTACIÓN

Hace unos cuantos años Andrés Botero, profesor de filosofía del Derecho en la Universidad Industrial de Santander (Bucaramanga), me sugirió reunir varios trabajos y publicarlos en Colombia. Pensé de inmediato juntar algunos textos sobre Derecho mercantil histórico, mi primer ámbito de investigación; una consideración más reposada me llevó sin embargo a retomar esos viejos materiales, corregir sus mayores carencias y añadir los resultados de nuevas investigaciones con el propósito de completar una obra de alcance general. Si este plan se alejaba de las sugerencias de Botero, me permitía al menos avanzar en mis estudios y presentar ante los lectores un libro —creo que faltaba en la literatura especializada— compuesto según un índice coherente.

Con sus muchas limitaciones —nada digo sobre la quiebra ni me entretiene el régimen particular de los contratos; otra exclusión, acaso más comprensible, corresponde a las figuras del Derecho marítimo— la presente *Historia del Derecho mercantil* intenta cubrir los tópicos principales que la expresión sugiere (saberes y prácticas del mercader, valores y virtudes de la profesión, imperativos religiosos del tráfico, organización gremial, ejercicio en común de los negocios, bancos, monedas, cambios... para llegar por fin al momento de los códigos y de la ley del Estado); salvo ese momento «liberal», tan marcadamente jurídico, los primeros capítulos del libro relegan el *Derecho* al lugar, algo secundario, que históricamente le conviene: esto es, detrás de usos técnicos, máximas evangélicas, consejos morales, costumbres corporativas. Desde tal perspectiva —poco convencional— el título escogido debe entenderse como un tributo pagado a la tradición —una honrosa línea que conduce del pionero esfuerzo de Levin Goldschmidt (1891) a Francesco Galgano (1976), Leon Trakman (1983), Jean Hilaire (1986), Romuald Szramkiewicz (1989), Umberto Santarelli (1989), José Martínez Gijón (1999)— y como una «etiqueta de producto» que oriente sin grandes equívocos al posible interesado.

Aunque en las páginas siguientes predominen los materiales de origen hispánico, tanto impresos como inéditos, no he renunciado a los clásicos fran-

ceses, ingleses, italianos... convencido del horizonte europeo de la antigua *lex mercatoria*; la lectura de esos autores (incluyo a moralistas y a ciertos ciudadanos muy reputados en la república de las letras) ha sido fundamental para trazar el capítulo dedicado a las experiencias cambiarias (cap. XI): un ámbito cuya comprensión conduce al análisis comparado de modo casi natural. Proceder más propio del análisis monográfico que de la obra de síntesis, nunca he rehusado combinar la labor desarrollada en la biblioteca —tan fructífera para escribir las dos primeras partes— con la pesquisa de aquellos documentos que ampliaran nuestros escasos conocimientos; acúdase por ejemplo al cap. XIV para apreciar cuánto puede saberse sobre la entrada en vigor del Código de Sáinz de Andino gracias a los papeles de Cuba, Filipinas y Puerto Rico que custodia el Archivo Histórico Nacional. Y lo mismo cabría decir de la autorización judicial y gubernativa de las compañías por acciones, desconocido argumento de los caps. XV (§65) y XVI (§70) que se trataba al menos de abocetar.

Advierto al lector de una apreciable diferencia en el tratamiento dispensado al *ius mercatorum* y al *Derecho mercantil*. El mejor conocimiento historiográfico del primero hace posible una síntesis que busca, ante todo, la *interpretación*. En cambio, para los capítulos que forman la cuarta parte de esta obra la insuficiencia de estudios, unida a la riqueza de las fuentes, me ha llevado a privilegiar la *narración*. Ojalá el acopio de datos estimule futuras interpretaciones y conozcamos mejor los tipos y criptotipos del Derecho mercantil español en los siglos XIX y XX.

Relaciono por último las aportaciones —aparecidas a lo largo de treinta años— que forman la base del libro actual: en más de un sentido esta *Historia...* también es *mi* historia. La diversa distribución de contenidos, los continuos añadidos y correcciones (con capítulos escritos para esta ocasión: caps. I, VIII, XIV, XV, XVIII), la actualización bibliográfica¹ y una intensa labor de reescritura superan con creces las versiones primitivas.

«Arreglo de consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno Derecho mercantil español», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), pp. 255-312.

«Ordenanzas de Bilbao», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, vol. XVIII, Barcelona, Francisco Seix, 1988, pp. 526-537.

«Los derechos consulares en el Trienio», en AAVV, *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu*, Valencia, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1989, pp. 773-782.

«Oposición foral al Código de Comercio», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59 (1989), pp. 698-736.

«Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional», en Carlos PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 87-122.

¹ Cito en las notas de una forma abreviada; el lector queda invitado a consultar la relación final para disponer de los datos completos de la literatura en uso.

- «Derecho mercantil. Entre corporaciones y códigos», en Bartolomé CLAVERO, Paolo GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, I, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 315-500.
- «Signos financieros y cosas mercantiles, o los descubiertos de la Ilustración cambiaria», en Vito PIERGIOVANNI (ed.), *The Growth of the Bank as Institution and the Development of Money Business Law* Berlin, Duncker & Humblot (Comparatives Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 12), 1993, 225-310. Salió también en los *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, III, Madrid, La Ley, 1994, pp. 2125-2204.
- «Repubblica per azioni. Società commerciale e società politica nell'epoca classica», en Angela DE BENEDICTIS e Ivo MATTOZZI (curs.), *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridica*, Bologna, Clueb, 1994, pp. 79-84.
- «*Mercatura y ius mercatorum*. Materiales para una antropología del mercader premoderno», en Carlos PETIT (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 15-70.
- «Casa y tribunal. Jurisdicción y conflictos de la contratación en los años fundacionales», en AAVV, *España y América. Un océano de negocios* (V Centenario de la Casa de Contratación, 1503-2003), Catálogo de la exposición, Madrid, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, 2003, pp. 119-130.
- «Del *vsus mercatorum* al uso de comercio. Notas y textos sobre la costumbre mercantil», en Salustiano DE DIOS *et al.* (eds.), *Historia de la Propiedad. IV: Propiedad y prescripción*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2006, vol. I, pp. 283-320. También salió en la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade federal do Paraná*, 48 (2008), pp. 7-38.
- «El anonimato de la sociedad mercantil y la llamada responsabilidad limitada», en Francisco J. LEÓN SANZ *et al.* (eds.), *Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 77-91.
- «El legislador y la Biblioteca. Los fondos de Andino en la Universidad de Sevilla», en Eduardo PEÑALVER (ed.), *Fondos y procedencias. Bibliotecas de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 2013, pp. 311-321. También apareció en *Glossae. European Journal of Legal History*, 10 (2013), pp. 489-506.
- «El Código de comercio de Sainz de Andino. Algunos antecedentes y bastantes críticas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 289 (2013), pp. 109-151. Otra versión salió en *Historia Juris, Homenaje al Prof. Santos Coronas*, II, Oviedo, KRK Ediciones, 2014, pp. 1259-1273.
- «Consejos de Casanova a Da Ponte, o práctica cambiaria a uso de libertinos», en *Quaderni fiorentini*, 44 (2015), pp. 665-743. Un resumen apareció en Gustavo S. SIQUEIRA y Ricardo M. FONSECA (org.), *História do direito privado. Olhares diacrônicos*, Belo Horizonte, Arraes, 2015, pp. 19-43.
- Y la inesperada pérdida de José M.^a Coma me obligó a adelantar en su recuerdo el cap. I: «*Mercatvra y ius mercatorum*», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 28 (2015), pp. 845-858.

Una última palabra de agradecimiento va para don Manuel Olivencia. Somos tantos los que hemos aprendido en sus clases Derecho mercantil

que no me atrevo a llamarlo mi maestro. La gentileza con que aceptó, en medio de sus muchas ocupaciones, escribir el prólogo de este libro creo, sin embargo, que me autoriza a considerarlo mi amigo. Un generoso y sabio amigo.

PARTE PRIMERA

LA CULTURA DEL *IVS MERCATORVM*

Derecho mercantil (droit commercial, diritto commerciale, direito comercial, commercial law, Handelsrecht) sería una mala traducción de la vieja expresión *ivs mercatorvm*. Y no se trata, por supuesto, de una simple diferencia de lenguas, ni tampoco de conceptos jurídicos: está en cuestión una profunda diversidad de cultura. Antes de nuestros tiempos modernos —códigos estatales, individuos posesivos, sinalagma contractual— los mercaderes ejercían una actividad *naturalmente* necesaria y por eso estimada legítima («arte o vero disciplina intra persone ligiptime giustamente ordinata in cose mercantili, per conservatione del'humana generation, con isperanza niente di meno di guadagno»), no obstante la mancha moral que nacía del contacto asiduo con el dinero. Sabían ellos también que su destreza profesional, lograda en el seno de la familia, dependía de los vínculos de amistad anudados con otros colegas, a veces distantes y por eso solo accesibles gracias a la tinta y el papel; llegado que fuera el caso esos «amigos del comercio» darían un paso adelante para restaurar un crédito —en los «términos de gracia» que paralizaban la voracidad del acreedor— o para aceptar un efecto cambiario sin que mediaran valores preexistentes. Eran cosas que se aprendían en *casa*, espacio doméstico pero también compañía comercial: los pactos de este contrato reproducían las jerarquías del parentesco y consagraban la posición subalterna de los socios-empleados; además, cuando vivir y comerciar en común generaba conflictos la intervención arbitral de los amigos resolvía con facilidad las diferencias. Cualquier solución mejor que acudir al tribunal, incluso al juez corporativo: «por una porquería», escribió un comerciante que pronto conoceremos, «no he de armar un pleito en la plaza, cuando hasta entonces no había tenido ninguno». Se le exigía una deuda pagada de la que no tenía recibo y razonó de este modo «pacífico» un nuevo desembolso de veinticinco doblones.

Compatible con la presencia masculina al frente de la casa de comercio esa cultura del amor y la amistad se codificó en usos y textos compues-

tos en lengua materna, así accesibles al público femenino: la negociación aceptó la participación de las mujeres —una auténtica rareza entre las actividades profesionales del Antiguo Régimen— y aun estimó esa presencia conveniente con tal de asegurar la continuidad de una empresa familiar. Lo admitieron documentos que enunciaban experiencias cotidianas y unían a las reglas del gobierno doméstico otros varios conocimientos, a veces de contenido jurídico y siempre geográfico, histórico, político: rutas y relatos de viaje, nociones caligráficas y contables, tablas de cambios, descripción de contratos, definiciones de productos y propuesta de formularios... Una extensa *library of trade and commerce*, en suma, doctrina de conductas y expresión de *status*.

Rechazada por una moral severa la tentación especulativa, el lucro mercantil se entendía lícito como retribución de aquel tesoro de conocimientos. Actuar con «seny e saber», disponer de «saviessa e discreció», vivir con arreglo a ciertas virtudes cristianas («fe e veritat», «fe e gran lealtat», «diligència», «trenprança e mesura») fueron los consejos del mercader medieval —el ignoto autor de un *Libre de conexenses de spícies* que quedó manuscrito, solo disponible entre las cuatro paredes de la casa— que siglos posteriores no dudaron en seguir. Pues el tráfico de mercancías, la aritmética comercial y la emisión de papeles fueron las manifestaciones técnicas de valores religiosos muy profundos que la condena de la usura (§ 17) hizo presentes en el ámbito de los contratos. En realidad, la antigua cultura del *ivs mercatorvum* declinó tales valores con un raro equilibrio entre el espíritu lucrativo y las prácticas de caridad.

CAPÍTULO I

MERCATVRA Y IVS MERCATORVM

La cultura del Antiguo Régimen, de expresión y práctica cristiana, concebía la sociedad como producto de una ordenación cósmica derivada del acto divino de creación. El *orden* era, a un tiempo, situación estable y valor a conservar, principio de legitimidad y fin último, síntesis de diversidades y proyecto que otorgaba sentido a todo lo existente¹. Por supuesto, esta representación ideal, cuya hermosa iconografía es visible en cualquier lugar de Europa, fue históricamente compatible con tensiones sociales y antagonismos bélicos.

Se explica así la difusión que alcanzaron en el lenguaje político y jurídico las metáforas ordenantes, como la casa o la ciudad, el reloj y la balanza, que sugerían respectivamente la existencia de acciones y mecanismos coordinados para el logro de un objetivo (levantar el edificio, marcar el curso del tiempo: preciosa forma de celebrar la divina creación) y la búsqueda de equilibrios entre múltiples conflictos y poderes. Entre las metáforas organicistas fue recurrente el árbol, perfecta imagen de unidad en la diversidad: utilísima para representar un linaje familiar con sus miembros, las acciones y los trámites exuberantes del proceso, en fin, la *iurisdictio* —el poder estimado legítimo— de cantidades y calidades ordenadas (*imperium merum* o *mixtum*, *iurisdictio stricte sumpta*, *coertio*). Más conocida resultó aún la metáfora antropológica, que veía la sociedad al modo y manera de un cuerpo humano cuyos órganos vitales se encuentran fuertemente coordinados, sin perjuicio de la autonomía necesaria para ejercer las funciones propias de cada uno².

¹ Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, pp. 92 ss.

² Walter EUCHNER, Francesca RIGOTTI y Pierangelo Schiera (curs.), *Il potere delle immagini*; también, Francesca RIGOTTI y Pierangelo SCHIERA (curs.), *Aria, terra, acqua, fuoco*. Más específicos, del mismo SCHIERA, «La dottrina delle immagini», pp. 137-159, así como Jesús VALLEJO, «Acerca del fruto del árbol de los jueces», pp. 19-46.

En estas y similares figuraciones la pluralidad de elementos, órganos y resortes expresaba la complejidad en la unidad; una pluralidad exactamente unificada, porque *ordenada* en busca de una meta última y transcendente, el mismo Dios creador.

§1. PIEZAS DE AJEDREZ

Una de aquellas metáforas parece muy útil para introducirnos en la cultura mercantil. Se trata del juego de escaques o ajedrez, donde cada una de las piezas, diferente a las demás en forma y movimientos, ocupa un lugar determinado en el espacio compartido del tablero y contribuye al éxito de la partida. Hay trebejos nobles, a comenzar por el rey y la dama con inclusión de los alfiles, los caballos y las torres, cuya misión defensiva y gubernativa no hace falta siquiera destacar; hay también piezas de rango inferior, igualmente imprescindibles y decisivas cuando se desea desarrollar una sesión *ordenada*.

No nos interesa la historia del ajedrez, cruce entre Oriente y Occidente y expresión de manifestaciones culturales «altas» que impregnaron a la sociedad en conjunto. Es suficiente recordar que la evolución del pensamiento depositado en ese noble juego, visible en la cambiante carga simbólica de sus piezas, pasó por la superación de su condición primera de simulacro bélico para constituir un modelo perfecto de vida en común³. En relación con las figuras del ajedrez, situadas en sus casillas según posición relativa al rey, los ocho peones servían de infantería (la fuerza militar menos dotada) para significar después los oficios populares. Los peones están en otra fila —los artesanos y menestrales conformaban otro estamento social— pero su avance regular resulta tan necesario para conseguir la victoria como aquellos oficios lo eran para la subsistencia de la comunidad. Y todos con sus atributos y su función dentro del estamento popular, sometidos al régimen común de cada profesión: labradores, carpinteros, sastres y escribanos, taberneros, médicos, boticarios... Sin olvidar a los mercaderes.

Tal es el momento intelectual que refleja el tratado *super ludum scacchorum* del dominico lombardo Giacopo de Cessolis, compuesto en el Trecentos, pronto vulgarizado en alemán, francés y catalán, finalmente impreso en versión castellana como *Dechado de la vida humana, moralmente sacado del juego del ajedrez* (Valladolid, 1549). Rebosante, según el licenciado Martín de Reina, traductor y adaptador, de una «doctrina dulce y provechosa, porque en un juego de tanto artificio se dibujan y representan todas las personas que ha de haber en un reino, así las que gobiernan como las que han de ser regidas y gobernadas, y la manera como cada uno ha de usar y ejercitar su oficio, y la arte de conversar y contratar que han de entre sí», documenta el aludido deslizamiento de la metáfora guerrera a la social, donde los mercaderes gozaban por fin de un lugar específico y

³ Rainer A. MÜLLER, «Il gioco degli scacchi come metafora della società tardomedievale», pp. 114-125.

sus actividades de trato — la *mercatura*— quedaban legitimadas en el cuadro general de la perfecta república⁴.

El comerciante aparecía, en efecto, como un «peón que está sentado delante del rey y representa a una figura de hombre, de la siguiente manera: en la mano derecha sostiene una balanza con un marco o pesa, y en la izquierda, un palo o vara de medir. En la cintura, una bolsa con dineros, preparada para pagar a quienes le pidan prestado o cambio» (trat. III, cap. 4). «La vara de medir representa a los mercaderes de paños. La balanza, a los que cambian el dinero y lo prestan, y el marco y la bolsa, a quienes reciben los depósitos», añade aún el *Dechado*, para explicar, con los símbolos del caso, ciertas especies de actividad mercantil que nos ocuparán más adelante (§21).

El capítulo incluía además una prolija descripción de los vicios que asaltan al mercader —la avaricia en particular— con variados ejemplos y consejas. «La avaricia nace de la codicia, y da lugar a toda clase de vicios... suele ocurrir que muchos que tienen nombre de mercader y fama de honrados, cuando llega el momento de recobrar lo que se dejó en su poder, no sienten vergüenza en negar haber recibido lo que se les encomendó en depósito... Dice Séneca que la filosofía enseña a ser justo en el trato y a pagar honradamente, pues el varón sabio conoce el valor de las cosas y en cuánto han de ser estimadas; examinará cuánto recibió, de quién lo recibió, cuándo, dónde y en qué manera. ¿Quieres saber lo que nos hace olvidarnos de lo recibido? La codicia de lo que aún esperamos recibir. Y con esto hemos acabado lo que queríamos comentar de los mercaderes», concluye el *Dechado de la vida humana* antes de tratar «De los médicos, cirujanos y boticarios, representados por el quinto peón».

El hermoso libro de Cessolis nos sirve para apreciar que un oficio o menester en aquellos tiempos antiguos del *ius mercatorum* no suponía solo el ejercicio de opciones o gustos personales. Más bien estaba en cuestión el equilibrio de la sociedad y la existencia, así necesaria, de una profesión junto con otras, todas convenientes; todas sin embargo practicadas al lado de posiciones de diferente índole —del clero a la milicia, con inclusión de las clases letradas— que eran más excelentes, por eso dotadas de preeminencia jurídica⁵.

Tampoco el apetito de ganancia bastó para justificar la dedicación al comercio. La censura a la avaricia que encierra el tratado de Cessolis, traducida efectivamente en normas religiosas y jurídicas con un alcance que pronto estudiaremos (§§ 17 ss.), contenía una valoración negativa del ánimo lucrativo: este sería admisible —como mal menor— porque la *merca-*

⁴ Jacobo DE CESSOLIS, *Dechado de fortuna*, pp. 68 ss.

⁵ Sobre consejeros del príncipe y jueces, *vid.* «De las cualidades y oficios de los alfiles», pp. 30 ss.; sobre nobles y caballeros, *vid.* «De la figura y virtudes de los caballeros y hombres de guerra», pp. 35 ss.; sobre clérigos y vicarios del rey, *vid.* «De las virtudes del oficio de los roques y de lo que significan en el reino», pp. 45 ss. y «De los movimientos de los roques, que representan a los dignatarios de la Iglesia, a los gobernadores del reino y a los auditores del Consejo», pp. 98 ss.

tura satisfacía la necesidad de nutrir a la república. De ese modo, con la irrelevancia de voluntades personales y el escrúpulo ante las aspiraciones egoístas, la profesión del comercio se situó entre valores morales indisponibles, lo que fue históricamente decisivo.

§2. EL MERCADER Y LA CIUDAD

Los textos conducen a otros textos en un juego de remisiones con profunda coherencia. El traductor de nuestro libro, consciente de su valor institucional, recordaba la existencia de un escrito aún *De regimine principum*, un *Tratado sobre el gobierno de los reyes* que había compuesto en el siglo XIII el dominico, gran teólogo Tomás de Aquino⁶.

Del ajedrez al gobierno, esta otra obra describe la fundación de una ciudad (lib. II), comunidad que ha de regir un príncipe (de preferencia monárquico: lib. I, cap. 6), cuya formación, deberes y funciones ofrece la excusa general para la reflexión política (lib. I). Y advirtamos que la hipótesis no se traducía en una actividad gratuita o artificial, pues la vida común respondería a la condición sociable del hombre como imperativo de la naturaleza (lib. I, cap. 1). Tampoco se concebía la traza de la ciudad como un acto de auténtica creación: por el contrario, se trataría de un instante, en sí mismo contingente, de ordenación de espacios y de especies que son el fruto de la voluntad divina (lib. I, cap. 13). Y la divinidad suministra finalmente no solo la materia para construir la urbe sino, sobre todo, el modelo para mejor ajustar su gobierno.

Desde luego, «es necesario que la ciudad fundada por el rey tenga abundancia de víveres, porque sin ellos la ciudad no puede ser perfecta» (lib. II, cap. 3). Ahora bien, los bienes que hacen posible la subsistencia provendrán, ya del abastecimiento propio, «cuando la región es tan fértil que puede producir abundancia de alimentos para satisfacer las necesidades», ya del intercambio, «mediante el comercio, por el cual se traen las cosas necesarias para la vida, de diversas partes». Entre tales posibilidades sería mejor la primera, «pues más digno es el ser autosuficiente, que el carecer de algo necesario», mientras que la dependencia de redes mercantiles que garantizan el aprovisionamiento encerraría el mal objetivo, por desgracia inevitable, de la poca seguridad en el flujo de suministros. Traerá consigo además la presencia en la ciudad de gentes de fuera «acostumbrados a leyes y tradiciones extrañas», con riesgo de que acabasen corrompiendo su vida política. «Y si los habitantes de dicha ciudad se vuelven mercaderes, se añadirán nuevos vicios», esto es, el sinnúmero de pecados derivados de la codicia: condición moral del lucro individual, entendido como la búsqueda de riquezas con menosprecio de un supremo *bien común*⁷. Un vicio —una tendencia pecaminosa, al menos— que empañaría en origen la actividad mercantil y degradaría, según veremos (§ 18), el Derecho de contratos.

⁶ Tengo a mano la versión castellana de Carlos I. González, por la que cito: Tomás DE AQUINO, *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, pp. [253] ss.

⁷ Pierangelo SCHIERA, «Il *bonum commune* fra corpi e disciplina», pp. 15-34.

Estas consignas políticas —que eran, según regla en Tomás, derivación de ideas aristotélicas (cfr. Arist. *Política*, lib. IV [VII], cap. 5, 1326b)— nos han guiado otra vez al problema de la codicia, pecado capital del mercader. Y no se trata de la simple coincidencia de un tratado sobre el príncipe localizado en el siglo XIII y otro sobre el juego de ajedrez compuesto cien años más tarde, que pudiera contarlos entre sus fuentes. Por el contrario, nos topamos con una cultura que identificaba estamentos y profesiones atribuyéndoles, junto a un régimen jurídico y un lugar político propios, una manera de ser y una moral corporativa. En la ciudad —ese proyecto de vida colectiva— siempre habrá elementos positivos que cultiven la virtud y convivan junto con otros, más negativos y viciosos. Positiva es la milicia (de la nobleza), que atiende al bienestar y la seguridad de todos: a la ciudad en su conjunto. No necesitaba entonces ulterior justificación. Negativo es el mercader, guiado por su interés, débil de cuerpo y de espíritu, «inepto para los trabajos militares». El tráfico mercantil —la *mercatura*— inconcebible en la república auto-abastecida, era un mal necesario que exigía razones a su favor. Y eran tales razones en fin las causas objetivas impuestas por la naturaleza: «es necesario que no se excluyan los mercaderes completamente de la ciudad, porque no fácilmente se puede encontrar un lugar que abunde en todo lo necesario para la vida, y que no necesite de algunas cosas traídas del exterior; y por otra parte es necesario que los sobrantes sean llevados por los mercaderes a otros lugares, para que no se corrompan por la excesiva abundancia».

«Conviene que una ciudad perfectamente organizada tenga mercaderes, pero con medida». No parece necesario comprobar la exactitud de las descripciones anteriores, más bien exigua aunque en absoluto despreciable en circunstancias de desarrollo económico rudimentario, según fueron las condiciones vigentes en mercados de ámbito local. Tampoco debemos atender las paradojas de la posición deteriorada del comerciante en el espacio ciudadano que le fue naturalmente propio, pues son paradojas aparentes o pedidas de principio. Derivadas del desajuste entre una concepción ideal (la república autoabastecida) y su realización práctica (la ciudad que coloca excedentes y cubre, por medio del comercio, carencias de productos), en la retórica del *De regimine principum* tan importante resultaba el mercader como también necesaria era su condena. En la Europa romano-germánica que conoce, superado el año Mil, un indiscutible renacimiento ciudadano y un aumento prodigioso de la riqueza, se ponía en juego el predominio de las rentas de la tierra —obtenidas, sin discutirse su legitimidad, por el clero y la milicia— frente a las más humildes rentas mercantiles, cuyo auge progresivo —siempre de moralidad dudosa: toleradas por títulos ajenos al ánimo individual— correspondió al auge de los mercaderes, unos peones de ajedrez con importancia creciente. El hecho de despreciarlos expresaba la sumisión del comerciante a los estamentos privilegiados; y no fue privilegio inane, según se ve en el tratado tomista, controlar los argumentos que distribuían los vicios y las virtudes entre los diversos estratos sociales y profesiones.

Sobre este telón de fondo tan velozmente abocetado sabemos que Tomás de Aquino encerró en el binomio *bien individual* — *bien común* (áni-

mo de lucro del mercader *vs.* felicidad de la comunidad) las tensiones de una historia que se demuestra de larga duración. Si el ansia del primero concedía al mercader un papel degradado, la consideración del segundo — el más relevante, por ser finalidad de la política— solucionaba la situación paradójica de ese «codicioso» ciudadano: indeseable pero imprescindible en cualquier república bien temperada.

§3. ORDEN, NATURALEZA, MERCATURA

No hace falta insistir en la ambivalente posición del mercader-ciudadano según ese modo de entender la vida comunitaria: una *complejidad ordenada* según la religión, dotada de figuras mayores y menores —entre ellas los malquistos comerciantes— con funciones más y menos dignas, definidas en relación con el *bien común*. La idea suprema de orden, ínsita en la naturaleza y presupuesto de tal bien, se identificó de ese modo con la comunidad misma, convertida como sabemos en una vía para justificar los siempre discutibles tráficos. Mas sería equivocado creer que el orden natural y sus múltiples declinaciones quedaron confinados en polvorientos libros de teología que estudiaban la *política* tras los pasos de un filósofo ateniense. Al contrario, esas manifestaciones del orden eran las piezas de una cultura difusa, presente en los discursos destinados a los miembros de la clase mercantil.

Tengo presente el *Libro dell'arte di mercatura*, una práctica compuesta a finales del siglo xv por Benedetto Cotrugli (Kotrulić), comerciante croata de Ragusa (Duvronic) afincado en Nápoles; impresa con el título, mucho más expresivo, *Della mercatura e del mercante perfetto*, conoció varias ediciones y una versión a otra lengua (1573, 1602; 1582, trad. francesa: *Traité de la marchandise*)⁸. A caballo entre el género mercantil, el tratado moral y la disciplina «*oecomómica*» (en su sentido prístino que conviene precisar: doctrina del gobierno familiar) el locuaz texto de Cotrugli contiene bastante más que una serie de capítulos inconexos sobre el mercader y sus contratos, su vida religiosa, la dignidad y cualidades de su estado, su régimen doméstico. En realidad, podemos leerlo como una *summa* de ética que arranca desde la *monástica* mercantil (el autogobierno de quien ejerce el comercio con conciencia de *status*)⁹ hasta llegar a la proyección *política* del ejerciente por el cultivo de virtudes cívicas en el seno de una *casa* cuya ordenación *económica* también interesa.

⁸ Jochen HOOK y Pierre JEANNIN (Hrsg.), *Ars mercatoria*, I, pp. 65-6, refs. C12.1 (Venecia, 1573), C12.2 (Lyon, 1582), C12.3 (Brescia, 1692).

⁹ Construyen el prototipo del buen mercader las viejas prácticas medievales de *mercatura*, memoria familiar de los secretos y las tradiciones de una casa de comercio; aquel *Libre de conexenses de spícies* publicado por Gual insistía en las condiciones espirituales del mercader («seny e saber», «esser savi e discret», «saviessa e discreció») y su moral profesional («fe e veritat», «fe e gran lealtat», «diligència», «trenprança e mesura»). «Encara mercader deu far hordonar», concluye el anónimo escribiente, «ab fe e ab veritat tots sos affers, e sos contractes, e sos escrits, he sos comtes planament, pagar so que deu, a demanar so que hom li à dar que altre li degua».