

# El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado

Por JOSÉ GIRON TENA  
Catedrático de Derecho Mercantil

## § I

### PLANTEAMIENTO

Es preciso en este tema de planteamiento proceder con cuidado para ver de entenderse, en cuanto a la coincidencia de alcances y planos de enfoque, entre tanta literatura como en la actualidad tiende, ya, a oscurecer las soluciones por su misma abundancia. Por lo menos, hay que intentar que quede claro si se discrepa o se coincide, para que, de antemano, se sepa qué punto y con qué alcance se discute.

I. Cuando se propone el problema del concepto del Derecho mercantil no siempre se tiene una idea clara acerca de la «clase» de concepto de que se trata; es decir, de las NOTAS «GENÉRICAS» PRELIMINARES acerca del mismo que permitan situarse antes de proseguir la averiguación de las diferenciaciones específicas y, de esta manera, hallar en qué sector del conocer jurídico nos movemos.

A) Primeramente, conviene saber si puede tratarse de un *concepto de Derecho positivo*, es decir, de los utilizados por el legislador en los ordenamientos en vigor y, dentro de esta idea, de qué clase de entre los que ha venido clasificando la Metodología y la Teoría general del Derecho, bien en estudios monográficos, bien en las partes generales del Derecho civil.

Los conceptos jurídicos han sido el centro fundamental de las controversias metodológicas, y podría dudarse de la oportunidad de este punto de planteamiento; hace falta recordar, por ello, que el concepto es imprescindible, tanto para el legislador como para la ciencia jurídica; lo que se discute es la manera de elaborarlos el legislador y el jurista y el uso que de ellos debe hacerse (1).

I. Podría pensarse (hay, pues, que considerarlo) para los ordenamientos actuales, en la existencia de un concepto de Derecho mercantil de carácter positivo, calcable en sus contornos sobre la noción de institución jurídica; mantenida esta noción como definidora de determinados sectores homogéneos de

---

(1) Vid HÄCK, pág. 61, en su *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), para citar una tendencia revisora.

normas jurídicas, dictadas alrededor de unos supuestos conceptualmente acotados y que inspiran un complejo de disposiciones al servicio de unos determinados fines (2), por tanto, independizada la noción de la tesis jurídica, institucionalista, habría de verse si en efecto tales notas se dan.

Como es sabido, el sistema de Derecho positivo—pues también el ordenamiento jurídico es un sistema—presenta determinaciones o acotaciones precedentes a los mandatos de las normas que se efectúan en base a conceptos de mayor o menor generalidad y en distinto grado jerárquico en cuanto a su comprensión; así, matrimonio, filiación, etc. se encuentran subsumidos en el mayor grado de generalización que implica el concepto de familia. La generalidad de propósitos o contenido teleológico de las normas sobre estas figuras se agranda al ascender en los conceptos; la unidad de fines igualmente se descubre a costa de una generalización progresiva siguiendo el rumbo indicado. Examinado el aspecto estructural de las normas—peculiaridades técnicas y de coordinación—ocurre algo semejante. A partir de un determinado momento, la noción ordenadora deja de ser útil si, además, no dejara de estar fundada.

Para los ordenamientos actuales nadie piensa que haya de pedirse a la noción positiva de Derecho mercantil las características de una institución jurídica; la diferenciación debe buscarse en la siguiente nota: la delimitación del concepto de una institución jurídica es, de suyo, única instancia preliminar a la efectividad de los mandatos que rigen los presupuestos conceptuales legislativos, mediante el mecanismo ordinario de subsunción; en los ordenamientos actuales, en el caso de existencia de compartimentos formales (Códigos separados) autónomos—presupuesto de la existencia de tal concepto positivo—, la delimitación de la esfera de vigencia de los mismos, si se hace con carácter general, sería instancia previa a la caracterización institucional del supuesto de hecho que haya de ser sometido al Derecho positivo para permitir así la subsunción. Quedan envueltas una pluralidad de instituciones.

Las líneas anteriores están sugeridas principalmente por una idea que formuló ROCCO—luego repetida—, que estimo que contiene una observación exacta: la de que las normas delimitadoras de la materia mercantil no son sancionadoras y carecen de contenido jurídico-material (3).

2. Si se acepta que deba descartarse el planteamiento del número anterior, habrá que proponerse el problema en el plano de los «sectores» que cortan en partes la unidad fundamental del ordenamiento jurídico. Pero siempre aun en el terreno del derecho positivo, y, por tanto, con abstracción de las exigencias de la sistematización de la Ciencia jurídica.

Se habla de «sectores» del ordenamiento jurídico deliberadamente; quiere actualizarse con esta terminología un tema que, sin embargo, trae viejos antecedentes históricos; hay que hablar de porciones del ordenamiento jurídico, porque, en esta forma, se presenta en la actualidad lo que antes de la conformación del Estado moderno podría proponerse como pluralidad de ordenamientos; no otro antecedente tiene el tema de las relaciones entre el Derecho común y los derechos especial, excepcional y privilegiado (4).

(2) MESSINGRO, *Manuale*, 8.ª ed., 1950, I, 53, y ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates* (1940), pág. 130.

(3) *Principios*, trad. GARRIGUES (1931), pág. 42.

(4) No es preciso insistir en esta síntesis, que ya se ha realizado. Vid. ARBOLEYA, *Su-*

En la teoría general del Derecho se estudia el problema de la esfera de aplicación del Derecho (5); a la regla de unidad y totalidad del ordenamiento jurídico siguen especificaciones en cuanto a vigencia en el espacio (comunidades nacionales), en el tiempo (retroactividad o irretroactividad), que no suelen suscitar dificultades—en cuanto al temario que engloban y a la justificación de que se traten—que repercutan sobre lo que ahora nos interesa. No así en lo referente a la delimitación personal y material de normas o sectores de normas. Aquí nos aparece, en las relaciones de normas o sectores de normas, un dato reminiscente de la vieja desmembración de ordenamientos que plantean aquellas relaciones en un plano en cierta manera jerárquico. Del conjunto unitario y jerárquicamente indiferenciado de normas se desglosan:

El *privilegio* es «una regla jurídica cuyos caracteres distintivos se encuentran en su significado restringido, individualizado, en ser una norma excepcional y en estar unida a una determinada persona o cosa, respecto de la que crea inmediatamente una situación jurídica nueva y especial» (6). La individualización casuística detrae a las normas de esta naturaleza del concepto de Ley, en el que va implícita una nota de generalidad. Asimismo, y por razón de la excepcionalidad, se elimina la interpretación analógica.

El concepto y consecuencias recogidos en rápida síntesis reciben el acarreo de una larga tradición que habla de la reducción del número de privilegios, de la odiosidad al recibirse el principio de igualdad, etc., al mismo tiempo que explican las consecuencias derivadas de la noción que antes se han recogido.

*Derecho excepcional* es derecho privilegiado por su contenido, pero que conserva la nota de generalidad como nota de pura amplitud y no indicativa y reflejo de la igualdad. Derecho normal es el que reglamenta una materia, no importa de qué amplitud, en base a principios o ideas que tienen y conservan valor organizador general; Derecho excepcional es aquél cuyo principio organizador no tuvo—o ha perdido—el carácter general; sus reglas que van «contra tenorem rationem» de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva..., habiendo perdido toda fuerza creadora o habiendo nacido con eficacia restringida, no pueden sus reglas ser interpretadas extensivamente contra el Derecho común o normal, ni tener poder expansivo como regulación racional y ejemplar (7).

Los ejemplos más corrientes son sectores de normas reminiscentes y ocasionales (derecho de guerra, v. g.). Históricamente es en este plano de ideas donde se venían dando las relaciones entre los distintos Derechos que tenían su explicación en las situaciones de poder que precedieron a la formación de los Estados.

*Derecho especial* presenta, como diferencia específica de su noción, la de la parcialidad material de su esfera de vigencia; cualitativamente no es dife-

puestos cardinales de la ciencia jurídica moderna, en «Rev. Esta. Plis.», núms. 54, 57 y 60 y en 54, pág. 57 y ss., y NAWIASKY, págs. 30, 73 y ss., por ej. (*Allgemeines Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, 1941).

(5) NAWIASKY, cit. pág. 73 y ss.

(6) CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, pág. 105.

(7) CASTRO, cit. pág. 103. Vid. también MESSINGHO, I, cit. pág. 51.

rente del común o general, pues, en definitiva, contempla, o debe contemplar, por razones de justicia distributiva en forma diferente en el contenido de sus disposiciones determinados sectores de personas o cosas o actividades. De estas notas se derivan las consecuencias de preferencia en la aplicación respecto al Derecho común—puesto que lo pide la particularidad contemplada—y la posibilidad de interpretación analógica, que no está impedida por la odiosidad de la «ratio» de excepción (8).

A este concepto actual no obsta el que hayan devenido derechos especiales los que lo fueran excepcionales históricamente; la analogía, por su parte, vendrá acotada por sus propios fundamentos y no necesita ser concebida como fuente de principios que extiendan su alcance por encima de las instituciones específicas en que luego se divide el Derecho especial; la especialidad no necesita ser referida a complejos normativos de extraordinaria amplitud; hay más bien en el conjunto del ordenamiento una gradación de normas que son especiales respecto de otras, que, con respecto a ellas, son comunes.

3. Con las ideas precedentes puede proponerse el problema del concepto del Derecho mercantil desde el punto de vista del Derecho positivo como un tema de caracterización dentro de las clases de sectores enunciados. De aquí se siguen las siguientes consecuencias importantes:

a) Mientras el estudio se mantenga en la determinación de los caracteres genéricos (derecho privilegiado, excepcional o especial), forzosamente habrá de aflorar una relación funcional, en la cual el Derecho que se considerase común será la variable independiente y el Derecho mercantil función de ella; esta función está históricamente dada en un proceso evolutivo, pues no es ni más ni menos que una faceta de la general a que se hizo referencia al tratar de los conceptos de esos sectores de normas. Es secuela de la idea precedente la necesidad de seguir la evolución histórica de la relación indicada.

b) En la investigación de las diferencias específicas que sirvan para aislar el concepto positivo del Derecho considerado—el mercantil—, habrán de tenerse en cuenta las siguientes peculiaridades: Por tratarse de un sector de normas de mayor amplitud que el correspondiente a una única institución jurídica, la diluminación de los rasgos de los aspectos teleológicos y estructural del conjunto normativo será mayor que en las más generales de entre aquellas. Si a esta idea se añade la ya consignada del carácter meramente delimitador de las normas que acoten en un caso un sector como derecho excepcional o especial, resultará: 1.º Que no hay por qué pensar que necesariamente el legislador haya perseguido una finalidad única de donde deducir para el derecho positivo una sola noción teleológica que sirva a la fijación del concepto del derecho especial o excepcional que se trata de buscar; el acotamiento puede seccionar un sector de personas, cosas o relaciones por una pluralidad de razones, que quedan remitidas al tratamiento jurídico en instituciones separadas; el acotamiento jurídico-positivo, por razones históricas, sociales o de otra índole, puede reflejar el haber considerado un sector de vida de la comunidad, delimitado por referencia a cosas, personas, o relaciones, en atención a que ha requerido un tratamiento jurídico diferente del general, pero después, de

(8) Vid. CASIRO, cit. pág. 101, y MESSANO, pág. 52.

hecho, este deslinda, como un «prius» lógico o técnico, trata cada necesidad en el enmarque de las instituciones que lo recoja. 2.º De aquí se sigue que la uniformidad de caracteres estructurales de las normas no suela darse en los derechos especiales como sectores jurídicos.

Naturalmente, nada impide que en la relación entre el Derecho general y especial pueda llevarse a que en un sector considerado como derecho especial que tenga las notas de una institución jurídica, resulte que las ideas enunciadas en los números anteriores sean sustituidas por las de uniformidad de carácter teleológico y de notas jurídico formales de la reglamentación.

B) Pero el examen del problema del concepto puede ponerse, además, en un plano—por lo menos en el punto de partida—distinto: concepto de una Ciencia jurídica del Derecho mercantil. Y este problema, a su vez, se ha de considerar exista o no un acotamiento positivo formal. De nuevo hay que ascender al enmarque en unas generalidades preliminares que dejen situada esta cuestión en sus justos términos:

1. El objeto de las Ciencias jurídicas—la Justicia y su aplicación—permite un examen desde distintos puntos de vista; se distinguen Filosofía del Derecho—que se ocupa de la ideología jurídica—, Historia del Derecho—para su evolución—, Sociología del Derecho—que examina el Derecho en el conjunto de los hechos sociales—, Política jurídica—que trata de la adecuación de las normas a su fines—, Teoría general del Derecho—que toma como objeto los conceptos jurídicos generales—y una Ciencia del Derecho positivo, que, como ciencia aplicada y práctica, se ocupa de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad de que se trate. Inmediatamente que se examine la enumeración expuesta—que es la usual—(9) se cae en la cuenta de que es posible hacer, respecto de esta división, las siguientes observaciones: 1.ª Si las ciencias jurídicas indicadas operan sobre un determinado ordenamiento—la Filosofía del Derecho podría proponerse su temario con independencia, pero no las demás—se entrecruzarán la Ciencia del Derecho positivo con las otras. 2.ª Como a su vez la Ciencia del Derecho positivo no puede renunciar a la crítica ni a la investidura conceptual y sistemática, resulta que la diferenciación de hecho se presenta en dos formas: por el grado de atención dedicado a cada uno de los aspectos expuestos como objeto y por la generalidad con que dicho objeto se aborda (en la Ciencia del Derecho positivo dividido en distintas disciplinas; en las demás, sin esta división). 3.ª La relatividad de las divisiones evidencia la unidad de la Ciencia del Derecho, de la misma manera que ésta necesita entroncarse en el árbol de las ciencias (10).

2. Es evidente que el concepto del Derecho mercantil como ciencia habrá de buscarse en el conjunto de la Ciencia del Derecho positivo, y, de nuevo, hay que proponer algunas generalidades sobre esta Ciencia para precisar los términos de planteamiento de nuestro problema:

a) En la actualidad, frente a las corrientes que independizaban a la Cien-

(9) Vid. CASTRO, págs. 64 y ss., y NAWIASKY, I, 86.

(10) Vid. LÓPEZ ORTEGA, *Studi filosofici sulla scienza del Diritto*, en «Annali Univ. Macerata», XII-XIII, pág. 260.

cia jurídica del conjunto de mandatos en que el Derecho positivo consiste y que llevaban a la elaboración de un sistema de conceptos que pretendían su validez por sí mismos, arrancando exclusivamente de su base lógica, se conviene en el carácter teleológico de esta Ciencia; se trata de colaborar en la realización de la justicia con el legislador, discriminando la jerarquización de fines por éste establecida y en su función de establecer una lógica material—frente a la formal precedente, que, en definitiva, opere con el contenido o «ratio» de las normas del ordenamiento positivo.

He huído deliberadamente de ligar las apreciaciones precedentes a la terminología de la escuela de la jurisprudencia de intereses, para inducir lo que dé la aportación de ésta ha quedado aceptado por la doctrina con carácter definitivo, a pesar de que, a veces, no se expresa de dónde se toman las ideas o al pretender atacar a las posibles ideas extrajurídicas profesadas por los propugnadores de la escuela, se produzca el hecho de que el lector generalice una repudiación que no se ha producido (11).

b) De aquí se sigue la diferenciación de dos tipos de *sistemas*: los que se llaman *sistemas* interno y externo; el primero es parte integrante de la investigación de la ciencia jurídica práctica y teleológica actual y en la medida en que ésta necesariamente opera sobre el ordenamiento positivo no puede independizarse de éste; el segundo atiende a fines de claridad en la exposición; de donde éste último no es adecuado para fundar en él el descubrimiento de preceptos jurídicos que pretendan vigencia; no así el primero, que surge con la investigación misma y va fundando las proposiciones del investigador del Derecho positivo. El grado de arbitrariedad del sistema externo puede permitir cualquier agrupación de sectores jurídicos, pero será preciso entenderse acerca de que se pretende con ello, exclusivamente, un fin extrajurídico (12).

Si el Derecho mercantil quiere fundar su existencia sobre la base de un sistema interno, tendrá necesariamente que ampararse en el Derecho positivo y buscar en él su justificación. Más de nuevo aquí, hay que proponerse el problema de la amplitud de la actividad de jurista ante el Derecho positivo: en la medida en que éste dé base para la crítica, ésta será inevitable y junto a los temas de «lege lata» habrán de surgir los de «lege ferenda».

c) Pero el sistema que pueda fundar una disciplina de Derecho mercantil, útil en el conjunto de la Ciencia del Derecho positivo, no es un tema independiente porque viene condicionado por su posible lugar en la enciclopedia de disciplinas jurídicas y por la manera en que ésta se forma:

\*) En la actualidad—no así en períodos históricos anteriores—las disciplinas jurídicas traen su fundamento primordialmente de notas estructurales del conjunto o complejo normativo que sirve de material a aquéllas; ciertamente de hecho, no se producen las separaciones con la pureza correspondiente a las notas que se indicarán, pero a nuestro fines—enmarque del problema del concepto del Derecho mercantil—basta con la que se da. Se distinguen normas organizadoras y normas de conducta: aquéllas constituyen el Derecho constitucional y éstas, según el destinatario—conducta o relaciones jurídicas entre

(11) Aquí había que informar sobre corrientes metodológicas abriéndose un tema amplísimo que no es posible tratar ahora.

(12) Vid. HERR, obra cit., §§ 13 y 14.

particulares o de éstos y el Estado—, originan el Derecho civil y el Derecho administrativo; a su vez, según la forma de sanción, se originan el Derecho penal y los demás; la distinción entre normas primarias y secundarias—las adjetivas—da lugar a la formación de las ramas de Derecho procesal con las segundas; por último, la relación de ordenamientos origina la distinción entre Derechos internacional, eclesiástico y nacional.

A poco que se observe, se notará que, por ser diferentes los puntos de vista de la clasificación, las disciplinas jurídicas indicadas se entrecruzan: la heterogeneidad de los criterios origina, por esa razón, el resultado de que el sector acotado por una de las razones dadas se divida a su vez en sectores, si vuelve a examinarse con el elemento clasificador que funde otra de las divisiones.

”) Pero al lado de esta forma de fundar un sistema, existe la posibilidad de atender para ello a la zona material de la vida social que las normas seccionadas rijan; así se podría distinguir—para utilizar ejemplos extremos—un Derecho militar, Derecho ferroviario, etc. Generalmente hablando, en este criterio se incluyen los «Derechos especiales». Mas hay que tener en cuenta que la relación entre la Ciencia jurídica general del Derecho positivo y éste se manifiesta aquí, de donde «derecho especial», como sector positivo, y disciplina científica de este derecho especial, deben encontrarse igualmente relacionados. Si a ello unimos la heterogeneidad de este criterio respecto de los anteriores, resultarán las siguientes consecuencias: 1.ª Que la reunión total bajo un criterio material, al venir fundada sobre intereses expositivos externos, no deberá borrar las distinciones fundadas en la naturaleza de las normas positivas indicadas y, por tanto, el sistema habría de considerarse como externo. 2.ª Que el sistema interno debería segregarse, según el carácter de las normas, las partes reconducibles a las clasificaciones precedentes. 3.ª Pero que ambas maneras de operar pueden quedar en un lugar subordinado respecto de una posible unidad sustancial, que derive del hecho de que el Derecho positivo haya hecho relevante la especialidad en la regulación de un determinado sector, en forma tal, que en las disciplinas generales hubieran de recogerse necesariamente a título de particularidades que repitieran el fundamento en la misma y única realidad material extrajurídica; en este supuesto, la finalidad teleológica fundamental de la moderna Ciencia jurídica aconsejaría y fundaría la unificación de la rama jurídica considerada, porque en esta manera destacarían los fines tenidos en cuenta por el legislador y surgidos de las necesidades de la materia regulada. La palabra materia—no es precisa casi la aclaración—no debe entenderse sino como realidad sociológica de formación más o menos espontánea, pero externa al Derecho.

11. Conviene hacer un RESUMEN Y PLANTEAMIENTO GENERALES que, recogiendo ya en síntesis las ideas que ha habido que explicar antes, proponga nuestro problema con suficiente claridad.

1. El objetivo fundamental estriba en la búsqueda de la realidad social contemplada en el ordenamiento positivo, que sirve de constante en la explicación del tratamiento normativo especial de los problemas por la misma

suscitados, a través de distintas instituciones. Con ello, quiere decirse que la justificación como rama jurídica estriba en la especialidad del tratamiento por exigencias de una realidad social única, que se manifiesta por encima de las instituciones concretas. Hay que aclarar el alcance de lo expuesto: notas genéricas con otras ramas jurídicas serían el carácter especial de las normas y la explicación de la misma en esa realidad material extrajurídica unitaria; diferencia específica, la realidad de que se trate.

a) La especialidad se toma en el sentido cualitativo de que se trató antes: exigencia de tratamiento diferente de una realidad distinta por razón de exigencias de justicia. La especialidad, como se indicó, está teñida de relatividad: toda norma distinta de un único principio de tratamiento justo de las situaciones sería especial al contemplar cualquier situación de hecho concreta; referida a una rama jurídica quiere decir especialidad derivada de la línea constante marcada por la razón de la especialidad y no impide la relación indicada entre normas concretas que se funde en razones distintas. La especialidad puede exigir conjuntos de normas agrupables en el complejo de instituciones nuevas o desviación en el tratamiento de instituciones comunes, puesto que, en definitiva, la justificación está en la de la especialidad misma.

(Queda así aclarado que no se acepta la distinción de ciertos autores italianos entre normas especiales y excepcionales fundada en el grado de extensión, en la existencia o no de incidencia sobre el régimen de una institución paralela en el Derecho común y especial, etc. Estos puntos de vista no tienen en cuenta las diferencias entre Derecho común especial y privilegiado, fundadas en el grado de justicia intrínseca de las normas de que antes se hizo mención (13).

b) La constante de la realidad social contemplada da unidad al Derecho especial y permite fundar un sistema interno. Pero conviene tener en cuenta las siguientes observaciones:

1) Ese criterio permite fundar un sistema desde un determinado punto de vista y estará, por tanto, en constante tensión respecto de los posibles sistemas fundados en criterios distintos. Esta es condición necesaria del Derecho especial por la heterogeneidad respecto de las bases de distinción de ramas jurídicas por razones formales.

2) Pero, justamente, la razón de la especialidad consiste en la necesidad de dar con la explicación y el fin de las especialidades de la reglamentación, que quedaría fragmentada de dividir la materia. Es decir, un sistema fundado en razones formales, reconduciendo el conjunto de las especialidades a los lugares de ese sistema, rompería la unidad teleológica de las normas; al revés, la fragmentariedad posible de las especialidades requeriría valerse de la rama que, respecto de las instituciones dadas, constituyeran Derecho común y se rompa la unidad de sistema del Derecho especial. Pero esta realidad no debe dar lugar a un malentendido: el jurista sirve al ordenamiento y, por tanto, debe distinguir los momentos y fines perseguidos al dividir y ordenar los materiales.

(13) Vid., en síntesis, ASCARELLI, *La funzione del Diritto speciale e le trasformazioni del Diritto commerciale*, en RDC, 1934, I, en nota de págs. 6 y 7, y VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo Diritto Commerciale*, en la misma Riv., 1943, I, págs. 43 y ss., suficientes para dar idea de las posiciones de los mercantilistas italianos en este punto.

De la misma manera, aunque, para examinar la razón de las normas y fundar su estudio científico, se divida el conjunto del régimen de la propiedad en normas de Derecho civil, penal, administrativo, no por ello se desconoce la unidad funcional en la vida real del conjunto del régimen.

En términos generales, el problema de tensión indicado habrá de tratarse en función de la medida en que la atracción de la realidad que funda la especialidad haga desaconsejable o no para el fin interpretativo escindir la materia contenida en las distintas instituciones; es decir, las necesidades dadas por aquella, origina normas que, a su vez, están conjugadas con la estructura de las instituciones sobre que inciden. Si esta conjugación es de tal manera íntima que la institución no podría ser comprendida separando aquellos aspectos porque se la destruiría, entonces la distinción de momentos—indicada en el apartado anterior—no deberá formularse si se persigue, en efecto, obtener verdaderos resultados interpretativos.

Nótese que, al exponer las exigencias de una rama especial por razón de la materia, se prescinde de hacer referencia a la existencia de «principios propios» o «caracteres generales» de sus normas.

Los «caracteres generales» no se sabe muy bien qué pueden ser desde un punto de vista jurídico; si quiere decirse, como parece lo más corriente, que se trata de notas estructurales externas de la reglamentación, resultará que, al fundarse en una generalización y ésta proceder de aquello en que el Derecho mercantil no funda su especialidad (ésta viene, como se ha repetido, de las exigencias materiales de la realidad regulada), forzosamente no podrán constituir diferencias específicas, aunque contengan un núcleo de ideas exactas.

Respecto de los «principios» (14) ocurre algo semejante. Unas veces, partiendo de la posición metodológica constructivo-formalista, bajo los principios se formulan en realidad caracteres generales externos y entonces valen las objeciones antes formuladas. Otras, parece que se quiere hacer referencia a los principios generales del Derecho: si se acepta el concepto que refiere ya estos principios a normas de justicia externas respecto del ordenamiento positivo, entonces claro es que no pueden tener un contenido especificador de una rama determinada; si, por el contrario, se aproximan a la analogía y se sitúan respecto de ella en una posición de grado, entonces habrá de proponerse el problema como tema de interpretación, y entonces quedará remitido al significado que en ésta se dé a los conceptos y a los intereses. De esta última manera el principio único estará en las exigencias de la materia especialmente regulada, que se manifestará con la generalidad propia de su unidad, pero originando distintas consecuencias al conjugarse con cada institución: es decir, lo que se añade es un elemento interpretativo genérico de las normas que explica a éstas teleológicamente.

2. El problema del concepto puede proponerse además desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho positivo o desde el punto de vista de otras Ciencias y, a su vez, aquél como problema de «lege ferenda» o de «lege lata». De nuevo aquí hay entrecruzamientos que conviene distinguir.

a) Propuesto el problema como de «lege lata» viene a convertirse en un tema de interpretación. Conviene advertir que, en la medida en que la interpretación no viene condicionada necesariamente por los errores en la técnica legislativa, ha de atender a la realidad efectiva de realización de la Jus-

(14) Idea esta muy extendida en Italia, apoyándose en la obra de DONATI, *Fondazione delle scienze del Diritto*, 1932.

ticia perseguida por el ordenamiento bajo su cobertura técnica instrumental; y en el grado en que la interpretación necesita valerse de elementos auxiliares para la comprensión del sentido de las normas, será preciso observar.

7) El tema del acotamiento positivo de un sector especial como instancia preliminar a la reglamentación no podrá ser obstáculo a la existencia de tal Derecho especial, igualmente fundado en el Derecho positivo, si, en efecto, la reglamentación con carácter de Derecho especial se ha dado, a pesar de que no se utilizara aquel recurso técnico previo.

8) Tanto la interpretación en el caso precedente como la investigación de la «ratio» de las normas de especialidad habrán de hacerse valiéndose del conjunto de los datos de acarreos histórico, sociales, económicos, de imitación de normas de otros ordenamientos, etc. Es decir, la Historia del Derecho, el Derecho comparado y los datos sociológicos y económicos informativos de la Política jurídica, han de venir en ayuda de la interpretación. En función de esos elementos auxiliares se precisa un plan en el cual la Historia vendrá utilizada, fundamentalmente, como marco para seguir el curso de los elementos informadores del problema en el Derecho vigente.

b) De nuevo—a los efectos de «lege ferenda»—los puntos de vista precedentes habrían de ser tomados en consideración. Asimismo, el problema de «lege ferenda» no se propone para periodos históricos pasados—acertaran o no con las exigencias del tiempo considerado—, sino para los ordenamientos actuales y, particularmente, para el Derecho español.

3. Por último, por ahora—y a reserva de otras rectificaciones en su momento—la realidad es que el Derecho especial que se busca se intenta encontrar entre el conjunto amplio de disposiciones que versan sobre la industria y el comercio; lo que se discute es si esas normas son en efecto especiales, si merecen serlo, en qué márgenes y en cuáles de ellas se pueden fundar un sistema jurídico interno. Nadie propone nuestro problema como de búsqueda a ciegas. Detrás de esta postura hay algo más hondo que se verá en su momento.

## § 2

### R O M A

1. A manera de ADVERTENCIAS PRELIMINARES conviene consignar las siguientes: 1.º Con dificultad pueden moverse, tratando de utilizar esfuerzos originales, quienes carezcan de la preparación adecuada a un romanista; se precisa, por tanto, pesar adecuadamente lo que dicen las autoridades. 2.º Los puntos de discrepancia de los mercantilistas, cuando se plantean el tema de la existencia de un concepto del Derecho mercantil en Roma, inclinan a pensar que se proponen más bien el problema de qué elementos se requerirían, según criterios actuales, para fallar la cuestión que el tema propiamente histórico.

La curva de evolución de las *condiciones económicas* no se detallan como condicionantes, porque el tema se aborda en forma global y no progresiva.

11. El RÉGIMEN concreto a que se sometieron INSTITUCIONES determinadas en el Derecho romano suscita, desde luego, la problemática interna de cada una pero hay conformidad en la existencia de instituciones exclusivamente tratadas

para atender a las necesidades que se derivaron del tráfico económico, comercial o industrial en el sentido contemporáneo de las palabras, así como en la de particularidades de tratamiento en determinadas instituciones, que, de suyo, no eran exclusivas del tráfico comercial e industrial en forma tal que solo éste las requiriera.

Se ha dicho, con razón, que en la situación actual de las investigaciones no puede darse por cerrada la fase de descubrimientos de instituciones y especialidades de este Derecho (1). Por otra parte, el estado de las investigaciones de Derecho Público deja en la sombra, salvo en lo que se debe a MOMMSEN, fundamentalmente, sectores de intervencionismo en materia económica—principalmente para el final del periodo considerado—, que serían del mayor interés para poder tratar el problema de las relaciones entre el Derecho Mercantil y el de la Economía en Roma.

A) Prestando atención a las *figuras exclusivamente mercantiles* podría, con los materiales actuales, hacerse una exposición bastante completa de las partes que no constituyen Derecho de Obligaciones en un sistema de Derecho Mercantil, según los criterios de hoy. Ciertamente en la parte referente al *comerciante* no encontraríamos una delimitación preliminar como en los ordenamientos contemporáneos, pero las diferenciaciones, según su importancia y según el género de su actividad, sí las hallaríamos, así como a través de la evolución del Derecho romano, una distinta trascendencia a efectos de Derecho que hoy llamaríamos de la Economía (2); el régimen de libros de comercio—materia en la cual el estado de las investigaciones parece aún necesitar ulteriores esfuerzos (3)—, también presenta el antecedente que luego habría de desarrollarse; algunas de las instituciones que hoy se llaman *auxiliares* podrían buscar su antecedente en otras romanas; así las Agrupaciones o Asociaciones, cuya variedad, a pesar de la necesidad de precisiones, es innegable y entre ellas están las de fines profesionales de comerciantes e industriales (4) y no meramente gremiales o de fines piadosos o benéficos; en el orden *jurisdiccional*—prescindiendo del «pretor peregrinus», puesto que se trata ahora de figuras exclusivamente para el tráfico comercial—el «aedil curul» en su competencia de «cura annonae», junto a las actividades propiamente administrativas, viene a desarrollar una actividad

(1) HEYMANN, *Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht* (1932), pág. 10, nota 1.

(2) Es interesante hacer notar cómo ya en Roma se distingue entre el grande y el pequeño comerciante: esta distinción tiene una tradición mercantilista ininterrumpida, como hemos de ver. Las expresiones «negociator» y «mercator» se aplican, respectivamente, al gran comerciante que constituye importantes empresas o realiza el intercambio de productos entre todos los países del mundo romano: al pequeño se da un nombre de acuerdo con su actividad («coronarii», «geminarii», «margaritarii», «unguentarii», etc.). Se distingue también entre el comerciante asentado en una «taberna» y el comerciante ambulante.

(3) En tal sentido. GOLDSCHMIDT, pág. 69 de su *Storia Universale del Diritto Commerciale* (en trad. it. de POCCHIN y SCIALOJA, 1913).

(4) Sobre ellas se puede decir en síntesis: De estas asociaciones no emana un Derecho mercantil especial; sin tomar partido en la controversia sobre el carácter oficial o privado de las mismas, es lo cierto que sobre todo a la caída del Imperio Romano de Occidente se habían convertido en instrumento del Fisco: no había una diferencia sustancial entre agrupaciones de artesanos o de industriales en la más amplia acepción de la palabra y de mercaderes propiamente dichos, sino es la que se deriva de la importancia económica y pública de cada clase. (Véase sobre esta materia los libros generales que resumen y pesan el estado de las investigaciones: SCHULTZ, *Classical Roman Law*, 1951, pág. 96 y ss.; DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano*, III (1943), pág. 160; y, entre los monográficos, ROSTOVITZEFF, *Historia social y económica del Imperio Romano*, Espasa Calpe, Madrid, 1937, págs. 293 y 357 y otras; HUYVELIN, *Etudes d'histoire du D. Commerciale romain*, 1929, ob. cit., pág. 32 y ss.; DE ROBERTIS, *Diritto associativo romano*, 1938; REHME, *Historia Universal del Derecho mercantil*, en trad. de GÓMEZ ORBANEJA, 1941, pág. 60.

jurisdiccional basada en edictos propios, en los cuales se van dando cabida precisamente a un grupo de notables especialidades de la compra venta (5); en lo referente a lo que llamaríamos *tipología de la empresa*, el tratamiento de los «argentarii» habría de merecer particular consideración. En la parte de Derecho de obligaciones, lo referente al Derecho bancario, completando las noticias generales con los resultados de las aportaciones de la papirología, indica la existencia de todo un campo específicamente mercantil (6).

B) En las instituciones jurídicas en las cuales en los ordenamientos actuales se da *paralelismo de regulación civil y mercantil* el régimen del Derecho romano presenta, desde luego, una especial adaptación a las necesidades del tráfico comercial; hay, sin embargo, que discriminar la forma en que esto sucede:

1. Existen desde luego especialidades, que están acotadas, dentro de las instituciones en que se dan, expresamente en atención al sector mercantil en que se requieren. Por ejemplo, las particularidades en materia de vicios en la compraventa que traen origen edilicio, puesto que se contraen al sector de competencia jurisdiccional en el mercado de los ediles (7).

2. Existe luego una adaptación a las necesidades del tráfico concebida como especial desenvolvimiento de las instituciones a través de la creación, dentro de las mismas, de figuras o modalidades de régimen que siguen siendo ofrecidos, sin embargo, como genéricas, es decir, sin un acotamiento de carácter preliminar de un sector mercantil al que se aplicaran. A esta línea de adaptación obedece en gran medida la actividad creadora del «ius honorarium» y, en mayor aún, la del «ius gentium». En este sector de ideas se centra la atención de la doctrina mercantilista contemporánea al proponerse el problema del concepto del Derecho mercantil en Roma. Como habrá de volverse sobre este punto, no se insiste en él ahora.

III. Con la síntesis precedente es bastante para tratar de examinar en forma CRÍTICA LAS POSICIONES de los mercantilistas o historiadores del derecho mercantil CONTEMPORÁNEOS respecto del Derecho mercantil en Roma.

1. De la mayor autoridad goza el punto de vista según el cual la perfección y adaptabilidad del Derecho romano estaban en contra de la existencia de la necesidad de un Derecho y una jurisdicción especiales para el comercio (GOLDSCHMIDT).

Este punto de vista tan autorizado ha sido contradicho a su vez por otros autores de los que se hará mención. Ahora conviene recoger algunos textos del autor que den mayor base para la crítica que la síntesis antes formulada: Es posible que su idea genérica de la posición del Derecho mercantil respecto del común, constantemente destinado a servir de avanzada a creaciones jurídicas que luego en éste se generalizan (8), constituya un prejuicio con el que aborda la estimación de conjunto del Derecho romano: se propone en esta parte

(5) Vid. «Aedilis», en PAULY-WISSOWA, *Realen Enzyklopaedie der Klassischen Altertumwissenschaft*.

(6) Vid. HEYMANN, cit. pág. 9.

(7) ZULUETA, pág. 50 y ss. en *The Roman Law of Sale*, 1945.

(8) Es corriente la cita de su parangón con una pirámide de hielo.

de su historia «determinar qué instituciones de Derecho civil han nacido de la necesidad del comercio y si éstas, al principio por lo menos, se destinaron sólo al comercio; de otra parte, determinar las instituciones y preceptos que pertenecieron exclusivamente al Derecho comercial» (9); la primera de estas finalidades de su trabajo ocupa mucho más su mente—la que, en definitiva, coincide con la tesis genérica por él sustentada—y la síntesis de su punto de vista es la que sigue: «un proceso de asimilación se ha manifestado en el hecho de que institutos civiles y pretorios, surgidos como de Derecho mercantil, pasaron luego al Derecho común...; sin embargo, importantes instituciones han permanecido limitadas al comercio o a la industria en general...; pero, en general, a las particularidades de las relaciones comerciales, aunque se las concediera gran importancia en el modo de aplicar las normas jurídicas, se las concedía la menor influencia posible sobre la formación del Derecho y, por el contrario, se atendía a desenvolver con tal riqueza el Derecho civil, común, a concebir y a manejar en forma tan elástica sus categorías que correspondieran a las exigencias del gran comercio...» (10).

2. Esta tesis ha sido combatida, a mi manera de ver, con éxito; aunque no se tenga una visión completa del Derecho romano en lo que interesa para este problema, sería inexacto decir que ese sistema presenta el caso de una completa unificación de los Derechos privado y civil y mercantil...; el propio GOLDSCHMIDT es quien suministra los datos para llegar a conclusión distinta que la que él propone sobre los que aporta...; existen instituciones que sirven al tráfico mercantil y sólo a éste y... otras que jurídicamente o al menos de hecho, sirven de modo efectivo al tráfico comercial... aunque no existan una separación legal y la reunión de todos los materiales jurídicos de ese tipo en un cuerpo contrapuesto al Derecho privado general (HEYMANN) (11).

Aunque no haya llegado a gozar de la generalidad de aceptación de la de GOLDSCHMIDT, conviene reseñar otras posiciones en el problema del concepto del Derecho mercantil en Roma. Según una de ellas, los romanos tuvieron un concepto sustancialmente exacto de la especialidad del Derecho mercantil y conocieron la noción de acto de comercio (FADDA) (12); otra sostiene—recibiendo la apreciación de GOLDSCHMIDT—que la penetración rápida en el Derecho privado de las concepciones de la filosofía liberal hacia innecesario que los hombres de negocios trataran de construirse un estatuto protector propio; el comercio no necesita modelarse sobre una organización corporativa—condición de la especialidad según este punto de vista—cuando los poderes públicos le saben proteger y comprender (THALLER) (13).

Mayor atención ha concentrado la tesis de HUELIN: «Sin duda el Derecho comercial romano se habría separado del civil si hubiera continuado desenvolviéndose en las condiciones en que había nacido, es decir, como un derecho internacional del mercado. Pero no ha cotinuado porque el derecho del mercado ha devenido un Derecho privado interno... El Derecho mercantil especializado no existe más que allí donde ha podido desarrollarse como Derecho internacional. En las civilizaciones modernas, si la zanja cavada entre el Derecho civil y el comercial tiende a rellenarse, es porque el carácter internacional del comercio

(9) Pág. 60, nota 72.

(10) Págs. 65 y ss.

(11) HEYMANN, obra cit., págs. 5 a 10.

(12) En *Gli istituti commerciali del Diritto romano*, Nápoles, 1903, párrafo 46. No me han sido asequibles las obras de CARNAZZA, *Il Diritto commerciale dei romani*, 1891, y COGLIOLO, *Gli istituti commerciale del Diritto romano*, 1921.

(13) De la *place du commerce dans l'histoire generale*, en *Annales de Droit Commercial*, 1892.

se atenúa en la medida en que la idea de una comunidad de intereses y de una solidaridad económica entre pertenecientes a naciones extranjeras gana terreno (14).

4. Si bien se observa, se notará, después de la exposición que precede, que es exacta la observación formulada de que las diferencias de opinión de los autores más estriban en la valoración con criterios actuales de las particularidades del Derecho romano, que en la apreciación historicista del problema. Me parece por ello que no se podrá atribuir a prurito de originalidad—parece que todo lo que se puede decir está ya dicho—las observaciones que siguen, que más bien tienden a deslindar cuestiones que a resolverlas.

a) Que a ningún jurista romano de cualquiera de las épocas que se sueñen distinguir se le ocurrió sistematizar un Derecho mercantil, y que en el sistema de fuentes del Derecho romano no había lugar para un cuerpo autónomo destinado a la materia mercantil según ésta se delimita hoy, son cuestiones acerca de las cuales no puede haber género alguno de dudas a menos de disparatar, pues son sobradamente conocidas, de un lado, la falta de sistematización generalizadora de los juristas romanos y el cuadro y evolución de fuentes de aquel Derecho.

b) Cuestión distinta es la de si, con los materiales de Derecho positivo que presenta el Derecho romano, se puede construir una línea de especialidades que vinieran fundadas en atención a las necesidades del tráfico, de tal manera que fueran aquellas explicables por éstas en forma tal que, metodológicamente, en la interpretación y aplicación de las normas hubiera de contarse constantemente con dichas necesidades para proceder en forma jurídicamente correcta. En tal sentido me parece que está bien fundado el punto de vista de HEYMAN que antes se expuso.

Colateralmente respecto de esta cuestión fundamental aparecen otras, cuya significación depende de la que, a su vez, se las dé en el Derecho contemporáneo, tanto desde los puntos de vista positivo como doctrinal, si ambos pudieran separarse:

Si se estima que la existencia del Derecho mercantil como tal depende de la comprensión de su contenido normativo en un cuerpo cerrado, entonces, desde luego, puede excluirse toda consideración del Derecho romano como precedente.

Si se pide una separación o acotamiento preliminar puramente formal de los supuestos de hecho que preceda a la aplicación de preceptos mercantiles, se llegará a la misma conclusión. Se pediría así lo siguiente: el Derecho mercantil no puede contener ningún concepto jurídico propio, todos ha de tomarlos del Derecho privado común, y a ellos adicionará un sector de la vida del tráfico y luego dictará normas aisladas especiales. Este punto de vista no es cierto para los ordenamientos actuales (hay figuras del Derecho bancario, del Derecho de seguros, etc. que no las necesita el Derecho privado en función de Derecho común), y tampoco puede pedirse al romano.

(14) *Op. cit.*, pág. 81. Es también de interés hacer notar que este autor parece creer que, para satisfacer a la especialidad, bastan las del Derecho de obligaciones que consigna en la pág. cit. y ss. (A los efectos de informar sobre la autoridad del autor conviene decir que esta obra fué compuesta por LVI BRUHL con las investigaciones del maestro, aprovechando los materiales de éste, que había ya producido una *Histoire du Droit commercial*, Paris, 1904, y un *Essay historique sur le Droit des marchés et des foires*, que son obras fundamentales.)

Intimamente ligado a este punto de vista está la manera de enfocar el enriquecimiento progresivo en figuras y en ductilidad del Derecho común romano por las necesidades del tráfico. Es natural que aquél se fuera enriqueciendo en esta forma a medida que el Derecho primitivo, para una estructura social que también lo era, fué manifestando su inadaptación a la progresiva complejidad de la sociedad. Pero no debe generalizarse en exceso: las nuevas necesidades enriquecieron figuras y conceptos que se hacen comunes, pero quedan siempre otros puramente especiales para el tráfico mercantil y dentro de los conceptos y figuras, disposiciones concretas que con ellos cuentan que al tráfico sólo atienden.

Por otra parte, si se tiene en cuenta el casuismo en la forma de proceder romana—que huye de los sistemas e incluso de la formulación expresa de reglas generales para evitar la rigidez que la formulación en tal forma implica—(15), habría de probarse que en el instante mismo del tratamiento de un caso no se contemplaba su especialidad económica; sólo así podría decirse que el acotamiento preliminar de las normas especiales no venía sustituido con este otro sistema menos rígido, pero que igualmente atiende a la misma necesidad (16). Asimismo, si se observa la superposición de ordenamientos—*ius civile, ius honorarium, ius gentium*—que juegan a manera de adaptación a las necesidades de la vida real y la forma de estar organizada la magistratura con la posición dada al «praetor urbanus» y «peregrinus» que combinan aquellos derechos, es de admitir, más bien que la inexistencia de un Derecho especial mercantil, su formulación y aplicación efectiva, pero mediante una técnica distinta que aquella que parte de la necesidad de utilizar normas preliminares genéricas meramente acotadoras.

IV. Respecto del DERECHO MARÍTIMO en Roma podría sugerirse la idea de su separación, si se atendiera al perfeccionamiento con que algunas figuras son deslindadas, contra lo que ocurrirá en la Edad Media (así, en lo referente al naviero y a las formas de utilización del buque). Sin embargo, esta separación puede explicarse más bien atendiendo a la nitidez conceptual con que la doctrina romana procede (17), que a la relevancia jurídica dada al elemento extrajurídico que explica la existencia de ramas especiales por su objeto. Las razones de ese punto de vista son las siguientes: ni la especialización de las formas económicas del tráfico marítimo llegó a desenvolverse como para permitir generalizar la idea contemporánea destacada por la escuela italiana—transporte autónomo independientemente de que sirva sólo al tráfico comercial—, ni los Institutos jurídicos llegaron a presentarse con autonomía respecto del Derecho terrestre y formando un todo más o menos orgánico. En realidad, lo que ocurre es que el comercio—fundamentalmente marítimo por razones de economía y seguridad al combatirse eficazmente la piratería—engloba y explica fundamentalmente a las normas del Derecho marítimo, aunque se manifiesten ya—y perdurarán luego—instituciones clásicas que llegan hasta los Códigos contemporáneos.

Puede decirse que, prácticamente, la doctrina no suele ocuparse del problema de la autonomía del Derecho marítimo en Roma; más bien se da por aceptado

(15) Véase SCHULTZ, *Principii Diritto romano*, 1949, pág. 38 y ss.

(16) Vid en RICCIBONO, *Lineamenti delle storie delle fonti del Diritto romano*, 1949, páginas 22 y ss. y 30 y ss., en qué manera se va atendiendo formalmente a través del *ius honorarium e ius gentium* a las necesidades mercantiles. Vid también G. ROSSO: *Problemi generali Diritto attraverso il Diritto romano*, 1948, págs. 48 y ss.

(17) SCHULTZ, *Principii*, cit., pág. 19.

su ligamen al Derecho mercantil terrestre (18); viene aceptándose de GOLDSCHMIDT que una parte relevante de las instituciones de Derecho comercial de la antigüedad y del medioevo han surgido del tráfico marítimo, y sólo poco a poco han pasado al terrestre (19), con lo que se refleja la conexión indicada.

### § 3

#### DE LA EDAD MEDIA AL CODIGO DE NAPOLEON

Conviene recoger en un solo apartado el conjunto de la evolución hasta el Código de Napoleón; las divisiones de períodos históricos son funciones de los elementos que se hacen relevantes; en nuestro caso, se trata de marcar el período de tránsito de los llamados sistemas «subjetivo» y «objetivo» en la delimitación de la materia mercantil. Cierta que hay acontecimientos importantes—que se tendrán en cuenta—, pero no tanto como para destacarse a nuestro fin más que los que rotulan el apartado.

En la evolución histórica se hará preciso tratar del fondo de circunstancias que explican los datos de interés para nuestro tema; generalmente se hará una mera mención que sirva de sugerencia y, progresivamente, se detallaran los extremos de conexión más íntima con el objeto de este estudio.

1. El fondo de HISTORIA GENERAL Y DE HISTORIA DEL DERECHO comprende las llamadas Edades Media y Moderna (1).

(18) Vid. ZENO, *Storia del Diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, 1946, pág. 8 y ss.

(19) Obra, cit., pág. 26.

(1) No es preciso explicar la importancia que tiene centrar nuestro tema en su medio histórico en los planos que le son más próximos. Pero sí conviene aclarar la síntesis que sigue. Como se trata de tomar líneas generales importa que las que se den sean las correctas en el estado actual de las ciencias auxiliares de las que hay que valerse. He procurado por ello una selección bibliográfica que permita conservar el equilibrio cuantitativo en la visión de conjunto. Es importante este extremo, porque hay que revisar los supuestos incluso económicos, en que se apoyan buen número de los libros de nuestra especialidad. Estas observaciones valen también para el capítulo siguiente. Se dan a continuación los libros de que me he servido. La invocación concreta se hará en esta parte cuando algún perfil convenga referenciarlo con alguna autoridad, porque lo demás son puntos generales; luego, al venir en concreto al problema del concepto, si se puntualiza la información, porque se hace preciso al descender a los detalles. Aquellos libros son: para la Historia general, PIRENNE, *Les grandes courantes de l'histoire universelle* (4 vols., 1947, cuarta edición, año 1951), primordialmente por sus métodos y plan que sitúan en primer plano los procesos internos y, además, VALDRAVELLANO, *Historia de España* (I, 1952), en lo que comprende del principio del período considerado; BRAUDEL, *Le Méditerrané et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, y VICKENS, *Historia general moderna* (1946). De las historias de la Economía he utilizado fundamentalmente: la de KULISCHER, *Allgemeine Wirtschaftsgeschichte* (I, 1928, II, 1929), objetiva, comprensiva y documentada; MAILLET, *Histoire des faits économiques des origines au XX<sup>em</sup> siècle*, 1962, que por su carácter resuntivo e intención explicativa de conjunto, sirve muy adecuadamente a nuestro objeto; MARX, *Betriebsformen und Betriebsziele*, 1942, que enmarca las formas de empresa en el ambiente económico; MARCHAL, *Cours d'économie politique* (I, 1950), en su introducción histórica; HECKSCHER, *La época mercantilista*, 1948, trad. «Fondo de Cultura»; LACOUR GAYET, *Histoire du commerce* (1950-1963, to. II y IV), que en la materia de su título concede importante atención a las conformaciones estructurales; CARANDE, *Carlos V y sus banqueros* (t. I, 1943), que constituye lo más fundado para la historia española. Me han sido de menor utilidad por su orientación más puramente económica las obras de BIRNIE, *Historia económica de Europa 1760-1839*, 1944, traducción «Fondo de Cultura»; LIZZATO, *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*

A) A manera de *Generalidades* interesa meramente sugerir el significado de las edades indicadas: la Media se presenta como un período histórico en que se contraponen en tensión las ideas «universalistas» de Iglesia e Imperio y la realidad de la atomización «particularista» de núcleos de poder político y económico. Por encima de los hechos históricos, y como referencia valorativa—por tanto, con independencia de su efectividad o de su deformación—, preside el curso de los hechos un ideal religioso de la vida.

La Edad Moderna—no bruscamente, porque el curso de la Historia no se produce en esa forma—se caracteriza por una transformación progresiva de las notas anteriores; en el terreno político y de las ideas basta rememorar el curso de la afirmación del Estado nacional como unidad política y la significación del Renacimiento y la Reforma en la secularización de la cultura.

B) Las líneas evolutivas que nos importan para nuestro fin de lo referente a *Economía y Sociedad* pueden trazarse en la forma que sigue:

I. Cualquiera que sea la idea que se tenga del estado económico y social en *los primeros siglos medios* que siguieron a la caída del Imperio romano, basta para nuestro fin tomar como punto de partida el común asentimiento en la existencia de una evolución general que parte del predominio del dominio señorial, y, por tanto, origina una economía fundamentalmente agrícola y conduce en la Edad Media misma a lo que se llama economía artesana de la ciudad. Estos puntos de partida necesitan ser seguidos con un mayor detalle en la Edad Media e igualmente en la Moderna, así como—para ésta—los datos adicionales que suministra el nuevo período histórico.

a) Lo que habrá de ser *la agricultura* de nuestro tiempo es, antes que propiedad rústica, feudo con la consiguiente relación de dependencia de personas y bienes. De aquí que el aspecto económico del dominio señorial—en los aspectos que nos interesan en el momento inicial de la evolución—presente las siguientes notas: el intercambio de productos no se basa en el contrato, sino en la relación institucional; la explotación no persigue la obtención de beneficios, sino la cobertura de necesidades del interior de su área. Por otra parte, un complejo de causas históricas—que se quieren reconducir a la de imposibilidad de sostener la organización centralizada y administrativa del Imperio romano al ser sustituida su burocracia, y a los peligros del Mediterráneo—da lugar, en términos generales, a una economía cerrada en el interior del dominio.

b) Sea el que fuere el origen de la *ciudad medieval* basta a nuestro objeto—y, por tanto, no se le hace depender del problema histórico general de la formación de los centros urbanos—la constatación de que se nos presentan como centros de vida colectiva, que recogen la actividad industrial y establecen intercambios recíprocos y con la campiña circundante, al mismo tiempo que progresivamente afirman su independencia y la libertad de sus habitantes. De este complejo de circunstancias partirá la transformación ulterior de la estructura económica.

c) Aunque la elaboración sea tardía, conviene dejar ya aquí constancia de la doctrina económica que preside la interpretación de los hechos económicos:

(2 ts., 1960-52). Aunque son muchos los temas de interés para nosotros abordados en las obras sobre la historia del capitalismo, hay que cuidar los aspectos polémicos, aparte las dudas metodológicas sobre valor del concepto: he utilizado la fundamental de SOMMART, *Der moderne Kapitalismus* (t. II, vols. 1 y 2, 1924); SEE, *Origen y evolución del capitalismo moderno*, trad. «Fondo de Cultura», y HOBSON, *The evolution of modern capitalism*, III edición. El de SOMMART y el de WEBER (*Wirtschaftsgeschichte*, 1923) ofrece el reparo metodológico de las «interpretaciones» de la historia que se suelen objetar a la escuela histórica de economistas. Para la historia general del Derecho me han bastado manuales conocidos: SCHWERTIN, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1941; HUBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 1950; PLANITZ, *Germanische Rechtsgeschichte*, 1941; OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, 1952; SALLIOLI, *Storia del diritto italiano*, 1921; GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho español* (I, 1943).

en realidad no se trata de una doctrina económica, sino un desenvolvimiento de la posición religiosa general de la Iglesia ante el mundo; de aquí que, en síntesis, pueda presentarse como la formulación de un ideal de uso moderado y subordinado de la riqueza, que, en definitiva, se considera instrumento al servicio del destino trascendente del hombre.

2. Para la comprensión del curso de la *evolución ulterior* conviene partir ahora del desarrollo de la industria y el comercio en las ciudades, porque, en definitiva, es de ahí de donde parten las transformaciones.

a) La ciudad medieval interesa desde distintos puntos de vista:

1) En el orden de su significación *política* y administrativa la ciudad se presenta con un distinto grado de autonomía en los distintos países, y dentro de cada uno de ellos, según las regiones; esta autonomía va de la ciudad-Estado (las italianas) a la ciudad centro de administración descentralizada inglesa; la distinta posición depende del grado de eficacia del poder de los monarcas (2). En íntima relación con esta materia está la de régimen jurídico.

2) Desde el punto de vista económico y partiendo de su significado como comunidades que necesitan de abastecimientos externos (3), en la ciudad surge una política económica que se orienta en los siguientes sentidos: atendiendo a las necesidades de los consumidores se precisa asegurar el abastecimiento de viveres y materias primas; protegiendo al productor se pretende reservar a la ciudad todo lo que sea comercio e industria urbanos, excluyendo la competencia de extraños; desde el punto de vista moral, el centro de la vida es el hombre, y el aseguramiento de su sustento según su clase, principio religioso que se sitúa antes que el de la competencia.

3) En la evolución histórica ulterior en la Edad Moderna no debe pensarse que la afirmación del poder central del Estado llegara a hacer desaparecer completamente las notas antes indicadas de la vida local; por el contrario, de un lado, la idea de política económica se conserva o en las ciudades mismas o pasan a las corporaciones industriales o comerciales, y se verán aparecer de vez en cuando como fuerza efectiva, contrapuesta a la de los monarcas hasta el mismo siglo XVIII (4).

b) El curso de la *evolución del comercio*, después del renacimiento que se va produciendo a partir del siglo X, se debe a la progresiva ampliación del mercado en sentido económico, lo que, en definitiva, a su vez se relaciona con la línea de afirmación política del Estado.

Los peligros (piratería, robos, ataques de los señores, etc.), las dificultades técnicas (de caminos y de medios de transportes, de clases de mercancías en razón de las posibilidades ofrecidas por su demanda etc.) de una parte, y las necesidades de abastecimientos del campo y las ciudades de otra, explican la enorme trascendencia que se da al comercio medieval y su significado en la transformación de la estructura de la sociedad a través del proceso histórico.

4) Los mercados en sentido económico se encuentran conformados por los siguientes elementos: ciudades, ferias y mercados. Todos ellos guardan una interconexión. La ciudad que se mantiene en el tipo esquemático trazado antes —que cuida su política de abastecimientos y adopta una posición pasiva en el comercio— cuida su mercado local, fundamentalmente orientado a lograr el objetivo del proveerse de los artículos que necesita. Frente a ellas, grandes ciudades comerciales (por las razones que fueren: situación geográfica en las rutas mercantiles de la época, independencia política, buenas condiciones geográficas, naturales...) se presenta con comercio propio o constante, impulsado por una política adecuada; (las grandes ciudades italianas, las de la Hansa); por último, ciudades que sirven como centros de intermediación en el intercambio de productos y son sede de ferias de mercaderes. Entre estas últimas ciudades se contraponen una distinta posición ante el comercio: en las primeras

(2) WIEBER, ob. cit., pág. 265, y HERCKSCHER, ob. cit., págs. 23 y ss.

(3) Vid. en KULISCHER, recogidas las definiciones de historiadores alemanes de la Economía, pág. 167, I, ob. cit.

(4) HERCKSCHER, ob. cit., págs. 118 y ss.

se persigue la impulsión mediante la libertad del comercio interlocal o internacional, fomentando el encuentro de mercaderes en los centros de contratación exteriores, mientras que dentro de la ciudad se persigue el monopolio a favor de sus naturales; en las ciudades en que se asientan las ferias, por el contrario, suele ser lo corriente que sus naturales no persigan influir en el curso internacional del tráfico.

A la explicación histórica de esta distribución de la actividad comercial sirve esencialmente la contraposición entre el comerciante que podríamos llamar nómada y el local. Aquél ha de soportar los peligros de la naturaleza y de los hombres en sus viajes; éste teme a la competencia de aquéllos en el mercado local y trata de conseguir que se le prohíba el contacto directo con los consumidores, y durante largos periodos de tiempo será considerado un extraño en los lugares que frecuenta; el mercader de la localidad teme a la competencia de aquellos otros y lucha por obtener con carácter exclusivo la intermediación para los consumidores de su territorio. De aquí las formas de organización de los viajes (convoyes y caravanas), la política de comercio internacional de las grandes ciudades (tratando de obtener privilegios en los lugares en que ejerce su tráfico), la necesidad de reunirse los grandes comerciantes en lugares en que estén libres de la intervención entorpecedora de ataques, represalias, y «vis» atractiva del comercio local. No otro es el sentido de las ferias frente al mercado; la actividad ordinaria del comerciante extraño con el del lugar tiene a la vista al consumidor; frente a él, el comercio de Feria presenta la primera forma de comercio de comerciante con comerciante; por dominar en la Edad Media el detallista, se desarrollan las ferias como la más importante forma del comercio interlocal (WEBER) (5).

La evolución histórica irá afirmando la supremacía de ciudades nuevas; pero lo más importante es la progresiva nacionalización en sus dimensiones del comercio por el cambio de circunstancias, por la sustitución de la política de las grandes ciudades, por una política nacional, en definitiva, la del mercantilismo. De aquí, que aunque subsistan—y así viejas condiciones—ferias y mercados, el proceso histórico tiende a la constitución de centros permanentes de contratación mercantil del gran comercio internacional («durchjährige Grosshandel», según SOMBART) (6).

Si centramos la atención en la *figura del comerciante* y en las *características de su tráfico*, el proceso de la evolución en el periodo que consideramos puede reconducirse a la línea que marca una progresiva especialización.

Inicialmente el comerciante medieval trafica en toda clase de mercancías, y en su actividad entran también el dinero y el crédito. El curso de la evolución ulterior llevará a la separación de la actividad bancaria.

Transporte y seguros no son independientes tampoco de la gestión económica del comerciante. El propio comerciante, o empleados o socios suyos, se ocupan del transporte en tierra. Igualmente en el tráfico marítimo las empresas asociativas con participación del personal náutico reflejan la misma falta de especialización. Sólo muy tarde se separarán esas *romas*.

El comerciante es nómada y acompaña a sus mercancías por sí mismo o por medio de sus empleados. Progresivamente, las actividades de comisión y expedición se separan técnicamente, pero permanecen reunidas en la mano del comerciante general; de esta manera se realiza un intercambio a distancia, gracias a las relaciones de unos con otros comerciantes.

Tampoco están netamente separados el gran comercio y el detallista; el gran comerciante tiende a la venta de sus mercancías por sí mismo, tanto cuando exporta como cuando importa; en lucha con él permanecerá hasta el siglo XVIII el pequeño comerciante. Pero conviene tener en cuenta que, con carácter distinto respecto de la separación por razón de volumen de actividad, hay que suponer en el curso de la historia la tensión entre el internacionalismo del

(5) Páginas 195 y ss. de la obra cit.

(6) Cit. por KULSCHER, pág. 292.

gran comercio y la posición defensiva de sus privilegios de inspiración gremial del comerciante local (7).

'''') La *organización asociativa* del comercio presenta peculiaridades nacionales distintas y en la riqueza de formas corporativas medievales una gran variedad. Pero pueden contraponerse dos tipos de Asociación profesional como módulos: las Gildas o Universidades de comerciantes de las grandes ciudades o de ligas de ellas, que sirven de instrumento al gran comercio internacional (dictan reglamentos, obtienen jurisdicción, están presentes en los tratados para la obtención de privilegios, establecen cónsules en las plazas en que sus miembros tienen su tráfico, etc), y las de impronta Gremial, que se inspiran en la ideología de los gremios y están al servicio de los intereses exclusivistas de éstos en el tráfico local y de comercio al por menor (8). El curso de la evolución en la Edad Moderna llevará a estos datos medievales la nota de tendencia a la nacionalización en su ámbito y en su política, pero subsistirán durante todo ese periodo histórico.

c) La *industria* se presenta en la Edad Media bajo el régimen de organización gremial que se ha caracterizado con las dos notas de seguridad y moderación (9): seguridad, asegurándose el monopolio de producción y de venta así como de colocación de los trabajadores; moderación frente a la competencia que pide reglamentación de los procedimientos de trabajo. Este régimen subsistirá durante la Edad Moderna, si bien con las tendencias a la amplitud nacional, al monopolio y rutina—como fuerzas opuestas al desarrollo técnico—y al cierre de la corporación a extraños. Frente a esta línea, como hechos nuevos están la progresiva conformación de una conciencia de clase obrera en los operarios frente a los maestros y la aparición de un sector capitalista al lado del tradicional; este último sector viene forzado por la ampliación de la demanda de determinados productos que escapan al mercado local de la producción artesana; los comerciantes, mediante el suministro de materias primas y como únicos compradores posibles de productos de exportación, establecen contacto con el sector del artesanado mediante el llamado «Verlagsystem», cuya nota característica está, en definitiva, en que los riesgos de la producción son asumidos por los comerciantes. Junto a este sistema—al que tanta importancia se ha dado—está la creación de manufacturas por el Estado, siguiendo inspiraciones mercantilistas, que pondrán las bases para una transformación del taller en fábrica. Este proceso lucha contra la pretensión de cerrar toda la producción en los límites del monopolio de los gremios; de aquí, de una parte, las fórmulas para escapar de su control (saliendo de las ciudades los trabajadores, trabajo en la casa, etc.) y, de otra, las concesiones de privilegios y monopolios por el poder público, porque, en definitiva, toda ruptura con la tradición gremial necesitaba la consagración por el poder público mismo a título de excepcionalidad.

Pero la aparición de formas de capitalismo no deben permitir la idea de que fueran dominantes en la época; por el contrario, la técnica general es una prolongación del espíritu de la Edad Media (10).

d) En el sector de la *agricultura* se produce una transformación progresiva del régimen feudal, como consecuencia de los efectos reflejos de los demás sectores (atracción al trabajo industrial de los trabajadores, ampliación de la demanda de determinados productos del campo, adquisición de tierras por hombres libres enriquecidos), que pueden ser omitidos en sus detalles en este lugar por ser de menor interés para nosotros; basta con la indicación de que se va marcando la mutación del feudalismo en propiedad.

e) Desde el punto de vista de las ideas y sistemas económicos, para todo el periodo considerado se sitúan las ideas del mercantilismo como prolongación de las medievales en materia económica. La aparición de manifestaciones capitalistas no deben conducir a la idea de la existencia ni de una ideología de

(7) Vid. KULISCHER y doctrina histórica que recoge en pág. 260 de T. I.

(8) KULISCHER, I, pág. 296.

(9) MARCHAL, ob. cit., págs. 37 y 38.

(10) Vid. KULISCHER, pág. 112, tít. II.

este tipo, ni de un sistema completo de la estructura económica inspirado en aquélla; manifestaciones de capitalismo se dan en todas las épocas, pero, como sistema económico, no se producirá su aparición hasta el siglo XIX (WEBER) (11).

C) De la *Historia general del Derecho* importan algunas notas generales, cuyo recuerdo—siquiera sugerido muy esquemáticamente—facilita la comprensión de los problemas que el concepto del Derecho mercantil en este período suscita.

1. La evolución en materia de *fuentes y fundamento de vigencia del Derecho* en general, para todo el período considerado se puede sugerir—pues es materia conocida—con las siguientes indicaciones: se parte en la Edad Media de una dispersión en la creación de normas jurídicas que refleja la del poder, y de aquí la aparición de ordenamientos territoriales, locales y de corporaciones; el fundamento de la vigencia en la justicia intrínseca o en la antigüedad o en la autonomía de la corporación como costumbre viene también a reflejar la falta de afirmación del poder soberano. El curso de la evolución presenta, junto a la recepción del Derecho romano, la progresiva aparición de normas procedentes del poder central, el cual, en definitiva, devendrá fundamento de la vigencia del Derecho.

2. Si se presta atención al curso de la evolución de las clases sociales como compartimentos, que, tendiendo a transformarse en profesiones, no desaparecerán hasta la proclamación revolucionaria de la igualdad, no se necesita insistir en la significación de normas de privilegio en el sentido actual del término del régimen jurídico que les afecta.

II. Vengamos ahora al estudio del DERECHO MERCANTIL: SU CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN. Pero antes de tratar de este tema—el propio de este estudio—se hace preciso hacer referencia a la manera de haberse producido y al contenido del Derecho mercantil de la época.

A) Las *fuentes del Derecho mercantil* (12) presentan un cuadro en el que—como es natural—inútilmente se buscaría la uniformidad de líneas de los ordenamientos actuales. La dispersión general de ordenamientos, que presenta en general el Derecho, no se encuentra contradicha en el que afecta a la materia mercantil. La tendencia progresiva a la centralización se marca asimismo en nuestra materia.

1. Una buena parte del Derecho que aparece en la Edad Media referente al comercio puede referir su vigencia al *poder público*, si bien con las peculiaridades de disgregación y descentralización con que éste aparece. No quiere decirse con ello que su origen, en cuanto invención de su contenido, sea el mismo; las fuentes de esta naturaleza incorporan frecuentemente derecho consuetudinario. A este grupo de fuentes pertenecen las disposiciones que afectan al comercio, del Derecho de las ciudades, del señor del mercado y también las

(11) Página 239.

(12) Para este apartado y el siguiente es suficiente valerse de las obras generales de *Historia del Derecho mercantil*, de GOLDSCHMIDT, REHME, HUYELIN, y los libros generales en sus introducciones históricas. Se trata sólo de entresacar en su marco líneas o perfiles generales de interés. Para esta apreciación global, por su autoridad y por completar su incompleta *Historia*, es de recordar el resumen de GOLDSCHMIDT bajo la voz «Handelsrecht» en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, de CONRADT ELSTER-LEXIS-LOESING.

de carácter general que aparecen en los cuerpos legislativos, nacionales o territoriales. En el Derecho alemán es el Derecho de las ciudades la fuente más importante del Derecho mercantil.

2. Otra parte muy importante se puede ordenar como *Derecho de producción autónoma*. A su vez en este grupo hay que distinguir:

a) El *Derecho estatutario* se produce como consecuencia de la autonomía de hecho en la producción jurídica de que gozan las Corporaciones de comerciantes. Si se atiende a su importancia relativa en la época, hay que consignar que el predominio de esta fuente se da en las grandes ciudades mercantiles italianas de donde irradia a toda Europa.

b) Junto a esta fuente hay que situar—como fuente también, dadas las peculiaridades de la época—la producción a través de *documentos notariales y decisiones* adoptadas en la jurisdicción mercantil especial. También ocupa un lugar importantísimo los Tratados o Convenios internacionales o interlocales que celebran las grandes corporaciones de comerciantes en los lugares en que realizan su tráfico de modo permanente.

c) Difícilmente se puede separar de las anteriores fuentes la *costumbre*, pues en la medida en que el fundamento de la vigencia del Derecho descansa a veces en la antigüedad de las normas y en su arrastre por tradición, el uso de los comerciantes viene a estar implícito como fundamento o como real origen en el Derecho que a través de las otras formas se declara.

3. Para explicar la *situación de fuentes en la Edad Moderna* hay que partir de las tendencias a la *unificación* del Derecho mercantil medieval. De distinta manera se va ésta produciendo. Las más importantes son las siguientes:

La coincidencia de necesidades y circunstancias económicas y sociales, que da lugar a la copia de unos ordenamientos de otros. Así en el Derecho alemán de ciudades que la doctrina clasifica en familias.

La personalidad del Derecho, aunque parezca contradictoria con la idea de unificación; las Corporaciones de comerciantes se hacen respetar su régimen jurídico en los lugares extranjeros donde se establecen: el régimen de las colonias de mercaderes con sus cónsules en el extranjero para la administración en general y especialmente la de justicia respecto de los pertenecientes a su ciudad o a su corporación, llevan a esos lugares el Derecho del propio país haciendo posible que sea tomado como ejemplo.

La influencia de las posiciones de hegemonía como ocurre con la de las ciudades italianas o las de la Liga hanseática. Fundamentalmente el Derecho mercantil italiano por su perfección llega a dar lugar a una verdadera recepción en el resto de Europa.

Las ferias internacionales, por las necesidades de estas reuniones de los grandes comerciantes europeos pertenecientes a distintas nacionalidades.

De esta manera el Derecho mercantil, fundamentalmente local o personal y, en cualquiera de ambos casos, de ámbito limitado, tiende a devenir en su contenido uniforme. A esta evolución, forzada por los hechos mismos, se une la corriente de unificación del poder en los Estados a medida que éstos se forman y de aquí que, aunque el contenido continúe la tradición indicada, el refrendo estatal se haga preciso como fundamento de la vigencia de las normas de ori-

gen local o estatutario y de base consuetudinaria, al mismo tiempo que extiende su esfera de aplicación. Así van surgiendo las Ordenanzas refrendadas por el poder central, y, de entre ellas, las más importantes: las francesas del Comercio y de la Marina, que habrían de marcar el tránsito a la hegemonía mercantilista continental de Francia.

B) Una cierta referencia al *contenido del Derecho mercantil* hasta el Código de Napoleón es también interesante para el planteamiento del problema de conceptos. Suele tenerse a la vista—o, por lo menos, «in mente» como prejuicio al considerar el período que estudiamos—el cuadro de instituciones, según el catálogo de las que ahora están en los Manuales de Derecho Privado Mercantil, con lo cual lo que se hace es examinar la Historia contra la corriente de su curso. En realidad, para aproximarse a la comprensión del Derecho mercantil de la época considerada, habría que agrupar las instituciones según criterios que reflejaran las circunstancias históricas. Sin pretender acertar completamente, basta a los fines de este trabajo, una cierta aproximación que creo queda reflejada en las siguientes agrupaciones:

I. La estructura *política y administrativa y económica* explican un conjunto de instituciones o de normas que, de otra manera, no serían bien comprendidas:

La dispersión del poder, la política de las ciudades en el orden económico, según se trate de ciudades con gran comercio propio o de ciudades que se ocupen sólo de su mercado local, la tendencia a la autoprotección en los intereses colectivos y la posición especial del extranjero a quien se teme y se desea por necesidades del intercambio económico, explican una serie de instituciones que suelen quedar olvidadas, quizá como resultado aún de la violencia con que contra ellas se reaccionó después de los efectos de la ideología de la Revolución francesa; así el Derecho de «etapas»—para el abastecimiento de las ciudades que en tránsito tocan los mercaderes—; el de transbordo o, en general, el de reservar a los de la ciudad de tránsito el transporte de las mercancías que circulan por la jurisdicción; las «represalias» y las distintas formas de asegurar sobre la colectividad de comerciantes pertenecientes a la misma ciudad o a la misma agrupación y situados en otra ciudad el cumplimiento de sus obligaciones por un miembro de su misma colectividad; la posición jurídica semi-pública del intermediario que viene a representar intereses de la localidad a que pertenece, etc., muestran así su explicación. Igualmente los tratados internacionales y el régimen de liberación de estas trabas de las Ferias vienen a constituir la contraposición que, por contraste, hace resaltar la misma causación histórica.

El curso de la evolución en la Edad Moderna irá trazando la línea de desaparición de algunas de estas figuras, pero no puede prescindirse de su existencia pura y simplemente.

Por otra parte, de la misma manera se explican ciertas normas que hoy llamaríamos de Derecho de la economía (precios, calidades, ventas en determinados lugares, etc.) y que inciden sobre las instituciones que también, según los términos actuales, son de Derecho privado.

La organización corporativa, con su régimen autónomo de gobierno y de separación jurisdiccional, se explica inicialmente—además de por las dificultades que presentaba el proceso romano-canónico—por la posibilidad misma de que estas atribuciones públicas no se hubieran centralizado en el poder público, aunque el curso de la evolución lleve a la legitimación mediante la concesión ulterior de esta esfera de autonomía por el poder central con base, tanto ya en las necesidades del tráfico mismo, como en la razón reminiscente de los viejos privilegios de la clase que se hacen valer.

2. Para lo que constituye hoy materia de Derecho privado se suele dar como causación histórica la inadecuación al comercio de las normas del Derecho romano de la última época del Imperio, del Derecho germánico inicial y del canónico, con doctrinas de suyo contradictorias con los intereses del tráfico comercial que en la Baja Edad Media se desenvuelve. Vendrían a ser instituciones especiales respecto del Derecho común y por las condiciones históricas de éste. Conviene no obstante puntualizar acerca de esta generalización.

a) Existen, en efecto, instituciones a través de cuyo régimen—que se va conformando en documentos notariales y en decisiones de los Tribunales especiales de los comerciantes sobre todo, pues el Derecho estatutario y, principalmente el de las ciudades, se presentan con un contenido fundamentalmente administrativo y económico—se va manifestando ya entonces la especialidad del Derecho mercantil por la inadecuación de los demás ordenamientos (13). Pero conviene tener en cuenta lo siguiente: hasta tanto se plantea históricamente el problema general de la jerarquía de fuentes y la relación entre el Derecho local o Corporativo con el general, bien traiga su base en las disposiciones de los monarcas—Derecho Real—o se trate del Romano que se recibe en el Continente, no puede decirse que siempre las normas mercantiles se preocupen de hacer excepción a las generales; aunque sea difícil puntualizar en qué grado se puede hablar por lo menos de una esfera de autonomía en la producción jurídica que no pende de esa relación. Sólo más tarde será precisa esa excepcionalidad.

b) Por otra parte, tanto para la Edad Media como para la Moderna, existen instituciones que vienen exigidas por el comercio y que carecen de paralelo en los otros ordenamientos: libros y Registro de comerciantes, «commenda» y otras formas asociativas que se inspiran en las mismas necesidades, marcas y patentes, y en el Derecho de obligaciones, aunque se prescinda de formas iniciales de transporte—ignorando además las catavanas o convoyes—o de seguros, habría de tenerse en cuenta la referencia a las circunstancias de no especialización del comercio que centra la tipología jurídica negocial alrededor de la compraventa y, con todo, ya en el Derecho bancario habrían de verse antecedentes de figuras luego tipificadas y sin correspondencia con figuras de Derecho civil.

c) Cuando se considera expresamente el *concepto del Derecho mercantil hasta el Código de Nápocón* es corriente generalizar la afirmación de que se trataba de un Derecho mercantil del comerciante. Este punto de vista se atem-

---

(13) Los formularios notariales son fuente muy interesante en este punto. Pueden verse, por ejemplo, para el derecho español los modelos en materias mercantiles contenidos en PALOMARES, *Estilo nuevo de escrituras públicas*, Madrid, 1666.

para por las discusiones acerca de la amplitud de la tendencia histórica a la objetivación en el periodo inmediatamente anterior al Código francés.

Como todas las generalizaciones debe ésta también ser observada con cierto cuidado; conviene perfilar el alcance de las mismas, tomando la cuestión desde sus bases.

Es preciso anticipadamente hacer unas indicaciones acerca de la manera de abordar este tema de puntualización de notas del Derecho mercantil precedente al Código francés. Si la materia hubiera de tratarse con absoluto rigor, habría de analizarse, por lo menos inicialmente, en cada ciudad, en cada Corporación de mercaderes, en cada país. Mas tal cosa, si fuera posible hacerla en el estado actual de las investigaciones, difícilmente podría realizarla quien no fuera historiador; pero no es necesaria a los fines de este trabajo, ya que lo que interesa es seguir la línea de la evolución histórica, para aclarar los datos importantes en el planteamiento contemporáneo del problema y en la época en sus rasgos generales. Estos rasgos generales no se construyen ahora con motivo de nuestro estudio, sino que lo que se hace es tomar las fuentes que indican el proceso de uniformación del Derecho mercantil que antes fué mencionado. Esta uniformación se corresponde con la supremacía italiana; he aquí un texto que, con la autoridad de su autor, puede servir de base suficiente para la orientación dada a esta parte: «El Derecho mercantil románico en lo esencial es recibido en el Oeste y Norte de Europa. Esta recepción tiene lugar desde comienzos de la Edad Media, parte directamente por usos mercantiles internacionales, parte por influjo de los comerciantes italianos y la literatura románica extendidos por todas partes. En las decisiones de la Rota de Génova y en los escritores italianos de los siglos XVI, XVII y XVIII: STRACCA, SCACCA, RAFAEL DE TURRI, CARDINALIS DE LUCA, ROCCUS, ANSALDUS, CASAREGIS, inspiran la doctrina ilustrada y la práctica» (14). De estos libros destaca el de STRACCA: *Tractatus de mercatura seu mercatore*—primeramente publicado en Génova en 1593—, del que se ha dicho que imperó en la literatura y en la práctica europeas hasta el siglo XVIII, en que la literatura francesa se atribuyó el rango de que antes había gozado la italiana (15). Así se marca el enlace a la consideración de la doctrina francesa que opera sobre las Ordenanzas de Colbert.

Para nuestro país conviene seguir a la literatura mercantilista, y, fundamentalmente, aquella que maneja las fuentes italianas para asegurar el enlace con la mejor doctrina europea. Se manejarán también los moralistas, que, equivocadamente, se suelen dar como mercantilistas; pero han de ser utilizados prudencialmente, pues a veces tienen una visión del tráfico—que describen, y por eso se utilizan—deformada por la preocupación de hallar el pecado o las circunstancias que a él conducen. De las fuentes convendrá seguir la de los Consulados, y fundamentalmente el de Bilbao, ya que, aparte de haber sido más cuidadosamente estudiado, sus Ordenanzas serán las que tiendan a convertirse en Derecho mercantil, común en nuestro país y en América antes del Código del 29.

Una última observación importante es ésta: al final del periodo que se considera comienzan a manifestarse las corrientes que llevan a lo que se llamará sistema objetivo en su proyección mercantilista. Ahora no se consideran: en la imposibilidad de cortar la historia en tajos es preferible dar el tránsito al Código francés en forma de explicación del significado de éste y de la doctrina que le sigue.

1. Creo que debe partirse de la idea de que el Derecho mercantil de todo el periodo considerado pretendió ser el *Derecho del comercio*. Tanto los juristas contemporáneos como los que desde nuestra época se ocupan del periodo

(14) GOLDSCHMIDT, en trab. cit. en *Handwörterbuch...*, cit. pág. 323.

(15) MULLER ERZBACH, *Handelsrecht*, 1928, pág. 34.

considerado, tienen a la vista, en realidad, la idea de que el comercio fué entonces la gran palanca de transformación de la estructura económica occidental y que la industria en su rudimentario estadio artesano podía diferenciarse del tráfico interlocal mercantil, que es el que efectivamente atrae la atención, dadas las circunstancias de la época y necesita y crea el Derecho que pasará como mercantil a los Códigos. Podríamos decir que la grandeza económica del comercio es lo que atrae la atención.

Las ideas anteriores se pueden fundar en argumentos de muy distinto origen.

En primer lugar, la propia literatura de nuestra especialidad lo deja indicado. El texto de definición del mercader de STRACCA—«qui negotiationis seu negotiationum exercendarum quaestus liciti faciendo causa frequenter mercis permutat seu emit ut easdem *non minutatim nec mutata per se forma distrahat*»—se repite y se recoge por los demás autores constantemente para eliminar del Derecho mercantil la actividad industrial de la época; así, en nuestra literatura jurídica, por ejemplo, CUENCA (16), que, glosando el texto, dice: «artifices seu fabri non vero mercatores quia res ad operandum emunt ut eas postea mutata forma distrahant» o HEVIA BOLAÑOS (17) («difieren el mercader y el artifice en que el mercader es el que compra las mercancías y obra hecha y las vende de las formas que las compra sin mudarlas en otra..., y así, lo dispuesto en el mercader no se entiende en el artifice»).

Por otra parte, la estimación social y moral del mercader por los juristas centra la atención en el comercio interlocal fundamentalmente, teniendo a la vista la función abastecedora y de aproximación de los bienes a las necesidades que han de satisfacer. Esta idea está implícita en los autores de moral mercantil; así, SARABIA DE LA CALLE dice: «no es lícito al mercader comprar la cosa para luego tornar a vender con ganancia, sin que la cosa se altere o se mude el tiempo o lugar» (18); por su parte, VILLALÓN justifica la utilidad de los mercaderes en la siguiente forma: «trayendo las [las mercancías] de diversas provincias donde abunda al proveimiento de su propia tierra y pueblo, porque allí falta» (19). Esta idea permanecerá hasta el siglo XVIII en la rica literatura francesa que aparece sobre el comercio. Las ideas vienen recogidas respecto de la escuela económica mercantilista por HERKSCHER (20). Naturalmente ya se amplía la inicial noción moral que refleja el medievo antes dada con el enriquecimiento proveniente de un más completo análisis económico del comercio. Pero, en definitiva, y es lo que importa, lo que interesa es la estimación de esta rama económica—frente a lo que ocurre en materia de industria y agricultura—como notablemente importante y universal.

2. Pero fué Derecho del comercio siendo *Derecho del comerciante en su tráfico*. En la precisión de esta nota reside el eje del problema del carácter del Derecho mercantil hasta el Código de Napoleón. Y conviene diferenciar en ella una serie de facetas: técnica de delimitación de la materia mercantil y privilegio de una clase en la sociedad estamental y motivación inspiradora de política jurídica.

a) Si el *acotamiento* del conjunto de normas mercantiles hubiera de ser abordado con el criterio de los que en la actualidad piden al Derecho especial que se contenga en fuentes autónomas e independientes—en definitiva en un Código separado—, el Derecho mercantil del período estudiado presenta-

(16) *Ad Commenda sive depositi instrumentum*. Zaragoza, 1644, págs. 168 y ss.

(17) *Curia Philipica*, II, pág. 263, ed. 1797.

(18) *Instrucción de mercaderes*, Medina del Campo, 1544, cap. VII, fol. XXXVII.

(19) *Prorechoso Tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura*. Sevilla, 1542, cap. XXXIII.

(20) Páginas 721 y ss.

na al principio una notable variedad de formas, correspondiéndose con las distintas manifestaciones de dispersión que antes fueron mencionadas. Propiamente —y aunque muy incompleto— un problema de relación de fuentes externas no se presenta sino hasta la aparición de la Ordenanza francesa del comercio.

El siguiente texto de HEYMANN contiene una síntesis de las ideas propuestas, fundamentalmente exacta; hablando de la relación entre Derecho mercantil y Derecho privado general, dice que no puede ser contestada esquemáticamente, y que existen, funcional e históricamente, múltiples variaciones de grado. Y añade: «El Derecho marítimo cerrado del Consulado del Mar de Barcelona se diferencia considerablemente en el tratamiento formal del Derecho especial, de un cuerpo de Derecho de la ciudad (*Stadtrechtsaufzeichnung*) de carácter mercantil predominante, pero no exclusivo, como el *Constitutum usus de Pissa*, o el Estatuto de Marsella, sólo en parte jurídico-mercantil, o también de los numerosos Estatutos que se conservan de Corporaciones italianas de comerciantes o el libro del Derecho de la ciudad de Augsburgo, de contenido general, pero con numerosas prescripciones de Derecho mercantil público y de los, en cambio, Códigos especiales de Derecho mercantil de los reyes ingleses, como el *Statute of Acton Burnell* y el *Statute de mercatoribus*, de Eduardo I, o el *Statute of Staple*, de Eduardo III. Entre estos distintos tipos existen numerosas soluciones, todas siempre bajo el principio de que nos encontramos con un Derecho especial mercantil en evolución, con muy distintas formas externas de delimitación y de formulación» (21).

Una codificación—incompleta e imperfecta—aparece con las Ordenanzas francesas del Comercio (1673) y de la Marina (1681); con ellas aparece el problema legislativo-formal de la relación entre cuerpos legales (22).

Pero frente a este problema externo, desde el punto de vista técnico el tema de delimitación de la esfera de vigencia de la legislación mercantil viene tratado desde la línea de la *situación estamental* correspondiente al régimen de clases en general del antiguo régimen. El Derecho mercantil fué un Derecho de la clase de los comerciantes que se aplicaba a éstos por el hecho de serlo. Esta es la idea *predominante*, no tanto por exigencias del Derecho especial, como por la organización general de la sociedad aun con la tendencia histórica a profesionalizar las que venían siendo clases políticas; de aquí que, cuando se trata de salvar las dificultades que surgen de la aplicación del Derecho mercantil a clases que no pueden ejercer el comercio (nobles—luego al final del período se cambiará con disposiciones especiales—clérigos y militares) o a comerciantes ocasionales, sea frecuente recurrir a la ficción de considerarles comerciantes. Esta nota, además, exigirá una rigurosa atención al concepto de comerciante delimitador del Derecho especial, y surgirán los problemas de la inscripción en la matrícula y su significado, de la posibilidad de extender la jurisdicción mercantil a no comerciantes, de la aplicación del Derecho especial cuando se esgrima en juicio ordinario.

Conviene dar unos ciertos desenvolvimientos a la idea general formulada:

1) La generalización corriente de que el Derecho mercantil se acotara por la pertenencia a la clase comerciante se ha contradicho apoyándose en la idea, o más bien prejuicio, de atender que sólo podía ser así en cuanto se: comerciante implicara pertenecer a una Corporación de comerciantes, y se aplicaría sólo en la medida en que la jurisdicción de esa Corporación se ex-

(21) Trabajo cit. pág. 12.

(22) HEYMANN, pág. 13.

tendiera sólo a los comerciantes. De aquí se deducía: si en mercados o ferias existe un Derecho mercantil no ligado a un gremio o Corporación, quiere decirse que la nota subjetiva decae; igualmente, al generalizarse la jurisdicción comercial y devenir de corporativa espontánea a estatal, debe entenderse que decae la nota de personalidad del Derecho mercantil; por último, si se admite la competencia para asuntos mercantiles sin hacer expresa mención de las personas, entonces quiere decirse que se ha producido el tránsito al sistema objetivo. Estas ideas realizan cortes en el cuadro de las circunstancias históricas que no están justificados.

Ni el mercado local ni la feria interlocal o internacional pueden comprenderse sino referidas al comerciante, que, por sí o mediante sus dependientes, viaja con sus mercancías. Basta el recuerdo de la explicación histórica general que antes se dió y la consulta a cualquier libro referente a mercados o ferias para hacerse cargo de esto. Lo único que ocurre es que en estos casos no se necesita acotamiento, porque ya está dado por el mercado mismo o la feria misma que reúne a los sometidos al Derecho comercial. La idea de una jurisdicción uniforme corporativa, extendida por toda Europa y existente en todas las localidades con distribución matemática del territorio a que se extendiera, no tiene sentido histórico.

Igualmente, cuando se intenta ver en la competencia de la jurisdicción mercantil estatal la base de la objetivación del Derecho mercantil, se incurre en un corte de las circunstancias no justificable. Fundamentalmente se hace esta consideración respecto de la Ordenanza francesa del comercio cuando, en sus artículos 2 y 7, atribuye a la competencia consular las cuestiones surgidas sobre letras de cambio y otros contratos del comercio marítimo. En realidad, estos textos reciben una vieja tradición y no innovan. Para seguirla hay que tener en cuenta que han sido constantes la doctrina y la legislación de todo el periodo que consideramos en limitar la especialidad de este Derecho «rationae mercaturae», y que en las fuentes y en la doctrina venía siendo tradicional ligar «mercatura» y «cambio»: lo que ocurre es que el tema de la personalidad del Derecho mercantil se limita en doble forma: no afecta a la actividad del comerciante, sino en lo que se refiere a su profesión, y se precisa en los casos de relaciones con no comerciantes resolver el problema de la extensión de la competencia de la jurisdicción mercantil a estas personas; de aquí se parte a generalizar una presunción de comerciante—precisa en la época para atenerse a la personalidad del Derecho mercantil—para los que han actuado en tráfico comercial. Estas ideas son muy viejas y permanecen luego. Se manifiestan, v. g., en estos textos: «quaecumque persona aget vel conveniat de cetero ex causa negotiationis vel cambii intelligatur esse mercator absque alia probatione» (*Statuto della mercanzia di Piasenza*, 1340); «quod omnes contrahentes ex causa negotiationis vel cambii habentur vel reputantur pro mercatoribus» (*Statuto della mercanzia di Milano*, 1350); «quia privilegium datum est mercaturae non personis» (ANSALDO DE ANSALLIS) (23).

”) Tanto la orientación de Derecho personal como sus límites se perciben con mayor claridad con la enunciación de *los problemas de la época alrededor del concepto de comerciante*:

El núcleo fundamental del concepto viene dado por la definición de STRACCA, que antes se ha recogido.

En la doctrina, la separación entre el comerciante de tráfico interlocal y el detallista suele también establecerse siguiendo a aquel texto; la idea que domina es la de la utilidad del transporte de mercancías de un lugar a otro. Basta la lectura de cualquier libro en la parte general sobre la consideración que el comercio merece; luego se refleja la idea en los capítulos destinados a la configuración del concepto de comerciante, en la distinción del comercio al detall, en el tratamiento del comerciante forastero, en el privilegio de los

(23) Citados por HEYMANN, ob. cit., pág. 13.

comerciantes que van a las ferias, etc. (24). Cosa distinta de la diferenciación conceptual es la dificultad práctica de la diferenciación, porque el comercio al por mayor y al por menor, como dicen los historiadores, no estuvieren completamente acotados, de manera que los comerciantes de la primera clase no hicieran tráfico de la segunda. De aquí que cuando las fuentes modernas recogen el Derecho producido a través de la Edad Media reciben también la idea del pequeño comerciante.

Lo referente al artificio o separación de la industria ya fué mencionado al ocuparnos de la idea fundamental de considerar al Derecho mercantil como Derecho del comercio.

El significado de la manifestación externa de la condición de comerciante —fundamentalmente la matrícula— no fué tratado con un criterio formalista. Más bien su insuficiencia originó atender al criterio real de dedicación a la actividad mercantil (25). Pero sería equivocado pretender que se desconoció el significado de la manifestación formal; debe entenderse que ésta constituía el punto de partida y que, precisamente por ello, la doctrina tiene que esforzarse en tratar el supuesto de que no se haya producido. La permanencia de la idea se percibe en este texto: «Para gozar de este privilegio de ser demandados en estos pleytos los mercaderes, es indispensable resulten matriculados y hayan jurado usar fiel y rectamente de su oficio...» (26).

La idea profesional se refleja en la necesidad de una especial consideración del caso de nobles, clérigos y militares. En cualquier libro de la época está la cuestión tratada; de todos ellos puede inducirse que lo que hoy constituye un problema de prohibición entonces se enfocaba como un tema de adquisición de la cualidad de comerciante, porque lo que preocupa es la condición profesional en una sociedad clasista (27).

Presidiendo la idea profesional está la diferenciación entre mercader y negociante («negotiator»). La doctrina de HEVIA es la siguiente: «Difieren el mercader y el negociador en que el mercader no se entiende serlo por un solo acto o vez que lo exerza, porque se requiere para ello más frecuencia de actos según Bartolo y Baldo, si no es que al único acto preceda haberse matriculado por mercader en la matrícula de ellos y jurado de lo usar fielmente como lo dice STRACCA, empero, el negociador se dice serlo por solo

(24) Estas ideas no necesitan especial justificación. Puede consultarse cualquiera de los libros de Historia de la Economía, y en la literatura jurídica de la época, prácticamente todos. A título de ejemplo para el Derecho español, prescindiendo de la indicación implícita en las normas referentes a las ferias que se contienen en Las Partidas, tenemos que en las Ordenanzas Reales de Castilla, al lado de las prescripciones contra los «regatones» (lib. VIII, tit. VII, Ley V; lib. IX, tit. VII, Ley V; Lib. X, tit. VII, Ley X), que no se corresponden exactamente con el pequeño comerciante, se recogen normas de protección el grande (lib. II, tit. XII, Ley XVI), igual en la Nueva y Novísimas Recopilaciones, que distinguen del comerciante a los revendedores, regatones y buhoneros. En las Ordenanzas de Bilbao (cap. IX) se marca la distinción en materia de libros; tenemos, a título de ejemplo, que BARTOLOMÉ FRIAS DE ALBORNOZ trata, como especificando, del mercader de tienda y lo define: «el mercader de tienda vende la mercadería por menudo al contado o fiado como Dios le ayuda y paga a sus tiempos» (*Arte de los contratos*, Valencia, 1573, lib. III, tit. III, pág. 129). HEVIA BOLAÑOS distingue de los mercaderes a los «mangones» o «venaliciarios» o «recatones» o «revendedores» (ob. cit., pág. 262, números 6 y 7). VENTURA LANAJE: «Sólo debe gozar de los privilegios e inmunidades de los mercaderes y comerciantes los que cargan y venden por grueso, por lo que algunos autores los han llamado «grossarios»... sólo ellos merecen tal nombre, porque cargan y negocian en bien común y pública utilidad... lo que no sucede con los que en sus casas y tiendas venden por menudo» (*Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, 1672, lib. I, capítulo XVII, núm. 28).

(25) Por su información puede verse GIBELINUS, *De universa rerum humanarum negotiatione*, Lyon, 1663, págs. 22 y ss.

(26) ELIZONDO, *Práctica universal forense*, t. I, 1779, pág. 155.

(27) Para el fondo histórico general véase PALACIO AYARD, *Fin de la Sociedad española del antiguo régimen* (conf. 1962).

un acto o vez que negocia. Y así el Estatuto que trata del mercader no ha lugar en el negociador...» (28).

'''') También la idea de que el *acotamiento* de este Desecho se realiza *con ocasión de la competencia de la jurisdicción mercantil* conviene que sea puntualizada.

Primeramente hay que observar que las personas que ejercen la jurisdicción mercantil, mientras ésta se mantiene como jurisdicción corporativa, no se encuentran investidas de esta sola atribución. La función administrativa y de gobierno de la Corporación de los viejos cónsules medievales permanece en la Edad Moderna. Las Corporaciones del gran comercio—enfrentadas, como se vio al principio, al espíritu localista de la ciudad—pasarán a ser más o menos objeto de centralización y nacionalización con el proceso de afirmación del poder central del Estado. En esta forma se explica para nuestro país el significado de la Junta de Comercio, cuya significación fundamental fué la de un organismo administrativo que centralizó el control de la estructura del Derecho de la economía del país y la política que afectaba a los ramos a que hace referencia su denominación. No es admisible la idea de que esta Junta, porque tuviera en una época competencia en asuntos mercantiles donde no hubiera Consulado, representara la objetivación del Derecho mercantil; se parte de la idea de que la personalidad del Derecho mercantil depende de la agrupación gremial, y tal cosa es falsa; la subjetividad depende de la profesión, y ésta, a su vez, será apreciada en su significación de clase en la sociedad de clases que se van profesionalizando; no existen razones para deducir que donde no hubiera Consulado se objetivaba el Derecho mercantil. Su inicial significación de organismo administrativo de la política económica en su ramo se contrasta con el texto literal de la Real Cédula de 24 de junio de 1770, que expresa su origen: «Que a la Junta General de Comercio y Moneda pertenece el conocimiento económico y gubernativo de estos objetos para promoverlos en todos sus ramos, consultando a S. M. lo que fuere propio y digno de su real noticia y determinación en la misma forma que lo practicaba la Sala de Gobierno del Consejo antes de la creación de la Junta General, y que lo practicara si ésta no se hallase formada» (29). Lo que ocurre en los lugares donde no hay Consulado se verá luego; también en ese momento la permanencia de la personalidad del Derecho mercantil. Interesa, sin embargo, hacer notar que los Consulados, en vez de decaer para convertirse en Tribunales de Comercio pura y simplemente, como se ha pretendido, siguen manifestándose como entidades corporativas, de acuerdo con su sentido histórico precedente. Pero, de acuerdo con las ideas de la época, se convierten en instrumento del poder central para la política de Corporaciones de intereses nacionales como corresponde a las nuevas ideas mercantilistas—que mezclan libertad e impulsión pública de la actividad económica—que tienden a generalizarse a toda la esfera económica; estas ideas se expresan en el preámbulo y en el texto de las Cédulas últimas de creación de Consulados. A título de ejemplo puede verse la creación del de Sevilla, de 24 de noviembre de 1784; de su preámbulo es este texto: «... donde no hubiera Consulados, se erigiesen con arreglo a las Leyes de Castilla e Indias, para que, protegidos eficazmente de mi real autoridad, y auxiliados de las sociedades económicas y demás cuerpos de las respectivas provincias, se dedicasen a fomentar la agricultura y fábrica de ellas y a extender con cuantos medios fueren posibles la navegación...» En el artículo 5.º dispone: «El Consulado acordará los medios más conducentes al establecimiento de Escuelas de Comercio y Agricultura y al descubrimiento y propagación de secretos químicos, necesarios a la perfección de las artes...» Y en definitiva basta recomendar la lectura de todos los artículos que no versan sobre la materia jurisdiccional.

(28) Folio 263, ob. y ed. cit. Completa la información con texto de ANSALDO, DOMÍNGUEZ VICENTE, en su *Ilustración...*, t. II, págs. 5 y ss.

(29) Tomada de A. XAVIER PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, pág. 253. Vid. también ELIZONDO, *cit.*, t. III, pág. 168.

De los expuesto en el párrafo anterior se infiere una idea que tiene notable importancia: la competencia de la jurisdicción mercantil, en cuanto se hace efectiva a efectos de conflictos entre particulares, origina una *separación de los intereses privados respecto de los públicos* que motiva el que ordinariamente en las decisiones sobre aquéllos se encuentre lo que constituye Derecho privado aplicable y aplicado. Pero así queda al mismo tiempo explicada la siguiente observación: en la época no se utiliza como criterio sistemático de la separación de un Derecho mercantil privado del Derecho de la economía mercantil, pues no se tiene conciencia de estas ideas sistemáticas contemporáneas. En consecuencia, no puede afirmarse que todo el Derecho del comercio viniera acotado por la esfera de competencia de la jurisdicción mercantil. Por otra parte, la personalidad de este Derecho presenta también un sector en que esa idea acotadora quiebra, y del cual se habla seguidamente.

Sería falso representarse el periodo considerado con un mapa de división bien definida de demarcaciones territoriales o corporativas de los países o del nuestro que permitiera en cada instante resolver fácilmente una cuestión de competencia de Tribunales mercantiles, o que en toda cuestión de comerciantes hubiera de conocer un Tribunal mercantil. Por el contrario, la posibilidad de que las cuestiones mercantiles sean tratadas por la jurisdicción mercantil se va abriendo paso a través de una sucesiva extensión de ésta, que va cortando amplitud a la ordinaria. Juegan las ideas de pertenencia al Consulado y la amplitud territorial de éste, pero aquella es la predominante, de donde se deriva que el Consulado como Corporación sea el instrumento histórico de la progresiva extensión de la jurisdicción consular. Por lo menos para nuestro país, los textos legales no dejan duda respecto de esta tendencia. Dos se pueden anotar como los más importantes para salir de la esfera de las ciudades tradicionales, que, como centros comerciales históricos, no necesitan hacer un acotamiento demasiado detallado de la condición de mercader. La Pragmática de 9 de febrero de 1632, que crea un Consulado en Madrid, ya dispone en su artículo 4: «Si hay número de mercaderes en cualquier ciudad, villa o lugar, pidiéndolo en el Consejo y consultándolo al Rey se erija Consulado, pero no en los pueblos de señorío y abadengo. Todo Consulado que se erija tenga correspondencia con el de Madrid, en lo que mira al gobierno universal; pero sobre decisión de negocios, cada Consulado tenga jurisdicción distinta y privativa con el Juez de apelación que se le dé, sin subordinación a otro Consulado» (30). Y la Real Cédula de 22 de junio de 1773 dispone: «En las ciudades y villas donde hubiere comerciantes, y no esté establecido Consulado, el Corregidor o Alcalde mayor, con el Ayuntamiento y Diputación del Comun, elijan un comerciante de por mayor y otro de por menor al tiempo de hacer las demás elecciones del pueblo en calidad de Diputados de Comercio; los cuales formen la lista comprehensiva de comerciantes de ambas clases, cada uno de la suya, y den razón al Ayuntamiento de las dudas que se ofrecieran al tiempo de examinarla o de las variaciones que existan durante el año, cuidándose mucho de que estos Diputados sean personas íntegras y procedan con la legalidad correspondiente y para que no se verifiquen fraudes ni vexaciones... Al mismo tiempo formarán, además de las listas expresadas, otra de los extranjeros, con distinción de los que se dedican al comercio o a las manufacturas y los que viven vagos, sin ejercitarse en destino útil a estos Reynos y causa pública...»

De esta manera de venir organizada la jurisdicción comercial se deriva la explicación del hecho de que surjan dudas acerca de la aplicación del Derecho mercantil cuando el pleito, aun entre comerciantes, es tratado por la jurisdic-

(30) XAVIER PÉREZ Y LÓPEZ, cit., t. XVIII, págs. 260 y ss. y t. VIII, págs. 337 y ss. Así, pues, es equivocada históricamente la idea de una tendencia hacia la objetivación de la jurisdicción mercantil, si se apoya en el error histórico de buscar las agrupaciones de comerciantes en los gremios. Que se ataque a los gremios no tiene que ver con la conservación de las asociaciones de comerciantes, que, históricamente, han representado papel distinto.

ción ordinaria. Naturalmente, la nota corporativa del Derecho mercantil contenido en las Ordenanzas de las Corporaciones de mercaderes origina su construcción como Derecho interno y personal; aun cuando fueran homologadas, el proceso de generalización, hasta tanto se reciban en Cuerpos legales del Estado, tiende a realizarse por el mecanismo imitativo de la Edad Media. De aquí que el Derecho mercantil contenido en fuentes generales sea de observar y, en cambio, se dude respecto del personal o «statuto» o «stylo» mercantil. El problema es viejo; ya JOSEPH DE NIÑO se lo propone; las dudas de la época o sus distinciones no importan tanto como el hecho de proponerse la cuestión; la perspectiva acerca del eje de la dificultad puede darse hoy centrándose en la forma que se ha hecho. He aquí el texto referido: «Sed an quando conveniatur mercatori coram iudice ordinario, in eius Foro servanda sunt statuta, leges, consuetudines, aut privilegia mercatorum disputat Benven, d. tit. prl. parti. ult. par. a nu 10. Foller in additio. ad Maran. 4. p. tit. ut iudicium mercat. n. 71 (qui n. 70, respondit Benve.). Portol. Parr. Iudex nu. III et seq. alios allegans; qui concludunt dicentes, quod si statutum mercatorum respiciat actus eorum vel fidem actorum nempe si disponat statutum ex nudo pacto mercatorem conveniri posse vel quod plena datur fides scripturae mercatorum tale statutum in quolibet Foro non tantum saeculari, sed etiam Episcopali servandum erit, quae regula fallit quando statutum mercatorum dirigit verba ad Iudices mercatorum, scilicet si dicat quod Iudices mercatorum reddant ius ex nudo pacto, vel credant dictum unius, vel non admittant exceptiones, nam in eo casu in alio foro servandum non est, cum in alio foro non loquatur» (31).

El texto anterior—que busca separar Derecho mercantil y Derecho adjetivo—viene a añadir otra nota limitativa de la función acotadora de la jurisdicción mercantil de la época: en la medida en que las decisiones declaran costumbres mercantiles, este reflejo del fondo consuetudinario del Derecho comercial marca la unión de los aspectos procesal y sustantivo, lo que, a su vez, es índice de la reacción que la especialidad significaba, tanto respecto del Derecho común como del proceso ordinario. De aquí también que la fórmula que hoy tanto se usa en la dicción abreviada—las que se dan en las fuentes son más amplias—, «verdad sabida y buena fe guardada», no puede ser entendida con una significación puramente adjetiva (32).

En consecuencia, debe huirse de la idea de que la jurisdicción mercantil fuera un instrumento técnico que realizara ya en la época considerada un perfecto acotamiento del Derecho mercantil, marcando los márgenes formales de su especialidad. Más bien debe pensarse en los condicionamientos a que venía sometida por las circunstancias generales de la época que, en sus líneas más gruesas, han quedado expuestas.

b) Pero bajo la presentación del Derecho mercantil como un Derecho de una clase de comerciantes y, por tanto, con la impronta de un genérico Derecho privilegiado, discurre la corriente histórica de la necesidad de que fuera configurado un Derecho especial para la posición también especial que el comerciante en su tráfico ocupa en la sociedad de la época; aquella mira a la forma externa de atribuirse a los comerciantes un ordenamiento distinto del común; ésta, en cambio, presenta la constante de la motivación de las instituciones jurídico-mercantiles en su regulación procesal, de Derecho de la economía y de Derecho privado en la complejidad con que en este período se presenta; aquella presenta la odiosidad de una excepción a la generalidad del Derecho.

(31) *Albarani site chyrographi mercatoris analyseos*, que sigue a la obra de CUENCA, cit., Zaragoza, 1644, pág. 37.

(32) Véase en el autor de la nota anterior el comentario a la expresión «mercantilibus» en el párrafo 6, págs. 33 y ss.

esta una razón de política jurídica que justifica el apartarse de la regulación común si la comunidad quiere aprovecharse de las ventajas del tráfico comercial. Al no diferenciarse, la reacción contra el «ancien régime» arrastrará en su violencia las dos facetas del tema.

En definitiva, el margen de espontaneidad y autonomía en la formación histórica del Derecho Mercantil en la época considerada constituye una garantía de que el acoplamiento de sus instituciones venía exigido por la manera con que el comerciante necesita organizar su tráfico: para ser un Derecho de comercio necesita establecer el ligamen con éste a través del eslabón del que viene siendo titular profesional de esta actividad económica.

Esta forma de aparecérsenos nuestro tema al dar la constante de la especialidad no excluye una gran variedad subordinada en la explicación de instituciones o preceptos concretos: unas veces será preciso crear instituciones radicalmente nuevas respecto de las del Derecho común; otras será preciso hacer excepción a la aplicabilidad del régimen común en las instituciones utilizadas en el comercio (su campo más notable con la constante preocupación sustantiva y procesal será el Derecho de obligaciones; y buena fuente para hacerse cargo son los formularios notariales), en ocasiones detrás de las normas o de las figuras jurídicas se puede percibir el uso del espíritu corporativo; en otras—y es corriente muy acusada, porque en esa dirección va a orientarse la transformación del sistema económico—, tendencias capitalistas. Pero no puede decirse—a no ser que quiera cortarse el sentido mismo de la época, que, en su último tramo, se ha llamado de comienzos del capitalismo por los autores alemanes más autorizados—que el Derecho mercantil de esta época fuera el Derecho del capitalismo, ni aun siquiera limitándole al campo patrimonial; sería preciso romper con la masa de doctrina legal consuetudinaria, con la formación de los autores de tradición romana y germánica y con la variedad de motivación de las instituciones para dar un cuadro parcial y amputado. No creo que en esta materia, después de toda la exposición de este apartado, se precise insistir más, pues, de otra manera, habría que ir sacando de todos los epígrafes precedentes, para reiterarlos, la serie tan grande como evidente de argumentos que, implícitamente, en aquéllos se contienen.

3. Respecto del problema de la autonomía científica del Derecho mercantil, si la cuestión se considera pura y simplemente como hecho histórico, no es preciso ni siquiera recordar que es en la Edad Moderna cuando comienzan los clásicos italianos, de cuya importancia y trascendencia europea se hizo antes mención. La literatura propiamente jurídico-mercantil española no se aparta para esta época de la influencia italiana, sino que presenta la confirmación de lo que se suele decir del resto de la literatura mercantilista europea. De la misma manera más tarde, al producirse la supremacía francesa será ésta la influencia que—aunque, a veces, tardíamente—se reciba en nuestros escritores.

D) Conviene dedicar un apartado al *Derecho marítimo* que nos coloque en situación de seguir la línea evolutiva de éste también desde el punto de vista de la concreción de su concepto.

1. Desde el *punto de vista externo* la existencia de fuentes que contienen exclusiva o casi exclusivamente Derecho marítimo es evidente en el período considerado. Pero la valoración de este hecho necesita hacerse situándole en las circunstancias de la época que se viene estudiando.

Aunque mas tarde se hara la interpretación, basta por ahora consignar el hecho de que, incluso en las fuentes de contenido de Derecho marítimo casi exclusivo, se pueden ver partes que miran a las relaciones de comerciantes y navegantes, en tal manera establecidas, que reflejan la existencia de una íntima conexión cuyo significado se tratará de dilucidar luego.

Aquí, por razones semejantes—aunque no identificables—a las que concurren en el Derecho mercantil terrestre, existe una corriente de uniformidad internacional del Derecho que se evidencia en el conjunto de las familias jurídico-marítimas que formulan los autores, particularmente en la Ordenanza francesa de 1681, a la que afluirán las distintas ordenaciones latinas. Esta corriente es de interés, porque, con independencia de lo que pueda ocurrir en determinadas localidades o según cuerpos legales determinados, se pueden utilizar para la argumentación algunos de entre ellos: los que gozaron de mayor autoridad y cuya aplicación práctica estuvo más extendida.

Es sabido que, independientemente de las recíprocas influencias que en los textos históricos puedan observarse, como resultado de la vieja base consuetudinaria, que precede en general a las redacciones definitivas, está unánimemente reconocido que nuestro «Consulado del mar» fué, como dice CASAREGIS—en texto que muy frecuentemente se recoge en libros actuales—: «Universalis consuetudo communiter apud omnes provincias et nationes recepta.» Con este texto y las Ordenanzas francesas se pueden fundar generalizaciones suficientemente basadas. También—y a manera de ampliación—se pueden buscar otros complementos en otros textos legales de nuestro país (procedentes de los Consulados más importantes: Burgos, Bilbao, Sevilla) que describan la línea de nuestro Derecho marítimo en lugares distintos de Barcelona.

2. En la *Literatura jurídica*, el Derecho marítimo comienza a tener una serie de cultivadores que publican los libros que pudiéramos llamar clásicos en esta rama.

Inmediatamente y sin entrar en el contenido de los mismos se puede observar que los autores de Derecho marítimo, frecuentemente, son los autores de Derecho mercantil terrestre; se da el mismo hecho que en la actualidad permanece: los mercantilistas asumen la elaboración científica del Derecho marítimo unas veces como parte del Derecho mercantil general, y otras en libros distintos.

3. *El problema de la independencia del Derecho marítimo* respecto del mercantil terrestre y en general como rama jurídica en la época estudiada, tiene que abordarse cuidando de separar la aplicación de un criterio retrospectivo que lleve al análisis los puntos de vista actuales, pero será imprescindible anotar que ya entonces puede ser percibida la línea que lleva al planteamiento que se formula en nuestros días.

En realidad—conviene advertir—, los elementos de juicio de carácter extra-jurídico o jurídico generales no necesitan de ampliación respecto del cuadro recogido como fondo para el tema general del Derecho mercantil: las adiciones no son de monta tal como para exigir un epígrafe aparte.

a) Si hubiera de atenderse a *notas externas* serían válidas para esta época las notas que hoy se indican de tradicionalismo y uniformidad o tendencia a la unificación. Igualmente, en los cuerpos que recogen el Derecho marítimo de esta época, puede observarse una falta de atención a escindir Derecho público y Derecho privado, de tal manera que tal cosa refleja la existencia de criterios

que deliberadamente se propongan utilizar tal criterio de sistema. Asimismo, externamente—y como antes se ha indicado—, tanto en el orden legislativo como en el científico es evidente que el Derecho marítimo viene recogido en cuerpos y libros que a él sólo se dedican. Y, sin embargo, de entonces también procede la idea de que el Derecho de la navegación es Derecho del comercio marítimo; veamos cómo puede explicarse esta idea cuyo predominio en la doctrina y en los textos es evidente. De antemano conviene también hacer notar que las notas anteriores no se utilizan—y por tanto no se detallan—porque al principio de este trabajo se trató de demostrar que no constituyen fundamento suficiente para justificar la existencia de una rama jurídica.

b) El Derecho marítimo se presenta a los autores en la época que consideramos como una parte del Derecho mercantil por la falta de especialización de las actividades económicas, que da lugar a que no se haga aparente aún la existencia de un sector de relaciones extrajurídicas, que explique como constante el contenido de normas del Derecho marítimo, independientes del Derecho del Comercio.

Las corrientes de la especialización que más tarde servirán para que pueda justificarse el que el Derecho mercantil y el marítimo se disgreguen como ramas distintas, creo que pueden ser descritas en síntesis así: las actividades de armamento y de navegación tienden a separarse y a presentarse como autónomas y a hacerse independientes de su empleo para fines comerciales o para otros de otra naturaleza por personas distintas de las que ejercen aquellas actividades; de donde se sigue que la inmixción en aquéllas de los comerciantes interesados en los resultados del tráfico especulativo con las mercancías que se embarcan tiende a desaparecer, para acortarse con independencia dentro de estos fines de la actividad terrestre. Este resultado habrá que esperar aún a que se haga patente, aunque la tendencia en la época que consideramos está clara en tal sentido (cosa por otra parte nada extraña, pues es coincidente con la general de diversificación de actividades que caracteriza el proceso hacia el complejo de relaciones económicas contemporáneas).

Para refrendar el punto de vista que, en síntesis, acaba de formularse basta observar una serie de datos históricos que lo confirman, porque, en definitiva, sirven de base a la generalización que se ha formulado:

\*) Las fuentes históricas donde el Derecho marítimo se va formando, aunque se sometan hoy a estudio, de acuerdo con las escisiones sistemáticas de la actualidad, se nos presentan históricamente motivadas por el comercio de las grandes ciudades marítimas. Podrá discutirse el grado de relación o de primacía en las instituciones, pero es evidente la comunicación (33). Este origen del Derecho marítimo en el comercio marítimo permanecerá incluso después de la Ordenanza francesa. En su introducción se dice: «Como no es menos necesario el establecer el comercio por medio de buenas leyes, que el ponerlo libre y cómodo con la bondad de los puertos y la fuerza de las armadas; y como nuestras Ordenanzas, las de nuestros predecesores y las leyes romanas contienen muy pocas disposiciones para la decisión de las diferencias que se suscitan entre los comerciantes y la gente de mar; hemos juzgado para no dexar cosa alguna que desear en beneficio de la nación y del comercio como objeto importante de fixar la jurisprudencia de los contratos marítimos, hasta hoy incierta.» En definitiva, la vigencia de esta idea será el motivo de

(33) Vid. recogidas las posturas sobre la estimación de GOLDSCHMIDT del paso de instituciones de Derecho mercantil marítimo al terrestre en ZENO, obra cit., págs. 92 y ss

que, aunque privatizando su contenido, los Códigos de comercio recojan el Derecho marítimo, y la literatura mercantilista que sigue a aquéllos, asuma la elaboración de esta disciplina siguiendo la fundamental subsistencia de la vieja idea, según la cual el tráfico marítimo venía a ser la encarnación por antonomasia del comercio interlocal e internacional.

”) *Los Consulados* en nuestro país expresan la relación entre tráfico terrestre y marítimo por la misma razón, y, por tanto, la *jurisdicción* y la *competencia* reflejarán este estado de cosas. En el «Consulado del Mar» se dice: «Estos son los buenos establecimientos y las buenas costumbres concernientes a hechos de mar, que los hombres expertos que navegan el mundo empezaron a dar a nuestros antecesores; las cuales hicieron por los libros de la ciencia de las buenas costumbres. En ellas de aquí adelante se podrá hallar: qué debe un patrón practicar con los mercaderes, marineros, pasajeros u otras personas *que vayan embarcadas*; y, asimismo, qué deben el mercader, el marinero y también el pasajero practicar con el patrón» (34).

Los Cónsules deciden todas las «cuestiones que proceden de fletes, de daños de géneros cargados en naves, de soldadas de marineros, de las acciones que se toman en un buque, de su venta, del caso de echazón, de encomiendas hechas a patrón o marinero, de cantidades debidas por patrón, que las haya tomado por urgencia o necesidad de su embarcación, de promesa hecha por patrón a mercader o por éste a patrón, de géneros encontrados en mar libre, o en playa, de armamentos de naves, galeras o leños, y, generalmente, de todos los demás contratos que se declaran en las costumbres del mar» (capítulo 22) (35). «Los Cónsules, por cédula del señor Rey, tienen autoridad de oír los pleytos y cuestiones que ante ellos se introducen y decidirlos definitivamente, breve, sumaria y llanamente, sin estrépito y figura de juicio: «sola facti veritate attenta», es decir, atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado hacer a uso y estilo de mar» (capítulo 36). Aparte de las referencias al interés de los mercaderes en las expediciones marítimas que se refleja en distintos incisos de los textos recogidos, y sobre lo que se volverá después, podría parecer que estábamos en presencia de una jurisdicción exclusivamente marítima; sin embargo, en la época la idea que se tiene es la de conexión de tráfico marítimo y terrestre; esos textos se han situado en primer lugar para poner de manifiesto que cuando se imita el conjunto del régimen catalán, la unión de tráficos es la relevante. Por ello, en la concesión de la jurisdicción al Consulado de Burgos, al procederse por imitación de Valencia y Barcelona, como dice el largo preámbulo de la Real Cédula que lo concede, aparecen las palabras que reflejan la conexión que se viene repitiendo: «e por la presente damos licencia, poder e facultad y jurisdicción a los dichos Prior y Cónsules de los mercaderes de la dicha ciudad de Burgos, que agora son y serán de aquí adelante, para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que oviere entre mercader e mercader y sus compañeros y factores, y sobre el traer de las mercaderías, así sobre compras y ventas e cambios, y seguros, en cuentas, e compras que hayan tenido e tengan sobre afletamientos y naos...» La misma línea va siguiéndose luego para los Consulados de Bilbao y Sevilla (36).

”) La *configuración de las instituciones* es la que más precisamente refleja el curso evolutivo de la diferenciación de empresas que antes se mencionó: la navegación, sin más, lleva implícitas una serie de necesidades técnicas y de superación de riesgos, que explican un conjunto de instituciones o de normas dentro de las instituciones (el buque, la progresiva diferenciación de la figura del capitán y del contenido de su mando, etc.). Pero la empresa marítima es el viaje que constituye una aventura cuyo éxito se da si se su-

(34) Ed. de CAPMANY, en *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado*, Madrid, 1791, I. págs. 1 y 2 (son las palabras con que comienza a manera de introducción).

(35) Ed. CAPMANY, cit., pág. 322, t. I.

(36) Vid. en CAPMANY, obra cit., t. II, y véase también GUIARD, *Historia del Consulado de Bilbao*, 1913.

peran los riesgos extraordinarios de la navegación (dificultades derivadas de la situación en materia de conocimientos náuticos y de técnica constructora de naves, riesgos de ataques de todo género, etc.) y se obtienen los beneficios esperados de las mercancías transportadas. Uno y otro aspecto del viaje marítimo no llegan a diferenciarse, y la manifestación más clara de ello es que en el centro del Derecho marítimo están las formas asociadas de explotación del tráfico («societas», «colonna», «commenda») que—cualesquiera que sean sus diferencias y formas de concertarse según los usos locales—indican la comunidad de intereses y riesgos náuticos y comerciales. Ciertamente, la tendencia hacia la especificación está marcada, pero ni las circunstancias extrajurídicas cambian fundamentalmente (a pesar de la utilización de brújula, cartas y catalejos), porque permanecen el pequeño porte de los buques de madera, peligros de navegación, etc. (37), ni las leyes se anticipan a las transformaciones de los nuevos tiempos (38).

#### § 4

### EL CODIGO DE NAPOLEON Y SUS CONSECUENCIAS

Como observación genérica, me parece de interés la siguiente: de ordinario, a partir del Código de Napoleón se tratan las cuestiones jurídico-mercantiles—y, por tanto, el problema del concepto—como actuales; cierto que hay mucho Derecho mercantil napoleónico en la actualidad, pero no lo es menos que una buena parte o es Historia, o es reminiscencia histórica, o debe ser examinado, aunque permanezca, a la luz de las circunstancias motivadoras de la época.

1. Para el fondo de HISTORIA GENERAL Y DE HISTORIA DEL DERECHO (1) es de importancia la línea de transición del «ancien régime» al nuevo; la causa es obvia y se ha repetido muchas veces: las leyes, de hecho, son más retrospectivas que previsoras. Por otra parte, aunque Francia encarne el impulso de las transformaciones históricas de esta época, hay que observar que nos importa el cuadro histórico en lo que tiene de general y no en las peculiaridades francesas: interesan las notas genéricas con generalidad mundial. De ellas, las que enmarcan la evolución del Derecho mercantil y su concepto.

A) Como ya se ha hecho notar, los cambios históricos se producen a tra-

(37) Vid. KULISCHER. ob. cit., II, págs. 387 y ss.

(38) Estas ideas en tensión—tendencia a diversificarse y comunidad de riesgos comerciales y náuticos—están expresadas poniendo el acento en una u otra faceta, en síntesis, cuyo contraste da una buena visión del núcleo del problema del concepto del Derecho marítimo, en ZENO. cit., págs. 65 y ss., y DOMINICO. *Introduzione*, págs. 118 y ss. y 130 y ss.

(1) Sobre bibliografía, véase la nota en que se comienza el § del período histórico anterior. Una advertencia conviene hacer: como se indicó para el período precedente, nos interesan, en el grado de generalidad en que hay que situar el marco de nuestro tema, los trazos tipificados de los procesos históricos. De ellos se pasa a las particularidades relevantes de nuestro tema. Este recuerdo es importante, porque se notará que no intentamos en aquel plano genérico hacer historia particular de nuestro país, porque en dicho plano, antes o después, se muestra el proceso general. Este asidero es importante porque carecemos de una historia económica y social completa y rigurosa y no se puede sustituir a los especialistas. Valerse de los elementos bibliográficos antiguos y extraños (COLMEIRO, DOC, CANGA ARGTELLES, DESDEVISES DU DESERT) o tratar de recomponer el conjunto con los materiales puramente bibliográficos-monográficos no es posible.

ves de procesos, en cuyo devenir se presentan mezclados los complejos históricos reminiscentes y la marcha ascendente de la pujanza de los transformadores; por tanto, sería arbitrario dar años, aunque el triunfo de los segundos se marque por algún acontecimiento que simbolice la mutación. En nuestro tema esa función se cumple por el Código de Napoleón de 1807.

La transición está representada por el siglo XVIII. En él coexisten, de un lado el Antiguo régimen—monarquía absoluta, organización social estamental, mercantilismo económico—y de otro lado, los presupuestos históricos de su transformación, todos ellos engarzados a la confianza en la Razón, que origina una corriente transformadora que comienza sometiendo a revisión el gobierno, la Ciencia, la Religión, la Economía, la estructura social, para llegar en definitiva en el siglo XIX al Liberalismo en el seno del Estado Nacional que sustituye al Estado monárquico, que desea una sociedad individualista e igualitaria, una economía que funcione por sí misma, una Ciencia secularizada totalmente. Las dos fuerzas en tensión conviven bajo la fórmula llamada del «Despotismo ilustrado», que sintetiza el sentido histórico del siglo XVIII. Mas no se trata de pararse en él, sino de explicar el curso de los hechos en el que el Código de Napoleón se inserta, y así poder examinar el fondo del que nace, distinto, en parte, del en que habrá de regir, aunque éste no sea sino el desarrollo de aquél.

B) El mismo compromiso entre viejo y nuevo sistema es el punto de partida de la evolución histórica en materia de *Economía y Sociedad*.

El conjunto del proceso histórico en materia económica puede explicarse partiendo—como en el periodo anterior—del mercado en sentido económico genérico lo que, por otra parte, se justifica ahora doblemente ya que no solo se trata de un hecho económico, sino que, teóricamente, al comenzarse la fundación de la Ciencia de la economía en un plazo teórico, se empieza también a colocar a aquél en el centro del sistema de la organización económica.

1. La nota más importante está dada por el *curso de la evolución hacia un mercado mundial*. El complejo de causas retardatarias (insuficiencias de vías de comunicación y de medios de transportes, imperfecciones del sistema monetario, pervivencia de economía local, organización crediticia inadecuada, etcétera.) e impulsoras (corrientes filosóficas e impulso joven de la burguesía, nuevos gustos, acrecentamiento de la demanda principalmente de productos fabricados en mercados lejanos—fundamentalmente, por su importancia cuantitativa, los coloniales que se enfrentan con la insuficiencia de la organización productora del sistema artesano, etc.), se valora en distinta forma en sus detalles; basta la indicación de su existencia a los efectos de explicar el paso de un periodo a otro.

La evolución culmina en el *sistema capitalista* que se generaliza en Europa con diferencias de intensidad y de prioridad según los países, de la misma manera que ocurre hoy aun en amplias áreas geográficas mundiales. Conviene encabezar la exposición con las notas conceptuales esquemáticas, con las que la doctrina distingue este sistema, independientemente de la mayor o menor aproximación con que, respecto a él, se encuentre la economía de un país o de una determinada zona, para marcar la meta que da orientación a las transformaciones económicas que tienen que ser descritas. No es fácil conseguir el asentimiento general para la delimitación de que sea el capitalismo, pero a nuestros efectos, basta con obtener una aproximación suficiente:

se trata de una economía del mercado; éste domina toda la vida económica: cantidades y calidades de productos vienen producidas en razón de la demanda de aquél;

en el otro extremo de la línea esquemática se sitúa la empresa. Su peculiaridad y originalidad histórica está en su «óptica especial» (2), mira a la producción en términos de precios: combina los factores productivos medidos por

(2) Como dice felizmente MAILLET, ob. cit., pág. 252.

sus precios, y relacionando éstos con el del mercado del producto que se ha de situar en él, para obtener la diferencia que representara su beneficio, los bienes económicos no interesan «in natura»;

la conexión de empresas y mercado se asegura por el mecanismo de los precios que se forman en los distintos mercados (de productos y de factores de la producción);

el juego del sistema exige una fluidez de corrientes que permita la conducción de los bienes y servicios, según el llamamiento de los precios hacia empresas y mercados. que inclina hacia una serie de exigencias que se han llamado presupuestos del capitalismo; he aquí los que formula WEBER (3): propiedad libre y absoluta sobre los medios materiales, que permita la libre apropiación al servicio de las empresas; mercado libre; técnica racionalizada; derecho racionalizado, es decir, que pueda ser sometido a cálculo en su contenido; trabajo libre; comercialización de la economía, es decir, todos en todo, lo que se asegura mediante los títulos valores representativos de créditos o bienes, los cuales permiten el máximo de flexibilidad para interesar a la masa en la vida económica en función de las oportunidades del mercado y de la rentabilidad de las empresas. No es posible dar—ni en síntesis—los trazos históricos de la evolución agrupados en la forma que sugieren esos presupuestos; hay que hacer gracia de ello para referirnos a la industria y al comercio, ya que se precisa ligar con la evolución que hasta aquí se ha venido dando y, al mismo tiempo, asegurar la relación con el problema del concepto del Derecho Mercantil, que, en definitiva, constituye el objetivo de este trabajo.

2. *La industria* ha de situarse en lugar preferente en la exposición, porque, si en los periodos anteriores la grandeza económica está en el comercio, es este periodo, es la industria la que irrumpe en la vida económica, superado el estadio del artesanado y toma posesión de la preeminencia. Puede prescindirse a nuestro fin del detalle de la evolución de los adelantos técnicos—que, en definitiva, conduce a lo que se llama el maquinismo—para parar la atención en lo referente a la organización que es materia más relevante para nuestro fin; ya se dejó constancia más atrás de la aparición del «Verlagsystem», que se da como manifestación industrial capitalista. El segundo tipo de organización, que se da fundamentalmente en el siglo XVIII y se fomenta por el Estado, es la «manufactura»; la unidad característica del capitalismo es la fábrica o «maquino-factura»: a la organización por el empresario se añade la puesta a disposición de los trabajadores de un equipo-capital que pone también aquél. Las posibilidades de organización racionalizada (tiempo, especialización, unidades de productos, etc., etc.) se multiplican.

3. *El comercio* sufrirá modificaciones fundamentales; al final del proceso hacia el capitalismo, presentará un cuadro en el cual se habrá consumado el carácter mundial del mercado, permitiendo la especialización de regiones productoras en función de su situación geográfica, recursos, condiciones climatológicas, etc. Para llegar a ello hubo de recorrerse, si bien rápidamente, un largo camino de transición; en el siglo XVIII y en la primera mitad de XIX y —con mayor o menor amplitud según los países—aún se presentan las dificultades de transportes (escaso número de vías y carácter rudimentario de los medios), la escasez de la producción industrial (aún no se han producido los grandes desenvolvimientos maquinistas y fabriles), el carácter local más o menos acusado de los mercados de hecho posibles, tráfico ocasional y ambulatorio, indiferenciación de actividades especializadas en el comerciante, etc.

La transformación se presenta en forma de fijeza de la actividad comercial (se generaliza que el comerciante no se desplace) y de especialización de sus actividades. Primeramente las funciones industriales (que, en su manifestación capitalista inicial, ponía en manos de los comerciantes el control de los productos que luego trasladaría) y las crediticias se separan; luego en la actividad propiamente comercial se produce una progresiva especialización (por el volu-

(3) WEBER, ob. cit., págs. 239 y ss.

men que da lugar a distintas gradaciones de intermediarios; por el objeto del tráfico, etc., etc.).

Las funciones crediticias y financieras llegan a cobrar, una vez separadas, una entidad fundamental en el sistema capitalista; en definitiva, la movi- zación de recursos—que es la pieza de adaptación de la producción a las necesi- dades—se convierte en fundamental en el mecanismo capitalista; la Banca, con sus formas especializadas (según el término en la concesión de crédito y la finalidad de atender a necesidades monetarias o financieras e impulsoras de negocios); las Sociedades Anónimas (que permiten salir del marco de la participación comanditaria personal para democratizar y generalizar la parti- cipación en el juego del capitalismo); las Bolsas, son las manifestaciones ini- ciales que, al generalizarse, reflejan su razón de ser en el conjunto de la es- tructura económica.

4. Por encima de estas divisiones lo que importa fundamentalmente para nuestro fin es la *universalización de la empresa*, que sustituye a la tipología de épocas anteriores; en el conjunto de la vida económica deja de estar ya el comerciante, como en una posición especial. Las demás ramas que con mirada retrospectiva se van viendo en la evolución histórica han elevado su rango; en el centro de la vida se sitúa la empresa como unidad productora de bienes o servicios, en cuanto organización basada en una óptica especial—la de los precios—se presenta como superadora de la distinción entre industria (que ha superado su estadio artesano) y comercio y, desde luego, también se super pone sobre la separación de funciones especializadas (principalmente las credi- ticias), que se desgajan del viejo tronco unitario del comerciante. A todas estas actividades es común el instrumento de organización que es la empresa. Conviene por último ya aquí llamar la atención sobre el hecho de que esta medida de su función en el sistema en términos de precios que hace la empresa per- manece, incluso cuando se la desposea del motor del ánimo de ganancias; este impulso del capitalismo con el que se suele identificar la estructura, con- fundiendo si se quiere su alma con su mecanismo, podrá desaparecer por mul- titud de razones (espíritu cristiano del empresario, limitaciones de interés pú- blico bajo investiduras jurídicas muy distintas...) y permanecerá la empresa como aporte del capitalismo, aunque sin la subsistencia del espíritu de aquél.

Las características de la empresa—organización en términos de precios— se hace independiente del género de actividad a que se dedique: el comerciante examinará gastos de transportes, gastos generales, precios de adquisición y de venta, recargos por concesión de créditos a los adquirentes, etc.; el industrial centrará su atención en los costes del proceso transformador; el financiero o la Banca en los precios en el mercado del dinero. Pero todas las actividades económicas aparecen sometidas al mismo mecanismo funcional del sistema ca- pitalista.

5. Independientemente de la existencia de áreas geográficas en que no se ha alcanzado el estudio evolutivo del capitalismo, existen, en el seno mismo de las comunidades de organización predominantemente capitalista, sectores que se han resistido a la penetración del sistema. En este caso se encuentran:

el *artesano* que, aun libre de lazos gremiales, ha encontrado sectores donde ejercitarse con ventaja sobre la empresa capitalista; generalmente así ocurre en todos los casos en que la personalidad del trabajador en su especialidad se comunica al producto; por otra parte, aún subsisten trabajos artesanos por encargo de empresas que luego ensamblan los resultados de ese trabajo dis- persos;

la *pequeña empresa comercial* también ha encontrado sectores de aparición en los cuales puede presentarse ante la gran empresa como aliada necesaria más que como presa. Así en los casos de productos que el cliente desea exa- minar por sí mismo, bienes de muy amplio mercado que requieren ser situados cerca de la clientela y, en definitiva, como estadio preciso para que lleguen a los extremos la producción muy centralizada.

Por otra parte, frente al sistema capitalista por partir de principios opues-

tos, se contraponen las distintas formas de organización de estructura *cooperativa*.

Por último, una posición especial presenta la *Agricultura* en el seno del capitalismo. Ciertamente los progresos en materia agrícola y ganadera han sido extraordinarios y se ha hecho desaparecer los restos de la estructura jurídica remanescente del Antiguo Régimen para extender igualmente a este sector la propiedad absoluta y libre propia del capitalismo; pero, con todo, la materia misma sobre la que incide presenta resistencias intrínsecas, que dan lugar a que la penetración del capitalismo se haga imposible. En primer lugar las posibilidades de obtener superrentas (en condiciones normales) son más reducidas que en cualquier otro tipo de actividad; de otra parte, el mercado no puede provocar una movilización y adaptación a sus exigencias del sector agrícola, porque en éste los elementos naturales se dan con mayor fijeza, la dependencia de hechos incontrolables es fundamental, las posibilidades de especialización en la mano de obra son muy reducidas, igualmente la intensificación de rendimiento tiene límites estrechos, la pequeña explotación presenta notables ventajas en determinadas circunstancias de lugar, tierras o cultivos, etc., etc.

C) En la *Historia General del Derecho*, la línea histórica se corresponde con la que sigue, en general, la Cultura. Se ha explicado el cuadro que se conforma con las Codificaciones como el resultado de la combinación de los siguientes elementos: últimos resultados de la recepción del Derecho romano, extensión del Derecho natural racionalista y constitucionalismo inglés; el Derecho romano ofrecería una base para la unidad política bajo la soberanía monárquica y el cuadro de un conjunto de conceptos que permitiría la construcción sistemática básica de la Ciencia jurídica moderna, montada sobre una estructura lógica; el racionalismo iusnaturalista daría contenido nuevo a las formas romanistas; el régimen constitucional suministraría la serenidad y estabilidad derivadas del aislamiento del Derecho del juego del poder, mediante el equilibrio de la división de poderes en la organización del Estado (4).

Para nuestro fin importa—cualquiera que fuese la explicación histórica de los hechos—la línea que estos siguen. En tal sentido interesan:

la unificación del ordenamiento jurídico como aspiración doctrinal y como hecho legislativo, que, en definitiva, se presenta como un instrumento de la «unidad» nacional. El siguiente texto de THALLER, es expresivo de esta idea: «Un Código civil es una preciosa conquista para un Estado que no lo tenía. Es un gran instrumento de la unidad nacional. El Código civil no ha sido comprendido de otra manera en 1804. Por ello fué saludado como el final del gran movimiento que desde 1789 empujaba a todas las provincias de Francia a consumir su vinculación y en cada provincia a los individuos de todas clases a fundirse en una sola nación. El Código civil se convierte en un agente de asimilación para las poblaciones que vivieron hasta entonces bajo costumbres diversas y a consecuencia de esa misma diversidad, no sentían circular relaciones de hermanos entre sus hombres. Esta expresión adquiere aún más fuerza, porque a la publicación del Código viene a unirse la desaparición de los privilegios derivados del nacimiento, de la profesión y de las categorías sociales de diversos órdenes... (5);

en segundo lugar, importa la «forma codificada» de manifestarse el Derecho. Un Código es algo nuevo en lo jurídico; «ese Derecho no nace de la vida... sino de la norma que imprime cuño a la materia... Este estilo se caracterizará primero, por tener su centro en el precepto como enlace de supuesto y consecuencia...; segundo, porque los preceptos se enlazan en órdenes rígidos y dialécticos: tercero, porque el conjunto es una totalidad: obra concluida de la razón. Ninguna Novela de Justiniano, ni el Código de su Codificación, ni un Fuero de la Edad Media, ni la Ley de Partidas, ni las recopilaciones se pa-

(4) Así, en trabajos citos. de E. G. ARMOLEYA. *Rev. Ests. Polts*, núms. 54, 57, 60, que, por ser asequibles, no se utilizan más ampliamente.

(5) Tomado de ARMOLEYA, en núm. 60, págs. 51 y 52.

recen en nada a esto que ahora va a surgir. Un Código moderno tiene mucha más semejanza con algo diferente; con un tratado de geometría, por ejemplo» (6);

por último, el individualismo como ideología inspiradora del Derecho despolitiza al Derecho privado, y, en el orden cuantitativo, al reunirse al constitucionalismo con su división de poderes, y al liberalismo político, con su poda de fines del Estado, minimiza la cantidad de Derecho público.

En materia de *clases sociales* no es preciso hacer ninguna indicación acerca del significado de la idea de igualdad, que, unida al individualismo, conduce a la destrucción de la sociedad estamental, para dejar el campo al triunfo del tercer estado, y, en consecuencia, a la medida de los hombres, en términos burgueses, en función de su posición económica clasista. Lo único que sí merece cierta atención es la rapidez y los condicionamientos de este proceso, según los países. Para el nuestro es evidente que, aunque el Despotismo Ilustrado de nuestro país preparó las bases mediante su animadversión a gremios y privilegios nobiliarios, hasta el siglo XIX—con los altibajos de períodos revolucionarios y realistas—no se consumó la evolución (7).

11. La enorme trascendencia que en la Historia contemporánea del Derecho Mercantil tiene la aportación francesa desde las Ordenanzas y, particularmente, a partir del Código de Napoleón, aconseja pararnos en el examen de éste y de la doctrina que en él se inspira; es decir, ha de examinarse EL DERECHO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN Y EN LA DOCTRINA FRANCESA, con carácter previo al que ha de hacerse de los ordenamientos que le siguieron.

A) *El carácter histórico-jurídico general* del Código de comercio francés pasa desapercibido frecuentemente y se le contempla desde la doctrina que le siguió. En realidad, este Código fué, sin embargo, un producto de su tiempo: marcó la transición con fórmulas transaccionales y eclécticas y pecó de falta de previsión respecto de las transformaciones económico-sociales que se estaban produciendo a su alrededor.

El defecto más grave del Código es reproducir—casi servilmente—el Derecho del pasado, aunque ya en 1807 se podía prever la verdadera revolución que se iba a producir en la industria y el comercio... El Código de comercio no es comparable al Código civil, es una obra de valor mediocre... Los redactores del Código tenían a su disposición la Ordenanza de 1673 y el proyecto de revisión de Miromesnil, pero les faltaba la notable doctrina que ha suministrado al Código civil tantas fórmulas dichosas» (RIPERT) (8).

B) *Las consecuencias más importantes en las ideas relacionadas con el problema del concepto del Derecho mercantil*, son las siguientes:

1. *La investidura de Código* que se da al Derecho mercantil originará desde entonces la idea de que la especialidad de la rama jurídica se ligue mentalmente a la unidad racionalista y cerrada que los Códigos representan. Y, sin embargo, en aquella época, estando demasiado próximas las Ordenanzas y en general el sistema anterior, no se recibe aún dicha preocupación, ni el Código

(6) ARBOLITA, cit., núm. 57, págs. 21 y 22.

(7) Para síntesis, puede verse PALACIO AYARD, conf. cit.

(8) *Traité élémentaire*, ed. 1948, págs. 14 y 15. Nótese que en el autor citado ya se tienen en cuenta los estudios de LEVY-BRUHL sobre la Ordenanza y el Proyecto Miromesnil (publicados en *Annales de D. Comm.*, 1931 y 1933).

mismo pudo prescindir—por inspirarse en el Derecho precedente—de las características técnicas del sistema en vigor inmediatamente antes de redactarse. Así se verá en los apartados que siguen:

2. La *delimitación de la materia mercantil* presenta la misma impronta transaccional genérica de que se ha hablado.

a) *En los legisladores la cuestión fué propuesta predominantemente como materia técnica*, que, a pesar de la forma nueva—Código—, siguió inspirándose en la propia de las Ordenanzas precedentes que se tenían a la vista. La doctrina francesa actual pone de manifiesto la exageración en que se ha incurrido al tratar de ver en el Código francés un salto al llamado sistema objetivo: en realidad, hubo un defectuoso acoplamiento de las Ordenanzas a los hechos inmediatos originados por la Revolución.

«No se puede apelar últimamente al pensamiento de los redactores del Código para pretender que quisieron, después de la supresión de las Corporaciones, destruir todo derecho profesional... En realidad, los autores del Código de comercio no se preocuparon de hacer una obra que enmarcara en la lógica del Derecho nuevo. El Derecho mercantil estaba codificado después del siglo XVII; había sido mantenido durante la revolución. En 1807 se reprodujeron las disposiciones de las dos Ordenanzas de Luis XIV, sin determinar netamente el dominio de aplicación del Derecho mercantil» (9).

) La técnica de delimitación mediante la competencia de los jueces mercantiles es historia que pasa a ser defecto técnico. Reproduce en este punto el Código francés lo que ya estaba bajo el régimen jurídico precedente: delimitar la esfera de competencia de los Tribunales mercantiles «rationae mercaturae», como constantemente se ha venido diciendo con anterioridad. Pero ahora existe un dato nuevo: la Revolución ha roto ya con el régimen corporativo y la aversión a las jurisdicciones privilegiadas ha motivado la supresión de los Tribunales del Almirantazgo; mas ni ha reformado el resto de la legislación mercantil, ni ha suprimido la jurisdicción consular. La postura—del momento histórico circunstancial—que se adopta es la que con él se corresponde: no se tiene en cuenta, para determinar la competencia, el previo dato corporativo, ni siquiera presumiendo la calidad de comerciante como en periodos anteriores—todas las clases pueden ejercer el comercio—, y la competencia se determina por los actos mismos. Pero como no se prejuzga aún con ideas políticas radicales, quedan los actos presuntivos de comerciantes de acuerdo con la tradición (arts. 631, 632 y 638). En definitiva, se prolonga la «rationae mercaturae» histórica.

El momento del tránsito está aclarado en la bibliografía de la época y se ha hecho notar en la actualidad; así, Rocco, valiéndose de LOCRÉ, dice: «Propuso la Comisión redactora del primer proyecto que se sometiese a la jurisdicción de los Tribunales de Comercio toda contienda que tuviera por objeto actos de comercio, y, por tanto, proponía: «la competencia de los Tribunales de comercio se fija por el hecho que motiva la contienda»; proposición aprobada por algunas Audiencias y Tribunales y combatida por otros que encontraron muy grave la novedad que trastornaba el sistema de la Ordenanza de 1673. Más, en definitiva, prevaleció un sistema que se calificó de intermedio

(9) RIPERT, ob. cit., pág. 53. Vid., además, ESCARRA, *Manuel*, ed. 1948, pág. 53, t. I.

entre competencia *real*, propuesta por la Comisión, y la personal, patrocinada por la Ordenanza de 1673...» (10). Es, por demás, interesante dar algunos textos de oradores intervinientes en la discusión y que se contienen en una traducción española del Código (11). «La organización adoptada para los Tribunales de Comercio se diferencia muy poco de la que existe ya hace muchos años... el título II, que trata de la jurisdicción, ha presentado cuestiones más importantes desde la publicación de la Ordenanza de 1673, y, sobre todo, desde el año 1789, en que se han dedicado al comercio mayor número de franceses; el querer sólo da derecho a ejercer el comercio; éste se dedica a él habitualmente; aquél no hace sino accidentalmente operaciones, que por cierto respeto son verdaderamente mercantiles. De aquí se había inferido que la competencia debía determinarla el hecho que daba lugar a la contestación (*sic*); que si éste era un acto mercantil, el que había tenido parte en él, cualquiera que fuese su calidad había de estar sujeto a la jurisdicción del Tribunal de comercio; que, definiendo los actos mercantiles, se arreglaría invariablemente la jurisdicción de los Tribunales de comercio; ... Mas ha parecido que de la adopción rigurosa de este principio resultaban graves inconvenientes, puesto que, haciendo todos los franceses, unos más y otros menos, algún acto mercantil, se seguiría que todos, por este hecho, estarían en sus negocios sujetos a los Tribunales de comercio... Siguese, pues, de estas consideraciones que la jurisdicción de los Tribunales de comercio ha debido determinarse, ya por la naturaleza del negocio sobre que es la contestación, ya por la cualidad de la persona...» (MARET) (12). Aunque la Ordenanza de 1673 arregló completamente entre nosotros la jurisdicción comercial, sin embargo, se percibe fácilmente que tuvo que ceder a las costumbres y opiniones nacionales. El sistema de los gremios y de los privilegios se extendía entonces a todos los estados, a todas las profesiones, a todas las artes y era el móvil principal de la Monarquía. Los dos primeros órdenes despreciaban el comercio y abandonaban con desdén al tercero una fuente de riquezas... En tal estado de cosas y en semejante disposición de los espíritus, debió limitarse la autoridad de las leyes mercantiles a los gremios de comerciantes, fuera de los cuales estaba prohibido todo comercio. De esta limitación resultó la *jurisdicción personal*, que tiene por fundamento *los nombres y no las cosas*, las semejanzas en lugar de las realidades... La opinión orgullosa, que reputaba innoble el estado de comerciante, se ha extirpado de raíz en Francia, en una crisis semejante a la que hace dos siglos la aniquiló en Inglaterra... Se ha purificado el Código que va a gobernarnos de las reglas que podían recordar injustos y peligrosos menosprecios; y como que está fundado *en el interés general*, ya no se verán unas clases soberbias y otras humilladas...; no se preguntará a los particulares para indicarles el Tribunal que debe juzgarlos lo que son, sino lo que hacen... Es una máxima incontestable que el Comercio necesita para extenderse y prosperar, de una gran libertad de acción, y, sobre todo, de una completa seguridad. Un particular, pues, que por un movimiento espontáneo se introduce en el círculo de las negociaciones mercantiles, rompe su cadena sino (*sic*) se enlaza en ella, como uno de sus eslabones, por cuyo medio todas las combinaciones y todos los hechos se hallarán en una mutua dependencia, y en un estado permanente de acción y reacción. Cualquiera que sea la profesión que ejerza un particular y la clase a que pertenezca, se clasifica entre los comerciantes luego que compra o vende o especula como ellos... la primera providencia que debe tomarse para hacer concurrir a la extensión y engrandecimiento del comercio tantos

(10) Ob. cit., págs. 24 y 26.

(11) Manejo un ejemplar de la Biblioteca de SÁENZ DE ARDINO, con subrayados y anotaciones suyas, existente en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, al que aquél donó la suya.

(12) Consejero de Estado en *Código de comercio de Francia*, con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado, traducido al castellano con varias notas relativas a nuestra Legislación y usos mercantiles y un plan de una Escuela de Comercio. Madrid, 1806, pág. 182 y ss.

recursos y fuerzas es arreglar atinadamente la administración de justicia en sus causas. Las bases sobre que debe descansar, deben tomarse de la *naturalis* misma de las cosas y constituir un poder, cuyo ejercicio regulado por los hechos precaverá las falsas aplicaciones y las excepciones mentirosas. Sin embargo, por darle todavía una organización más completa, y que produzca mayor confianza, fortifica el Tit. II del Libro 4.º la jurisdicción fundada en la naturaleza de los negocios, con la disposición de la Ordenanza que fundó en la calidad de las personas la autoridad de los Consulados, y establece un *sistema mixto*, en cuya virtud los negociantes y mercaderes y banqueros serán juzgados en todos tiempos por los Tribunales de comercio en virtud de sus obligaciones y negociaciones respectivas; al mismo tiempo que los demás ciudadanos no estarán sujetos a esta jurisdicción, sino en razón de operaciones o actos reputados comerciales en que hubiesen intervenido» (DELPierre) (13).

Es claro que el Código prolonga el problema de la delimitación de la materia mercantil; trata de puntualizar y resolver los problemas que se venían ya desde muy atrás suscitando en la doctrina y en las decisiones de los Tribunales alrededor de la «*rationae mercaturae*». En vez de presumir en los de otra «clase» que son comerciantes, se abre la oportunidad de serlo con independencia de la posición estamental o corporativa, huyendo de la ficción que aquel punto de vista implicaba, ya con toda evidencia, en la época y casando los textos con las doctrinas del tiempo sobre la igualdad. Pero no se pretende aún hacer el experimento de laboratorio de aislar, para su análisis, un acto de comercio; lo que ocurre es que la vieja «*negotiatio*»—que se corresponde aun en las circunstancias económicas con el comercio interlocal, de expediciones ocasionales y especulativas—está presente y puede determinar el conocimiento de los Tribunales sobre ellas (aunque más tarde el curso de la evolución cambie la trascendencia de ese tipo de organización de la estructura social dedicada al comercio, para situar en su centro a la empresa). Pero, en todo caso, lo que sigue importando—es el centro aún del Derecho mercantil—es el comerciante y que, frente a la situación anterior, pueda serlo cualquiera y calificado como tal con independencia de una posición estamental o corporativa. Esta es la verdadera mutación a la que en el momento histórico que se ha circunstanciado aspiran los redactores del Código de comercio.

Y constituyó un *defecto técnico* (14) porque lo que estaba bien con la Ordenanza no lo estaba con un Código: con aquella estaba vigente aún la idea de la personalidad del Derecho—el Derecho mercantil era el de los comerciantes—, y así se producía la atracción de las normas como instancia preliminar a la subsunción, según el concepto de la institución jurídica que se hubiese de poner en movimiento para aplicarse; ahora el Código se encuentra vacío de aquella instancia previa personal y ha de resolver la subsunción por los conceptos de las instituciones. Queda así planteado un problema que aún subsiste: desde el punto de vista jurisdiccional viene resuelto el problema, pero así se hace nacer otro, el de si, sólo a efectos de competencia, valen los actos de comercio, o si, por el contrario, se han de extender para resolver el problema de régimen y, por tanto, se han de situar en el centro del sistema jurídico-mercantil sustantivo que el Código representa. La doctrina, como habrá de verse, no dudó en hacer esa extensión.

(13) Orador del Tribunalado; en la obra anterior, págs. 199 y ss.

(14) Como ha indicado ESCARRA, *ibid.*, pág. 53.

Tema distinto es el de si la instancia preliminar, que siga, como en la época del Derecho personal, acotando el Derecho mercantil como un todo que da el Derecho de una clase, es imprescindible desaparecidas las clases. Y más aún, es enconstancial con un sistema subjetivo no estamental o con un sistema objetivo. Como habrá de verse, ni tal cosa es necesaria desde el punto de vista de la técnica legislativa, ni a los efectos de la especialidad jurídico-positiva y doctrinal de Derecho mercantil. Pero de todas maneras, es importante dejar constatado el vacío que llama la atención en un determinado sentido. Por otra parte, en esta época hay que considerar que los «actos de comercio», para fines de delimitación de competencia, vienen referidos a una esfera material extra-jurídica de actividad económica; al pasarse al Derecho sustantivo, habían de ser calificados en el sistema como «actos jurídicos» y, por tanto, los sectores de derecho de cosas y de personas no son cubiertas por la doctrina.

”) En otras facetas también revela el Código el momento de transición que representa. A través del texto de sus artículos 631 y ss. se puede percibir en el arcaísmo de la terminología y en las actividades recogidas como mercantiles. De entre toda la casuística—que no puede exponerse en detalle para no borrar las líneas generales del problema, que, para nuestro fin, son las que interesan—destaca la recepción como materia mercantil de la industria en esa forma arcaica correspondiente a la época: reventa de mercancías en la misma forma o transformadas, empresas de manufacturas (las manufacturas o fábricas que se habían comenzado a fomentar en el periodo del Despotismo Ilustrado). A la doctrina se dan así los presupuestos de la distinción entre el «comercio» en sentido económico—el comercio económico de antes de la «comercialización» de la vida económica unificada por mercados y empresas—y el «comercio» en sentido jurídico—la limitada generalización del Derecho—, que comprende a dos actividades materiales, industria y comercio y al resto de las ramas que los procesos de especialización e integración del capitalismo produce, juzgadas externamente y sin apercibirse de la nota estructural que da la nueva forma de organización de empresas.

b) En la *doctrina francesa* es donde está la base de la teoría de los actos de comercio. Mas conviene llamar la atención sobre el hecho de que esta doctrina inicialmente no abandonó la referencia a la vida económica del momento, ni prescindió del aspecto técnico que sacaban a la luz los actos de comercio. Pero, no obstante, ya entonces se sembraba simultáneamente la nota subversiva de reacción contra el «Ancien régime», mercantilmente clasicista, y dió a la doctrina de los actos de comercio en el curso de su elaboración un aspecto político-polémico que originaba su indiscutibilidad, a la manera que pudiera serlo un dogma de principios ideológicos. Y así se sostenía a pesar de todas las dificultades: éstas no llegan a motivar una revisión radical de la justificación misma de la doctrina—ésta se justifica por principio—, los defectos habrían de estar en los desarrollos (15).

(15) Puede verse, a manera de ejemplo, MOLINIER, *Traité de Droit commercial*, París, 1846, pág. 18; VINCENS, *Exposition raisonnée de la Legislation commerciale et exposition critique du Code de commerce*, París, 1854, t. I; DELVINCOURT, *Institutes de Droit commercial français*, París, 1854, pág. 511; PRADIER-FODDRE, *Precis de Droit commercial*, París, 1872, pág. 3; PARDIESUS, *Cours de Droit commercial*, 6.ª ed., 1856, pág. 3; LAURIN, *Droit commercial*, ed., pág. 4. Son interesantes las siguientes frases de VINCENS (ob. cit. página 121): «Es ya tiempo de abordar el examen espinoso de la competencia fundada sobre la materia comercial. Discutiendo la redacción del Código se ha puesto en cuestión si se precisaba que esta competencia fuese reglada sobre el estado de las personas perte-

3. La nota totalitaria de la investidura en forma de Código del Derecho mercantil, la tradición jurídica anterior y la política de reacción contra su carácter clasista precedente va a plantear en Francia, en una forma particular, el problema de las *relaciones entre Derecho mercantil y civil*. Se hará cuestión de la posibilidad de dar al Derecho mercantil como un todo una *independencia dogmática*: se sostiene la necesidad de asegurar la independencia de la evolución proponiéndose que se evite coartar la autónoma conformación de sus figuras y de sus normas por la «vis» atractiva de los conceptos civilistas; frente a este punto de vista se enfrenta el de *excepcionalidad y fragmentariedad* del Derecho mercantil; la excepcionalidad se propone, no ya en términos de privilegio, sino en forma de relación entre lo general y lo particular.

Pueden elegirse algunos textos interesantes que perfilen esta ideas. «Aunque al principio del siglo XIX ciertos mercantilistas reclaman una jurisprudencia de equidad..., los juristas modernos se esfuerzan en explicar las prácticas comerciales sometiéndolas a los principios generales de la legislación civil» (Ripert) (16). Y en efecto, estos otros dos textos confirman las ideas enunciadas: «El Derecho mercantil se compone en parte de reglas de Derecho común y en parte de reglas particulares. Se ha cuestionado si el Derecho mercantil era enteramente independiente del Derecho civil, de tal suerte que el Derecho civil no debiera ser aplicado, ni en el caso en que la legislación mercantil no se hubiera pronunciado y si el Derecho mercantil no debía completarse por los usos y, en defecto de usos, por las *sentencias que sugiere la buena fe*, que es el alma de los contratos mercantiles. Fremery es el primer jurisconsulto que ha propuesto esta cuestión pronunciándose contra el sistema de codificación, que según él detiene el progreso de la legislación... Sin embargo, el legislador no ha querido ciertamente, en lo que se refiere a los contratos mercantiles, abandonar su interpretación al arbitrio de los Tribunales consulares» (17): «El Código de comercio, al contrario, no siendo más que una ley de excepción destinada a regular los negocios de una especial naturaleza, no puede bastarse a sí mismo se injerta en el Derecho común, deja bajo el imperio de este derecho todo lo que no exceptúa, e incluso se refiere a él para lo que exceptúa. Es, pues, preciso para abarcar en su conjunto la legislación comercial, relacionarla con el Derecho común» (18).

Si bien se considera de nuevo, puede observarse aquí que se plantea el problema en los términos transicionales que caracterizan este período: la jurisdicción creadora de Derecho por decisiones de equidad, que habíamos visto en periodos precedentes, sigue reclamando la atención de los mercantilistas; es la prolongación de la «buena fe» de tanta tradición mercantil como

---

necientes a la profesión del comercio o sobre los actos de comercio por cualquiera que fueran ejecutados; se convino en seguir una y otra vía. Pero séame permitido decir que la redacción no fué hecha ni con bastante orden ni con bastante nitidez para que los principios admitidos surgieran de las disposiciones que se adoptaban. Se puede dudar de que los artículos del Código en esta parte estén mejor que los de la Ordenanza de 1673.» No me parece necesario para este punto tratar de ir clasificando a los autores franceses, haciendo una revisión total de las de esa época (BOUCHER, FREMERY, LOCRÉ y luego DIDARRIDE, ALAUZET, BESLAY...). Se trata de una estimación general, que es la que casa precisamente con el espíritu del momento histórico.

(16) Ob. cit., pág. 27.

(17) HOECHSTER-SACREQUÉDIN, *Manuel de D. Com. français et étranger*, 1.ª ed. 1865; 2.ª, 1874, págs. 8 y 9.

(18) LOCRÉ, ob. cit., pág. IV.

en su momento se vió. Pero esta manera de proponerse el tema se cambiará mas tarde por la doctrina insensiblemente.

C) En el campo del *Derecho marítimo* se producen con la codificación francesa unos hechos formales, tan justificados en su tiempo como perturbadores para el resto de la evolución. También aquí hay que dar a la historia lo que es suyo.

Conviene indicar, siquiera someramente, que en el campo del Derecho marítimo, al tiempo de publicarse el Código francés, no se han producido cambios fundamentales en los presupuestos económico-sociales. Hay que ampliar aquí las notas evolutivas dadas como introducción general y referentes a Economía y Sociedad. Las grandes transformaciones se harán patentes en la segunda mitad del siglo XIX al aplicarse a la construcción marítima el acero para los cascos, el vapor y la hélice a su propulsión sustituyendo a la vela, se comienza una verdadera revolución en la velocidad; y en el tonelaje y en la regularidad—con independencia de las condiciones atmosféricas—de los viajes; estas notas han de ser unidas con las condiciones de policía de seguridad, extensión de señales marítimas, etc.; por último, la estructura orgánica del capitalismo introduce el proceso de especialización: la empresa de navegación es de navegación exclusivamente, las instituciones jurídicas que reflejan la participación en los riesgos económico y marítimo que se daban en comixtión cuando la aventura del viaje ligaba a cargadores, tripulación y armadores, van diferenciándose en distintas posiciones, aunque conserven aún el peso de las normas tradicionales; junto al viaje de los «tramps» aparecerán las líneas regulares; los buques se especificarán en sus características técnicas en forma adecuada a su destino (fruteros, carboneros, petroleros, etc.). Esta revolución en las circunstancias motivará la producción de un Derecho marítimo por vías muy particulares: voluntaria—incluyendo en la documentación de los contratos cláusulas típicas que se elaboran por las empresas algunas veces, pero más frecuentemente por las Asociaciones profesionales de navieros o aseguradores y a través de leyes especiales, que o bien elaboran disposiciones nuevas para amplísimos sectores del Derecho marítimo, o reciben como Derecho interno las formuladas en el seno de Asociaciones internacionales expertas en materia jurídico-marítima. En definitiva donde los viejos Códigos subsisten la mayor parte del Derecho marítimo, está fuera de ellos. Nada de esto lo previó ni lo pudo prever el Código francés, que ofrece realmente una estampa retrospectiva de la navegación. Como tal, ha de examinarse a nuestro fin.

1. El Derecho marítimo se seguía entendiendo *Derecho mercantil*, de la misma manera que el tráfico marítimo era el representativo por antonomasia del comercio esporádico e interlocal de la época. Es lógico e históricamente irreprochable que se llevara al Código de comercio un libro «del comercio marítimo».

2. Pero el Código como cuerpo racional y completo ejerce aquí también su influencia:

1) Primeramente, la *privatización* propia del individualismo origina que, en la copia que se hizo de la Ordenanza de la Marina, se podara lo que no fuera Derecho privado. Esta preocupación formal es la que, en efecto, preocupa por razón racionalista de sistema a los redactores.

«El decir, señores, que hemos separado de esta excelente Ordenanza—la de 1681—todo lo perteneciente al gobierno, policía y derecho público, que no se ha juzgado debe hacer parte del Código de comercio marítimo, que en

lo demás hemos adoptado todos los principios que ella ha establecido en lo concerniente a los contratos marítimos» (Begouin) (19).

”) El sistema del Código exige enumerar entre las actividades mercantiles las marítimas (art. 633) y, como para las terrestres, a los efectos de la competencia de los Tribunales mercantiles. Tampoco es sorprendente que, suprimida la jurisdicción del Almirantazgo, los temas marítimos pasen al conocimiento de los Tribunales mercantiles terrestres: de un lado, subsiste la anamodversión a las jurisdicciones especiales y privilegiadas—como la marítima suprimida—, y de otro, no ofrece duda la lógica de la solución, puesto que el tráfico marítimo subsiste, es en el Código donde entra el comercial privado, mercantil por excelencia en la época considerada.

”) Pero la inserción en el Código mercantil origina la generalización de la doctrina de fuentes y abona en favor de la elaboración doctrinal por unos mismos autores, ligados por la consideración de estar tratando una materia única realmente.

3. La influencia extraordinaria de Francia hará que subsistan estos planteamientos cuando la especialización de la actividad de navegación, cualquiera que sea su fin, justifica, en el hecho mismo de navegar, la particularidad de las instituciones y del régimen de éstas, permitiendo separar lo que en los textos se da unido: normas inspiradas en la lejanía y autonomía de la nave y riesgos de la navegación y normas que vienen de la tradición histórica que presentaba unida esta razón de peculiaridad con la empresa comercialmente especulativa, propuesta en común en el viaje marítimo.

E) El *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* contiene ya respecto del Código francés—en el que se inspira por lo general en lo referente a la aceptación del llamado sistema objetivo—unas peculiaridades que convierten en legislación depuraciones que, en realidad, proceden de la doctrina.

No es preciso hacer historia en este lugar del proceso formativo de este texto legal tan importante en la unificación jurídica alemana (20).

I. A nuestro fin importa el tratamiento positivo de los actos de comercio:

*Sistemáticamente* pasan a ocupar el título I del libro IV, que, por otra parte, se llama «De los actos de comercio». De esta manera, la crítica que haría la doctrina francesa acerca del error técnico—en el Código y no en la tradición histórica—de enfocar el tema de los actos de comercio desde el punto de vista procesal, está salvado, pero en esta forma se han propuesto dos cuestiones distintas:

a) Primeramente el Derecho positivo ha llevado a los actos de comercio a un lugar que indica que se contempla la *naturaleza jurídica* de éstos: son parte del Derecho de obligaciones, que es lo que contiene dicho libro, y así el Título I de la definición de los actos de comercio (artículos 271 a 277) deja ya

(19) *El Código de comercio*, traducido. cit., pág. 61.

(20) De ello se dan detalles suficientes en la Historia de RUMPE, y a los fines comparativos puede verse también GOLDSCHMIDT, *Kritik des Entwurfs eines H. G. B. für die preussischen Staaten*, 1857, en el que se informa sobre la influencia francesa.

indicado que los actos de comercio no sirven a la delimitación de toda la materia mercantil: «Handelsachen» no es lo mismo que zona delimitada por los actos de comercio; éstos sólo delimitan el Derecho de Obligaciones mercantiles.

b) A los efectos jurisdiccionales la particularidad puramente procesal dará origen a que tampoco la materia sustantiva mercantil coincida exactamente con la materia jurisdiccional mercantil (21).

2. Otros extremos interesantes son: la formulación perfectamente delimitada de la mercantilidad del acto aislado de comercio y el tratamiento de los actos unilateralmente mercantiles (arts. 272 y 277).

F) El *Código italiano de 1882* no es destacable para nuestros efectos, ni por su originalidad, ni por la perfección de sus preceptos; si lo es, en cambio, por presentar la base de Derecho positivo para la doctrina de este país, cuya alta tradición mercantilista se recobra después de publicado.

El Código pareció en su tiempo una obra de gran perfección; sin embargo, ha sido calificado de mosaico de disposiciones del Derecho mercantil extranjero de su tiempo por carecer de tradición nacional, ya que el Código del 65 venía a ser reproducción del Albertino del 42, que, a su vez, copiaba al francés (22).

Sean cualesquiera las influencias a que obedeciera—posiblemente, si se hace un cotejo, debe verse influencia del Código holandés del 38—, es lo cierto que, en la técnica de delimitación de la materia mercantil, los «actos de comercio» pasan a constituir un título—el II del Libro I—que se sitúa en cabeza del Código, con lo cual ya tenemos realizada legislativamente la transposición de ideas respecto del significado jurisdiccional de aquellos que reflejaba el Código francés y que se ha venido reiterando. Este lugar sistemático se corresponde además con las expresiones utilizadas: los actos de comercio no necesitan ser «actos» de la parte de Obligaciones, sino que, bajo el título (que abarca arts. 3 a 6) de actos de comercio, se habla, como en el Código francés, de «empresas», expediciones... Es decir, en este texto no se ha realizado la depuración doctrinal que implica el ajuste de la terminología.

G) Creo justificada la formulación de un epígrafe que trate de *las aportaciones más importantes de la dirección doctrinal objetiva*. De esta manera se facilita la recapitulación—que se hará en su momento—del conjunto de temas que son precisos, debidamente sistematizados, para abordar la interpretación de nuestro Derecho vigente.

Al hablar de la dirección doctrinal objetiva, quiere decirse que nos interesa, de la doctrina que ha trabajado sobre textos legales de aquella orientación y que son los expuestos antes (claro está que sólo para países cuya aportación cultural en el orden jurídico es suficientemente importante como para ser tenido en cuenta), los temas que se ligan al problema del concepto y delimitación del Derecho mercantil.

(21) El detalle se verá al exponer el sistema vigente.

(22) Rocco, cit., págs. 33 y ss.

Esas aportaciones importantes son: la distinción entre comercio en sentidos económico y jurídico, la caracterización del Derecho mercantil por notas específicas y la teoría de los actos de comercio.

1. La distinción entre comercio en sentido económico y jurídico viene a proponer una explicación que satisfaga al problema terminológico, que descubre que el concepto del Derecho llamado mercantil no es el Derecho del comercio por exceso y por defecto: ni todo el Derecho del comercio (normas e instrucciones de Derecho internacional, administrativo, fiscal, etc.) es Derecho mercantil, ni todo el Derecho mercantil (precisado «prima facie» por contenerse en los Códigos) es Derecho del comercio (los tráficos industrial, bancario, etcetera, son mercantiles aunque no constituyan lo que en los libros de economía se llama comercio).

Estas dificultades dan lugar a que no pueda definirse el Derecho mercantil pura y simplemente por la materia regulada; el arbitrio al que se recurre, para salvar la desconexión entre terminología y contenido, es el «comercio en sentido jurídico»: es comercio para estos efectos lo que el Derecho positivo dice que lo es; es decir, el área que demarca para ser por él regulada. Este arbitrio necesita ser observado con atención: 1.º Implica la positivización del concepto del Derecho mercantil. 2.º Presenta—deliberadamente o no—como un hecho el de la necesidad de un acotamiento global y preliminar de la materia mercantil en el ordenamiento positivo. Ya sabemos, sin embargo, que la nota de totalidad de la investidura en forma de Código separado acarrea esta secuela, pero debe corregirse desde ahora la idea de que esta delimitación y esta investidura sean técnicamente imprescindibles como técnica jurídico-positiva. 3.º Detenida en los términos precedentes la tendencia, se renuncia a la explicación político-jurídica de las normas especiales que el Derecho mercantil contiene. 4.º En la medida en que los actos de comercio, en su origen francés y con las características históricas con que se presentaban en este Código, pretendían acotar la materia mercantil, esta aportación doctrinal contiene una remisión a éstos.

Las distintas formulaciones de la idea fundamental recogida, no se diferencian esencialmente en los autores; no tiene interés una recopilación erudita de éstos. Por otra parte, la remisión de la doctrina de los actos de comercio permite, para no romper la unidad de tratamiento, que sea alrededor de éstos donde se perfilen las cuestiones que aquella separación entre comercio en sentidos económico y jurídico suscita.

2. La caracterización del Derecho mercantil por notas específicas merece igualmente ser observada, más que en el contenido de las generalizaciones de caracteres externos, en su sentido. En tales términos tres observaciones merecen formularse: 1.ª Las notas que se atribuyen al Derecho mercantil sueñan enlazarse si se le sigue la línea histórica a las motivaciones de la especialidad, que, históricamente, explican la aparición y el desenvolvimiento del Derecho mercantil; en tal sentido, presentan la falta de firmeza que corresponde a la recíproca comunicación existente entre Derecho civil y mercantil; por ello, se volverá sobre las mismas al tratar del tema llamado de «la comercialización del Derecho civil». 2.ª Por otra parte, en la medida en que el capitalismo como

sistema económico pide la racionalización del Derecho (un Derecho cuasi-contabilizable), sin pararse en barreras formadas por disciplinas jurídicas, como habrá de verse, las notas que con este fenómeno se relacionan sobrepasan, naturalmente, los límites que marcan los textos mercantiles como base de generalización de las notas indicadas. 3.<sup>a</sup> En todo caso, se está de acuerdo en que estas notas no pueden servir para fundar la existencia de una disciplina jurídica calcando sobre ellas el concepto (23).

En cuanto a la enunciación de esas notas podrían hacerse tantas enumeraciones como autores; cada tratadista—no ligado por la preocupación de textos concretos—viene a formular alguna observación o adición a las expuestas por otros (24). Todas ellas presentan un núcleo de exactitud—más o menos condicionada por las circunstancias históricas, económicas y legislativas—, pero todas ellas también pueden ser objetadas con la nota común de no constituir diferencias específicas de la disciplina que pretenden caracterizar por su mismo carácter genérico. Por la misma falta de fijeza y precisión sistemática, a veces se formulan como notas genéricas presuntas justificaciones de política legislativa; tales notas han de separarse de éstas; sobre ello se volverá luego.

3. La *teoría de los actos de comercio* sigue apasionando a un sector de la doctrina, a pesar de los errores de planteamiento de carácter histórico de donde trae su origen. Antes de su crítica conviene seguir con cierto detalle su desenvolvimiento.

a) El origen francés de la teoría aconseja comenzar por *la doctrina de este país*.

Conviene desde ahora anticipar el juicio que merece de los mercantilistas más autorizados de la actualidad, aunque este juicio genérico no sea suficiente y haya de acompañarse de la crítica detallada de cada elemento del sistema, en su momento. «Esta teoría no tiene ningún apoyo en la historia. Ha sido creada para no dar al Derecho mercantil el carácter de un Derecho profesional. Es tan artificial, que sus autores la han tenido que componer y enmendar, admitiendo que al lado de los actos de comercio «por naturaleza», existen actos de comercio «por accesoriedad». Desde entonces la confusión ha sido extrema, porque se ha necesitado crear una clase particular con los actos entre comerciantes y no comerciantes, denominándoseles «actos mixtos». En esta confusión vive aún nuestro Derecho mercantil. La jurisprudencia es vacilante y enfadosos debates sobre competencia entorpecen la justicia. Todo esto es artificial y debe ser simplificado» (RIPERT) (25). «De la falsa interpretación de un precedente—la Ordenanza de 1673—ha nacido un vicio de redacción que ha llevado a los autores del Código a construir un sistema de Derecho mercantil sobre bases equivocadas que no ha cesado de pesar sobre el conjunto de nuestro Derecho positivo» (ESCARRA) (26).

Una advertencia de método de trabajo que interesa hacer constar es la siguiente: la bibliografía sobre actos de comercio en su conjunto o sobre mercantilidad de determinados actos o profesiones en particular es tan abundante y de tan desigual valor, que se hace necesario recurrir a la selección ya realizada por los autores franceses, que gozan de mayor autoridad para no incurrir en defectos de perspectiva o de proporciones.

(23) Vid. la crítica de GARRIGUES, *Curso*, I, págs. 6 y ss.

(24) En la parte final del trabajo cit. de HETMANN se contiene una enumeración en que se recogen las más generalizadas.

(25) Ob. cit., pág. 113.

(26) Ob. cit., pág. 53.

\*) El cuadro de conjunto del sistema elaborado por la doctrina francesa se conforma de la siguiente manera:

La doctrina que inmediatamente siguió al Código ya distinguió—como el texto legal mismo—entre los actos mercantiles calificados por su misma naturaleza y los que lo eran por las personas intervinientes; la terminología se ha ido conviniendo progresivamente; al principio la doctrina habla de actos de comercio por «eux mêmes» y «reputés»—según la expresión del propio Código—como tales por la Ley por las personas intervinientes; a los primeros se les llamará luego «actos de comercio objetivos» o «por naturaleza» y a los segundos «subjetivos» o «por accesoriadad». La base jurídico-positiva está dada para los objetivos por la enumeración del art. 632 núms. 1 a 5 y 7; para los subjetivos se recoge la dicción del apartado 1.º del art. 631 («Los Tribunales Mercantiles conocerán de los asuntos relativos a las obligaciones y «transacciones» entre negociantes, comerciantes y banqueros) y la del apartado 6.º del 632 («La Ley reputa actos de comercio... 6.º Todas las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros»).

A estos dos términos fundamentales se han venido a añadir dos más: actos de comercio «formales» y «actos de comercio mixtos». Son los primeros aquellos en que la investidura jurídica—la naturaleza—del acto decide de su mercantilidad; abrazan letra de cambio (último párrafo del art. 632, modificado en Ley de 7 de junio de 1894, pues la redacción original establecía distinciones en relación con el carácter de los intervinientes en ella) y sociedades mercantiles por el tipo adoptado (sociedades comanditarias por acciones, Anónimas y de Responsabilidad limitada). Son actos de comercio mixtos aquellos en que el acto resulta ser mercantil para una de las partes y civil para la otra.

Por último, sobre la base del art. 638, que presume mercantiles los títulos firmados por comerciantes, se ha realizado por la jurisprudencia una generalización, de donde se deriva la «presunción» de mercantilidad para los actos de los comerciantes, salvo prueba contraria, cualquiera que sea su carácter, con la contrapartida de considerar civiles los actos de personas no comerciantes que sean precisos para la explotación de esa su actividad civil, atrayéndose así la accesoriadad de los actos según el tipo de actividad principal desarrollada.

La exposición que precede busca dar cuenta del sistema generalmente admitido antes de la crítica a que se le somete por la doctrina actual (27). Se ha prescindido de detalles críticos o de desviaciones; así, la evolución de la doctrina de la accesoriadad que se enlaza a la presunción últimamente consignada, que fué desconocida—en cuanto comprensiva de actos no principales de la empresa o en cuanto presunción—por la doctrina inicial, y que, por otra parte, ha llegado a permitir que se formule una accesoriadad de unos actos con otros, sin tener en cuenta la pertenencia de los principales a una explotación mercantil (28); igualmente se discute si del carácter mercantil de los so-

(27) Para este fin puede hacerse la constatación en BONICARRERE-LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de Droit commercial*, 3.ª ed., 1946, págs. 14 y ss.

(28) Se utilizan los arts. 631, 632 y 638. LYON-CAEN y RENAULT citan a JOUSSE y, entre los posteriores, a DESJARDINS, aparte de algunas sentencias. La doctrina precedente al Código no admitió esta categoría: el paso decisivo se dió pasando sobre la letra del último artículo y tomándole «a sensu contrario». De esta forma se consideran mercantiles aquellos actos que, sin constituir el principal objeto de la empresa, se relacionan con ésta, siendo «accesorios» de él. A veces se identifican acto accesorio y acto subjetivo.

ciudades, por razón de la forma y para el caso de que el objeto de las mismas no sea mercantil, se puede deducir dicho carácter por aplicación de la teoría de la accesoriadad respecto de los actos por ellas realizados...

Es curiosa la sutileza en la que se fundamenta esta investigación doctrinal; la escuela exegetica inicial entendia que la enumeración de los artículos 632 y 633 del Código francés tenia carácter «limitativo»: si el Derecho mercantil es un Derecho excepcional, quiere decirse que no puede hacerse una interpretación que conduzca a extender su esfera de aplicación; la doctrina posterior —y desde luego la jurisprudencia—, en vez de oponerse a dicho punto de vista, se inclina por un rodeo: carácter limitativo no quiere decir limitarse a la interpretación literal, es posible la analógica.

”) También se ha perseguido la *determinación de un criterio unitario*.

Los criterios han sido varios. Prescindiendo de los actuales, que en definitiva llevan implícita la crítica al sistema y significan una subversión de la línea tradicional de la doctrina francesa—aunque no puede decirse otro tanto respecto de su fundamento en el Código, porque, respecto de éste, ya fué subversión la de la corriente de los autores que ahora se rectifica—, pueden recogerse las siguientes como más generalizadas: la noción de comercio, independientemente de la idea de lucro que es su alma, responde a un triple objeto: intromisión y circulación, cooperación a la circulación y servir de soporte jurídico a las relaciones comerciales; debe añadirse el elemento intención de obtener un beneficio (LACOUR y BOUTERON) (29). «Un acto es mercantil para una de las partes contratantes cuando esta persona no entiende ser más que un intermediario con la transmisión del valor que es objeto del contrato (BOISTEL) (30). THALLER funda su esfuerzo, para encontrar una idea de conjunto en el ordenamiento francés, en un concepto económico de comercio que él previamente se forja, cuando dice que ni por la naturaleza del objeto ni por la existencia de un orden especial de contratos se distingue el comercio, sino por la idea de circulación. Esta idea la transporta al Derecho positivo y considera que el legislador y la jurisprudencia sobre actos de comercio se inspiran en esa noción de conjunto: «la circulación de los productos y del crédito» (31). Esta interpretación del Derecho positivo no le impide inclinarse de «lege ferenda» por el sistema subjetivo (32).

”) La *crítica* actual al sistema legislativo, doctrinal y jurisprudencial francés no se detiene en detalles, sino que se enfrenta con el sistema mismo, tanto en su base legal, como en el desarrollo de los mercantilistas y de la jurisper-

(29) El primer elemento sirve para enmarcar a la industria manufacturera, gran comercio y comercio al por menor; en el segundo, a los comisionistas y corredores; por último, con la tercera nota se recogen las relaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros y letras de cambio. Véase *Précis de Droit commercial*, t. I, París, 1925, página 31.

(30) *Précis de Droit commercial*, París, 1878, pág. 24. WAHL piensa también en esta forma, si bien se somete a las formulaciones del Derecho positivo (véanse sus *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, págs. 16 y 17).

(31) Ver págs. 6 y 13 del *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4.ª ed. 1910. Antes se había ocupado de los actos de comercio en los *Annales de Droit commercial*, 1895, página 177. Puede prescindirse de las monografías que ya se valoran en las obras generales, como las de APPEYER, *Des actes de commerce terrestres*, París, 1897; DUCHANGE, *Les actes de commerce par relation*, París, 1900; BIAIS, *De l'influence de la profession sur le caractère civil ou commercial des actes juridiques*, Poitiers, 1924.

(32) Ob. cit., pág. 14.

dencia. Es también importante hacer notar que en esa crítica coinciden fundamentalmente los dos autores más autorizados de entre los mercantilistas franceses de la actualidad: ESCARRA y RIPERT (33). Implícita en esa crítica va la enunciación y la censura de las *funciones* de los actos de comercio en el Derecho francés. He aquí la síntesis:

El punto de partida histórico de todo el sistema está lleno de errores: el antecedente del Código—la Ordenanza de 1673 y, a su vez, para París, el Edicto de 1503 sobre jueces consulares—partía del concepto de comerciante, pero limitada la jurisdicción “pour fait de marchandise seulement”, “pour le fait du trafic seulement» (la vieja «rationae mercaturae»), contando con comerciantes matriculados a los que hacían excepción los de otras clases o profesiones que ejercitaran el tráfico clandestinamente; a éstos había que «reputarlos» comerciantes al efecto de extender a ellos la jurisdicción. El Código ha resuelto mal el problema de un comercio que deviene libre: ha querido romper con las clases y el carácter cerrado de las profesiones, pero la profesionalidad sin más sigue presente en los textos: no han comenzado por definir a los comerciantes y, sin embargo, en la enumeración del art. 632 aparecen actos y «empresas» en mescolanza—las profesiones mercantiles asoman entre los actos—y la palabra «reputés» del texto llama a la presunción de comerciantes histórica para los que sin poder ser comerciantes lo eran de hecho;

la doctrina—por razones de política más que legislativas o de interpretación del sentido de los textos y aquéllas exageradas, pues la profesión no es lo mismo que el exclusivismo de su desempeño—creyó servir los designios de su época desarrollando la abstracción que los actos de comercio significaban y trató de hacer de éstos el eje del sistema. Sabiendo qué son actos de comercio se sabe quienes son comerciantes y, además, sean o no comerciantes los intervinientes, aquéllos se someten al régimen mercantil, realizándose así una nueva transposición de ideas: la de competencia de Tribunales mercantiles al Derecho sustantivo; en realidad, sin embargo, hay que partir del concepto de comerciante—o de empresario, según ESCARRA—: la nota de profesionalidad o de organización es un plus respecto de los actos; la realización de éstos nada dice de aquella noción sin adicionársele esa nota; del comerciante se pasará a la consideración de mercantiles de los actos correspondientes a su explotación; consecuentemente los arbitrarios actos accesorios pasarán a situarse en el centro del Derecho mercantil juntamente con las profesiones que el Código enumera:

quedarán, porque es irremediable en el sistema del Código, los actos mercantiles por su objeto—los objetivos—, los formales y los intencionales:

los aspectos adjetivos de la teoría deberán separarse: la competencia debe proponerse como problema referido a la posición o carácter de las personas; es claro el problema en el caso de los actos mercantiles con independencia de los intervinientes y se discute respecto de los mixtos.

Quedan así claras las principales funciones de los actos de comercio en el Derecho francés,

no deben servir para la determinación del concepto de comerciante;

si, en cambio, desde el punto de vista sustantivo—y prescindiendo de espec-

(33) Véanse obs. cita., págs. 50 y 55, y 112 y ss., respectivamente.

tos fiscales que no son de nuestra incumbencia—acotan la esfera de aplicación de determinadas normas de la parte general del Derecho de obligaciones (prueba, intereses, ejecución, solidaridad...);

son precisos a los efectos adjetivos de determinación de la competencia de los Tribunales de comercio, de acuerdo con la evolución histórica del Derecho mercantil.

b) En la *doctrina alemana*, que opera con el Código del 61, hay que examinar particularmente lo que presenta de especial respecto de la francesa.

En la doctrina alemana del siglo pasado existen dos nombres extraordinariamente representativos, de los que vamos a ocuparnos (34); THÖL y GOLDSCHMIDT. THÖL, a pesar de manifestarse influenciado por la clasificación clásica, al enfocar la cuestión sin prejuicios y desde un punto de vista puramente técnico, quiere evitar el divorcio entre la ley y la realidad: Por ello distingue actos *absolutos* y actos de *industrias mercantiles*, y en éstos, *fundamentales* (que constituyen el ejercicio de una industria mercantil), *aislados* (se dan cuando ya existe una industria comercial); y, por último, actos *auxiliares* que facilitan el ejercicio de aquéllas (35).

El mayor esfuerzo a favor del sistema predominante objetivo se debe a GOLDSCHMIDT. La base de su razonamiento es la siguiente: 1.º para saber quén es comerciante hay que partir del concepto de acto de comercio. 2.º Junto al comercio profesional existe otro no profesional. Luego el Derecho mercantil debe ser no un Derecho de industria, sino de los negocios aislados, «del tráfico comercial, no del tráfico de la clase mercantil», y el concepto de los mismos hay que determinarlos por características objetivas. Pero no rechaza los actos subjetivos y accesorios en el sentido que hemos visto en la doctrina francesa. Si, en cambio, se opone a la admisibilidad de una presunción de comercialidad, pues dice—con razón—que esos actos o son mercantiles objetivos o son subjetivos o no son mercantiles (36).

“) Debe prestarse atención separada a ciertas *aportaciones* notables de la *doctrina germánica*:

Debe hacerse notar que el punto de vista de GOLDSCHMIDT acerca de la necesidad de llegar a un Derecho del tráfico comercial y no del tráfico de la clase

(34) Sin omitir algunas referencias a otros autores.

(35) Véase págs. 92 y ss. de su *Tratado*, trad. italiana de MARGHERI, Nápoles, 1881, t. I. Elijo edición posterior al Código alemán de 1861. Como se ve, esta postura está abocada a la conversión del Derecho mercantil en profesional. Véase ENDEMANN, cuando indica esta posición de THÖL (pág. 53, vol. I de su *Manuale*, trad. BROCCHI y VIGHI, Nápoles, 1897, t. I); influido por cuestiones ideológicas cree que éstas fuerzan a que el Derecho mercantil siga el sistema objetivo: recoge ENDEMANN la trad. francesa. Coincide con THÖL, cuyo sistema recoge BEHREND (pág. 88 y 89 de su *Lehrbuch des Handelsrecht*, Berlín, 1886, t. I). GAREIS (en la 6.ª ed. de su *Das deutsche Handelsrecht*, Berlín, 1899, págs. 43 y ss.) se muestra aún influido por el sistema de la legislación anterior, y reconduce los preceptos del código del 97 a un sistema propio de un ordenamiento objetivo: su exposición, en correspondencia a su formación y al momento en que escribió, es vacilante. Indudablemente, sobre el sistema que existía de enumeración de empresas, la doctrina ha construido la teoría de los actos de comercio objetivos, por lo cual no es extraño esta orientación. Al mismo tiempo, ello pone de manifiesto que a la doctrina alemana hay que atribuir en gran parte el desenvolvimiento del Derecho mercantil como Derecho profesional.

(36) Véase su *Handbuch des Handelsrecht*, 2.ª ed., t. I, Stuttgart, 1875 págs. 431 y siguientes.

mercantil refleja claramente el hecho histórico de la generalización de la oportunidad de ejercer el comercio; se liga así a la reacción política ya conocida de origen francés. Lo que queda sin resolver es el tema o momento político jurídico de la justificación de la existencia de un Derecho especial para el comercio no ejercido profesionalmente.

Más importante que la cuestión precedente es la precisión de que la materia mercantil no coincide con el área definida por los actos de comercio. Ya la situación sistemática de los actos de comercio en el Código inclinaba a esta conclusión: si se sitúa en el Derecho de Obligaciones, las demás partes del Derecho mercantil no podrán delimitarse por la noción de acto de comercio; de lo contrario, los actos de comercio dejarán de ser actos para presentarse como fenómenos comerciales en sentido puramente económico (37). La confirmación definitiva está en el art. 1.º: no se habla de acto, sino de «materia mercantil», para indicar su sometimiento a los usos y al Derecho civil a falta de Ley comercial; de ello se deduce una consecuencia de gran interés: los actos de comercio podrían haber servido—salvo su limitación al Derecho de Obligaciones—al acotamiento del área cubierta por el Código como cuerpo legal sistemático y cerrado, pero, desde el momento en que existe una legislación sobre materia comercial que no está en el Código, quiere decirse que, ni aun positivamente, este texto puede servir a la definición de la mercantilidad; se trataría de una mercantilidad para efectos de la aplicación del Código, pero, en tanto el comercio en sentido económico esté regulado por normas que estén dentro y fuera del Código, ha de concluirse admitiendo que este último no contiene todo el Derecho mercantil, ya que el llamamiento a aquella «materia» abre el pretendido cierre realizado por el Código (38).

Por otra parte, el hecho de que en Alemania partes importantísimas del Derecho mercantil—de entre las que destaca el Derecho cambiario—ya para este momento histórico estuvieran recogidas en textos formalmente separados, da particular fuerza a la argumentación expuesta.

Por último, la materia mercantil a efectos sustantivos no coincide con el «concepto procesal de la materia de comercio». En los Tribunales o Salas especialmente previstas para asuntos mercantiles aparecerán una competencia en la que se incluyen materias que están fuera del Código (letra, marcas, patentes...); por otra parte, en caso de actos unilateralmente mercantiles—los mixtos del Derecho francés—, aunque se sometan unitariamente a la Ley mercantil material, no determinan la competencia indicada; se precisa actos objetivos, o aquéllos que afecten a partes ambas comerciantes.

c) Respondiendo al prestigio de la tradición mercantilista italiana los escritores contemporáneos de esta nacionalidad, a pesar de las imperfecciones del Código, han tratado de sacar de él—o contra él—todo el partido posible. La doctrina tradicional recibe la sistematización francesa, que es más tarde rechazada por considerársela meramente descriptiva y fundada en criterios puramente externos (39). Veamos las aportaciones críticas más notables.

(37) Vid. ENDEMANN, ob. cit., I, pág. 84.

(38) Vid. ENDEMANN, lugar cit. en nota anterior.

(39) Según ASCARELLI, *Appunti di Diritto commerciale*, t. I, parte generale, 1931, página 46.

Por excepción, de la vieja doctrina recogeré algunas observaciones de VIDARI en razón del valor intrínseco de sus argumentos, que, además, pueden ser considerados como de autoridad. Pone de manifiesto con gran vigor cómo la creación del acto de comercio objetivo rompe la conexión del Derecho mercantil con el comercio en sentido económico: «La noción del acto de comercio desligada de su orgánica repetición, no puede ser más que incompleta e inexacta. No hay acto de comercio aislado, sino actividad comercial». Aporta también una idea que estimo de gran importancia: El acto de comercio, jurídicamente y desde el punto de vista conceptual, no se diferencia en nada del civil; las diferencias son meramente extrínsecas: una compraventa o un transporte son iguales en Derecho mercantil y en Derecho civil. Esta verdad clara, creo que debe hacerse repercutir sobre la teoría de los actos de comercio, y así lo intentaré más abajo (40).

1) Se debe a Rocco haber precisado—obteniendo luego la general aceptación—la naturaleza delimitadora sin contenido mercantil y sancionador que tienen las normas que acotan la materia mercantil. Esta idea se va luego perfilando: se observa con razón que la materia de comercio cercada ya por esas normas, se presenta todavía como materia exclusivamente económica o social; las relaciones que se toman en consideración no son aún relaciones jurídicas, sino simplemente relaciones sociales, justamente porque aun se está en un momento que es anterior al de su disciplina jurídica (41).

2) Los intentos de obtener un concepto unitario de acto de comercio, o de deducir criterios de analogía de las clasificaciones de los enunciados en el Código, no han llegado a conclusiones que sean aceptadas con un mínimo de generalidad.

Tal ocurre con la elaboración unitaria de Rocco, según la cual el criterio de distinción estaría en la interposición en el cambio (42). Entre las clasificaciones destaca por lo reciente, respecto de la modificación legislativa que tiene lugar con el «Codice Civile», la de FERRARA. He aquí una síntesis de su fundamento y desarrollo: La posibilidad de extender por analogía la comercialidad, supone para el intérprete la misión de buscar en las varias categorías de actos de comercio la razón por la cual han sido declarados actos mercantiles por el legislador, de manera que si se encuentra la misma razón en otros no contemplados, se deduzca sin más su comercialidad: «Ubi eadem iuris ratio, ibi eadem dispositio.» Ataca la clasificación tradicional en actos objetivos y subjetivos y rechaza las clasificaciones puramente económicas, porque siempre nos encontramos con que la distinción del acto civil la hace la ley, y, por tanto, es jurídica. Lo que hay que saber es el que tenido en cuenta por el legislador, el plus del acto comercial sobre el civil que mueve al legislador a distinguirlos. Hace una primera exclusión de actos civiles: son civiles, desde luego, los actos no patrimoniales y los patrimoniales que se refieren a la constitución de la familia o a la sucesión y pasa a desenvolverse su sistema. Actos *absolutos* son los surgidos históricamente en el campo mercantil, y que el legislador, en homenaje a esa derivación histórica, los sujeta sin más a la ley comercial; como hemos visto que existen esencialmente civiles, así también éstos son esen-

(40) Véase págs. 25 y 26 del *Corso*, vol. I, Milán, 1900. Por lo gráfico de la expresión, transcribo sin comentario sus palabras sobre el sistema de enumeración de actos de comercio: «Querer comprimir los actos de comercio en una enumeración del Código es obra tan vana como la del niño que, al decir de San Agustín, habiendo excavado un hoyo en la arena, pretendía verter dentro el mar.»

(41) Así lo hace constar ASCARELLI, ob. cit., pág. 38. Vid. también en FERRARA, *Lezioni di Diritto commerciale*, I, 1939, pág. 11.

(42) Vid. ob. cit., págs. 200 y ss.

cialmente mercantiles y no es posible ampliar los dados, pues la enumeración es taxativa por razón de orden público; se trata de actos típicos de tráfico mercantil que el Código sujeta a sus preceptos, incluso en el caso de que aislados no persigan ese fin. Son absolutos: letra de cambio, «ordine in derrate», operaciones a término sobre títulos-valores, compra y venta de cuotas o de acciones de sociedad, operaciones referentes a la navegación y depósito en almacenes generales o puertos francos y las operaciones conexas. Los actos de comercio *relativamente mercantiles* necesitan de determinados requisitos, que constituyen la *razón de su comercialidad*, siendo esta razón o la función de intermediación y la relación económica con un acto de comercio o con la actividad mercantil en general. La intermediación puede ser simple (que se desenvuelve a través de dos actos y coloca aquí las modalidades de compra-venta) o *compleja* (en que el bien que circula no permanece lo mismo a través de todo el proceso y comprende los diversos tipos de empresa). En lo referente a los actos de comercio *por relación con otro*, dice que esta relación puede presentarse bajo variados aspectos; fin de cumplir un acto de comercio—mediación, mandato, comisión—, con ocasión o por causa de un acto de comercio—cuenta corriente, cheque—o realizando una función de garantía respecto de otros actos mercantiles (43).

”) Por último, es de destacar la crítica reciente a la terminología y al contenido que haya de darse a la expresión «acto de comercio». Los actos de comercio puede no ser actos jurídicos en sentido técnico. El legislador, al tratar de ellos, está en un estadio anterior al de su disciplina y pretende acotar un sector de la realidad económica y social; más bien esa expresión habría de traducirse por «operaciones» comerciales, de donde la inutilidad de todo intento de subsunción en las nociones dogmáticas de actos o negocios o relaciones jurídicas (44). De aquí que podría llegarse a la consideración de tal término como una verdadera «cláusula general». Pero esta característica no ha sido intentada por la doctrina italiana. Es la vuelta, sin previo análisis histórico, al sentido del «fait de commerce» o «rationae mercaturae» tradicional, mal traducido en el Código francés.

Otras cuestiones—más de detalle que de interés general—son: la común aceptación de la positividad de la noción de acto de comercio—por lo demás, implícita en la idea del acotamiento positivo de la materia mercantil y, por tanto, en la distinción entre comercio en sentidos económico y jurídico—; el carácter indiferenciante, a efectos de distinción de la comercialidad, del extremo de clasificación, actos unilateralmente mercantiles (45)—, pues se habrá decidido previamente de su carácter por algún criterio, ya que la unilateralidad sólo se refiere a las personas intervinientes—, etc.

## § 5

### LOS SISTEMAS SUIZO E INGLÉS Y EL PROBLEMA DE LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO

Frente al sistema que presenta el Derecho francés es importante la exposición de las tendencias unificadoras y, previamente, la del fondo legislativo que, de una manera más o menos expresa, se invoca por los representantes de esta corriente.

(43) *Lezioni*, cit., págs. 11 y ss.

(44) Vid. FERRARA, en lugar cit., y BRUNETTI, *Lezioni di D. C.*, 1940, págs. 55 y ss.

(45) NAVARRINI, pág. 47, t. I, 1932, de su *Trattato elementale di Diritto commerciale*.

1. Para la adecuada comprensión del SISTEMA SUIZO conviene partir de algunos detalles de carácter histórico.

A) *La formación histórica de los cuerpos legales suizos* se va produciendo de acuerdo con la siguiente síntesis, en la que se destacan los datos de mayor relevancia para nuestro fin:

En sus comienzos la tarea codificadora suiza se va produciendo a compás del tortalecimiento de las atribuciones de la Confederación frente a la de los cantones. Esta peculiaridad tendrá una influencia notable en la aparición del Código de las Obligaciones en su primera promulgación en 1881.

Ya en 1848—con motivo de los debates relativos a la revisión constitucional—se propuso, sin éxito, la centralización del Derecho mercantil. Poco después se intentó unificar el Derecho cambiario por la vía de acuerdos entre cantones (1853-56). De nuevo se intenta en vano atribuir a la Confederación la competencia de legislar en materia mercantil y el primer Proyecto de Código de comercio de MUNZINGER fué abandonado (1865-66). Las necesidades de tráfico—que pedían una unificación con mayor urgencia que el resto de las instituciones tradicionalmente civiles, muy arraigadas en los distintos cantones y muy distintas en correlación con las variedades étnicas, lingüísticas, etc. de éstos—se imponen, por último, después de diversas alternativas, y la Constitución federal de 29 de mayo de 1874, en su artículo 64, confiere al Poder central la facultad de legislar en materia de capacidad, Derecho de obligaciones (transacciones mobiliarias, Derecho mercantil y cambiario), propiedad literaria y artística, protección de diseños y modelos, procedimientos concursales, aparte de otros extremos típicamente civiles. Así van surgiendo las leyes correspondientes, de entre las cuales nos interesa ahora el Código de las obligaciones de 1881 (1).

Junto a la influencia del margen constitucional marcado a la legislación, hay que situar otras circunstancias. De entre ellas, hay dos que destacan: primeramente, la situación del Derecho civil, diversificado grandemente según los cantones, era una fuerza de segregación respecto de la unidad, que, con un Código mercantil, se siguiera al venir aquél a entrar en juego como Derecho subsidiario (2); en segundo lugar, las circunstancias de la época originaron el temor de que un Derecho mercantil separado viniera a constituir un Derecho estamental y privilegiado para los comerciantes contra la ideología adoptada, encargándose a Munzinger un Proyecto que viniera a ser el Derecho del tráfico, y no sólo del tráfico de los comerciantes (3). Así se aglutinan las influencias más importantes que determinan el Código de las Obligaciones de 1881.

La revisión constitucional de 1898 amplió las facultades legislativas de la Confederación a los demás sectores del Derecho privado; se elaboró en su consecuencia el Código civil; la relación entre éste y el Derecho de Obligaciones, así como los defectos que entretanto se habían observado en éste, dieron lugar a la necesidad de la revisión del Código de las Obligaciones. Pero la premura—había de entrar en vigor la reforma con el Código civil en 1 de enero

(1) De este proceso se suele dar cuenta en los libros generales.

(2) HEYMANN, ob. cit., pág. 15.

(3) Vid. HUB, *Handelsregister Geschäftsfirmer und Kaufmännisches Buchführung*, 1940 (en *Comentario de Berna*, dirigido por BECKER), págs. 8 y ss., y BECKER en la misma colección en t. de *Prescripciones generales de obligaciones*, vol. I, 1941, pág. 3.

de 1912—dió lugar a que la revisión alcanzara sólo hasta la parte en que comenzaban las sociedades mercantiles. Esta revisión tuvo lugar posteriormente, decretándose su vigencia a partir del 1 de enero de 1937; de esta manera el Código de las Obligaciones vigente tiene una doble fecha: 1911-1936 (fechas de aprobación de sus reformas) (4).

B) La posición de la materia mercantil en el ordenamiento suizo se ofrece con peculiaridades que hay que estimar en su justa significación.

1. Inicialmente no se propone el Código de las Obligaciones suizo borrar la especialidad de tratamiento de los supuestos de hecho que presenta lo que se llama materia mercantil. Tanto el antecedente del Derecho alemán como el francés—ambos utilizados por el Legislador—, como la conciencia inmediata de operar forzado por los márgenes de las facultades constitucionales de la Confederación, originan el que se entienda realizar una legislación para el tráfico comercial—en correspondencia con la reacción hacia el sistema objetivo, predominante ideológicamente en ese momento, contra la concepción del Derecho mercantil como régimen de un estamento—que se unifica formalmente.

De aquí la exactitud de las estimaciones, en tal sentido, de WIELAND (5), que, además, se corresponden con el siguiente y explícito texto: «si los Estados que nos rodean poseen a la vez un Código civil conteniendo el Derecho de obligaciones y un Código de comercio, la unidad de la legislación de ellas no es menos aparente que la nuestra, si las propuestas de la comisión encuentran una acogida favorable; la única diferencia residiría en ser otra la distribución de materias» (5 bis). Recuérdese, además, el punto de vista de GOLDSCHMIDT en Alemania en el sentido de hacer del Derecho mercantil un Derecho del tráfico y no del tráfico de los comerciantes.

2. Pero se pecaría de superficialidad al detenernos en esa observación genérica; el sistema suizo presenta otras notables particularidades:

a) El conjunto de materias tratadas, aunque presente la equivocación ya advertida como forzada por la evolución constitucional, de llevar al Derecho de obligaciones partes que no se corresponden con esta calificación (Sociedades, Derecho de firma, Derecho registral, Contabilidad...) (6), origina un cuadro en el cual afloran las mismas instituciones que se contendrían en un Código de comercio, aunque su interconexión sistemática se produzca con una técnica distinta, que, a su vez, origina consecuencias también diversas. En efecto:

a') El concepto de comerciante, aunque no aparezca intituando un grupo de artículos, es el eje alrededor del cual se centra el régimen registral, la pro-

(4) Desde 1881, la parte mercantil del Derecho civil suizo, a partir del artículo 552 no había sufrido alteración ninguna, en contraposición al resto, que fué modificado en 7 de julio de 1911. A través de diferentes proyectos (1919: Proyectos HUBER; 1923: Proyecto HOFFMAN; 1926) se llega a la forma definitiva de 1936, que había de entrar en vigor en julio de 1937, y comprende del título XXIV al XXXIII del Derecho de obligaciones, y arts. 552 al 1.182. Confróntese sobre la materia FEHR, *Bericht über die Schweiz*, en Z. H. R., 1937, t. CIV, cuadernos 1.º, 3.º y 4.º.

(5) Vid. *Handelsrecht*, I, págs. 40 y ss.

(5 bis) Véase ROSELL, *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, t. I, 1920, pág. 16.

(6) Vid. HEYMANN, *cit.*, pág. 16.

tección jurídica de las firmas, las distinciones de sociedades, la obligación de contabilidad y el sometimiento a la quiebra y al llamado rigor cambiario formal. Y todo ello con la particularidad de recibir por primera vez consagración legislativa el concepto de empresa a los efectos de determinación del de comerciante.

En efecto, el núcleo central de toda la parte que pudiéramos llamar «De personas», a efectos mercantiles, viene dado por el artículo 934 del C. o., el cual obliga a inscribirse a quien explote una industria comercial o de fabricación, o a quien «en forma comercial ejerza cualquiera otra industria», aclarando luego la Ordenanza para el Registro mercantil que la determinación de aquel carácter se hará por su volumen y la necesidad de llevanza de una ordenada contabilidad. De esta idea central se parte luego para complementar los trazos marginales: enumeración de empresas comerciales e industriales, exclusión de aquellas cuyo volumen de negocios no llegue a 25.000 francos (de importancia para excluir el artesanado y, en general, al «pequeño comerciante» de la carga del «status» de comerciante), exclusión de las actividades ocasionales (poniéndose así la nota de profesionalidad en forma de durabilidad de la organización de empresa como fuente de beneficios), combinación con las formas colectivas para incluir, desde luego, a las sociedades de capitales, a las colectivas y comanditarias cuando su objeto sea mercantil, según la noción de empresa ya dada, e incluso extendiendo esta técnica a asociaciones y fundaciones...

Junto a la obligación de inscribirse que vale en el caso anterior (cuyo paralelismo con el tipo del comerciante «debido» del Derecho alemán es claro) está el reconocimiento de la facultad o derecho de inscribirse que se reconoce en el párrafo segundo de aquel artículo 934 (con lo cual se nos aparece la fórmula técnica también del Derecho alemán vigente del comerciante potestativo).

Por último, la necesidad de exactitud y veracidad en el Registro origina, aparte del mecanismo de sanciones, la facultad de inscripción de oficio y radiación en la misma forma con lo cual el tema de la seguridad jurídica en la concepción del comerciante queda satisfecha. Y en esta manera, el rigor del «status» de comerciante—particularmente en lo referente a contabilidad, quiebra, publicidad—queda atendido (7).

b') Pero el Derecho suizo en la parte «De Obligaciones» deliberadamente no ha hecho un acotamiento de «contratos de empresas», que se correspondiera con el tratamiento de los comerciantes, sino que se ha propuesto hacer una reglamentación indiferenciada, que atiende sólo, en su sistema general, a la naturaleza jurídico-formal de las figuras. De aquí resulta: ciertamente podrá verse una motivación político-jurídica—que se corresponde con la ideología histórica correspondiente al momento de redacción inicial del Código de las Obligaciones—, según la cual se ha querido hacer un Derecho general del tráfico que no sea exclusivo de los comerciantes; pero de la misma manera, desde el punto de vista técnico, lo real es que las necesidades del comercio, cualquiera que sea quien en él intervenga (es decir, según lo que constituiría la amplitud de un sistema objetivo) o motivadas por la participación de los comerciantes, están atendidas o por especialidades en las instituciones, o por

(7) Salta a la vista que el desarrollo de estos puntos requería mucho espacio, y también que tal cosa es innecesaria, pues basta la sugerencia formulada en esa forma de síntesis y una remisión, por ejemplo, al Com. de His. cit., en el art. 934 y en los que el mismo concuerda con éste.

la existencia de instituciones cuya misma naturaleza jurídica se ha conformado, en realidad, como consecuencia del proceso general de especialización de empresas (contratos de transporte, de seguros, bancarios...).

El siguiente texto—si se adiciona con la consideración de las instituciones que, por sí mismas, nacen para el tráfico comercial—ofrece la autoridad de su autor para refrendar el punto de vista que se acaba de exponer: «El Derecho de obligaciones somete a los comerciantes en lo fundamental al Derecho civil común y trata los negocios de la circulación económica y los del tráfico civil según principios jurídicos iguales. Ocurre, sin embargo, que la atención a las necesidades del comercio se manifiesta en dos direcciones: ya las instituciones del tráfico civil prevén disposiciones de excepción para el tráfico mercantil, así, artículos 104 (intereses en caso de mora), 190 («Fixgeschaf» y consecuencias del incumplimiento en la compraventa mercantil), 191 y 215 (cálculo del daño en el tráfico comercial), 212 (cálculo del precio en la compraventa), 313 y 314 (productividad de intereses del préstamo); ya las instituciones se configuran especialmente para el tráfico comercial, pero, haciéndolas accesibles al restante tráfico mediante el cumplimiento de disposiciones dificultadoras de carácter formal: así, la *Prokura* según el artículo 458; las sociedades colectiva y comanditaria, según los artículos 552 y 594. En lo demás es misión de la aplicación del Derecho la atención a los comerciantes en la manera que se considere apropiada» (GUHL) (8).

b) En conclusión, pues, si quisiera recogerse la nota más acusada del sistema suizo, habría de hablarse, más que de una unificación de Derecho civil y Derecho mercantil, de la existencia de un Derecho mercantil, que en su formulación positiva no ha hecho uso de la técnica postulada por los Códigos separados de dictar un conjunto de normas puramente «delimitativas», que presente la materia mercantil acotada en una instancia preliminar, a la que realiza la naturaleza jurídica de las instituciones, por el juego de la subsunción, bajo sus conceptos.

11. No es nada fácil dar cuenta de la posición que ocupa el *Derecho mercantil en el sistema jurídico inglés*. Para hacerlo bien se precisa acertar en la exposición de las relaciones existentes entre las características generales del sistema—muy distintas de las propias de los continentales—y la manera de tratar las figuras que llamaríamos, desde otros países, jurídico-mercantiles. A su vez, la situación actual habría de explicarse mediante una exposición histórica adecuada, ya que la continuidad de la evolución inglesa, sin saltos, requiere constantemente la invocación de la línea de antecedentes. No deben desbordarse los límites marcados por los fines que aquí se persiguen y, por tanto, los temas generales e históricos se sugerirán mediante ideas de síntesis.

A) El problema del concepto del Derecho mercantil en el sistema jurídico de Inglaterra viene propuesto por *la absorción de la lex mercatoria en el Common Law*. Hay, pues, que tratar este tema (9).

(8) *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 1944, págs. 21 y 22.

(9) Para la redacción de esta parte me sirvo de la siguiente bibliografía: JENKS, *A short history of english Law*, 1634; HOLDSWORTH, *A history of english Law* (poseo sólo el tomo VII, en ed. 1937, de interés para la conformación de instituciones); ROCKWELL SANBORN *Origin of the early english maritime and commercial Law*, 1930; la Introducción de LEREMOURS-PIGONNIÈRE, a la trad. francesa (1906) del Manual de STEVEN; la compen-

1. La formación del *Common Law* y de la *Equity* se explica por las circunstancias históricas que se dan en Inglaterra a partir de la conquista normanda; pueden discutirse las conexiones con elementos informantes de su contenido que procedieran de la etapa precedente, pero las notas peculiares de su forma de desenvolverse arrancan de aquel hecho. Guillermo el Conquistador se presenta como sucesor de Eduardo el Confesor y promete respeto al Derecho del país por razones (mayoría en número de los naturales frente a los conquistadores, utilización de aquéllos como contrapeso de éstos a los fines de mantenimiento de la subordinación, suceder en el sistema de tributos locales al rey inglés) de cuya exactitud histórica no hay por qué hacer aquí cuestión. Tampoco hay que insistir en el problema de la introducción del régimen y del Derecho feudales que nos alejaría de los temas más relacionados con el nuestro. Frente al respeto a las instituciones tradicionales se presenta un proceso que tiende a hacer uniforme el Derecho sin merma de aquella originalidad nacional: hacerle, en definitiva, «común». El instrumento fundamental de este proceso ha sido la progresiva ampliación de la competencia de los Tribunales del Poder central frente a las jurisdicciones independientes, aplicando, en todo caso, el Derecho del país. Hace falta tener una síntesis del mismo a manera de recordatorio:

Frente a las jurisdicciones locales, feudales y eclesiásticas se va imponiendo la real; inicialmente, la competencia viene dada subsidiariamente, en caso de denegación de justicia, por la supremacía en conflictos entre señores y asuntos reservados a la Corona por su naturaleza. Progresivamente se va ampliando esta competencia a través de determinados mecanismos—ampliación de supuestos de denegación de justicia, necesidad de un mandato real para comparecer en todos los casos en que no se tratara de relaciones feudales, etc.—. En todo caso, las garantías procesales de la justicia del Rey y el interés de éste en atraer a su esfera de acción la competencia determinaron que, ya en tiempos de Eduardo I (llamado el Justiniano inglés), prácticamente los Tribunales reales se hubieran convertido en Tribunales de primera instancia (10).

Conviene en este momento añadir unas notas sobre la conformación de esos Tribunales. Se desgajan del *King's Council* en una progresiva diversificación y especialización de funciones que acarrea la separación de las jurisdiccionales. Inicialmente se distinguen el «Justiciar»—especie de virrey—, el «Chancellor»—capellán y secretario del rey—y un cierto número de «Justices» que se trasladan para aplicar justicia, constituyendo los *Itinerant Justices*. Junto a ellos, el «Exchequer» aparece como cuerpo sedentario, constituido por algunos de esos otros funcionarios para las actividades financieras. A la desaparición del «Justiciar» sigue la consolidación de la autonomía de las funciones jurisdiccionales respecto de las gubernativas y una nueva subdivisión de jurisdicciones. En tiempo de Enrique III se dan situaciones de no provisión del cargo de Justiciar, y, poco antes de su muerte (1268), la vacante producida no se cubre de nuevo. Con ello coincide la separación de tres tribunales: «King's Bench»—el antiguo tribunal del rey constituido en Juez, por sí o a través de sus asesores en su nombre, y a su cabeza, el «Justiciar», que ahora se ocupa de los asuntos en que hay interés de la Corona—, el «Common Pleas»—para asuntos entre particulares y de naturaleza inmobiliaria—y el «Exchequer»—con una posición ambigua entre administrativa y judicial—. Por su parte, la figura del «Chancellor» comienza a tener una importancia jurídica especial a partir de Eduardo I (1272-1307); el interés de su evolución estriba en haber originado, junto al cuerpo jurídico del «Common Law», la «Equity». El curso de este proceso histórico puede trazarse en la siguiente forma: inicialmente, la competencia de los Tribunales del Rey se afirma contra los feudales y locales a través de la atracción del conocimiento del asunto a aquéllos

---

introducción histórica de SARFATI, en *Le obbligazioni nel Diritto inglese in rapporto al Diritto italiano*, 1924; MAITLAND, *The constitutional History of England*; GOLDSCHMIDT, *English Law from the foreign standpoint*, 1937.

(10) Vid. MAITLAND, cit., págs. 105 y ss.

mediante un mandato al demandado de comparecer ante los primeros y no ante los segundos. Estos mandatos se llaman «Writs»; se van convirtiendo en acciones tipificadas; el «Chancellor»—casi siempre un eclesiástico—es quien, en efecto, los otorga. Con el aumento de los mismos se va constituyendo un cuerpo, que tiende a hacerse fijo en su número, por presión de las fuerzas extrañas a la Corona interesadas en limitar la competencia de ésta. Por otra parte, en el curso del tiempo, la tipificación hace que por antonomasia se entienda que los «Writs» establecidos se consideren los únicos admisibles y a la disposición de los que desean que se les administre justicia por los Tribunales del Rey. La presión para que los supuestos se amplíen se ejerce sobre la «Chancery» y a título de favor; generalmente la fórmula de la Súplica es «for God and in the way of Charity»; con las alternativas históricas de límites y ampliación de esta actividad (11) devendrá en definitiva, función normal de la «Chancery» a título de correctivo de la rigidez del «Common Law», que van estableciendo los Tribunales reales anteriores, inspirándose a veces en las ideas del Derecho romano y canónico en que aprendieron los funcionarios que conceden estos «Writs» y llegando a constituir un cuerpo paralelo a manera de Derecho pretorio: «Equity», según principios o instituciones completas, que, en definitiva, vendrán a constituir el otro cuerpo fundamental del Derecho inglés procedente del «cases Law», frente al del Parlamento—«Statute Law»—. Por último, conviene llamar la atención—dentro siempre de las jurisdicciones civiles, que son las que nos interesan—sobre la existencia de unos Tribunales mercantiles—que se detallarán luego—y eclesiásticos, que se presentan a los ingleses como no nacionales en su jurisdicción y en el Derecho que aplican. El curso de la evolución hasta el sistema vigente se produce según las siguientes líneas:

Los «Writs» otorgados por la «Chancery», como se ha indicado, se derivan de la rigidez de los Tribunales del «Common Law» y se fundamentan en la semejanza de casos—«in consimili casu»—y en el «defect of justice»; la «Chancery» se presenta como un Tribunal de conciencia—«the keener of the King's conscience»—; pero el curso de los tiempos va dando lugar a un cuerpo de precedentes, que, si bien inicialmente habían tomado como base la equidad, deviene Derecho formulado, en la misma forma externa de «cases», que el «Common Law»; por otra parte, en realidad, al atraer a su conocimiento asuntos que, de suyo, correspondían a los Tribunales ordinarios del Rey, plantean una situación de rivalidad con éstos, que llega a manifestarse formalmente entre el «Lord Chancellor», ELLESMERE, y el «Chief Justice of the King's Bench», COKE, en el siglo XVII, y que se decide por el reconocimiento formal de la competencia de la «Chancery»:

por otra parte, a través de diversas alternativas que nos interesan escasamente en este lugar, el Estado va apropiándose la competencia de los Tribunales de la Iglesia. Otro tanto ocurre con la de los Tribunales mercantiles, sobre los cuales se volverá más tarde:

por último, en la segunda mitad del siglo pasado se realizará la sistematización legislativa de todas estas corrientes históricas; subsistirán reformados las «County Courts» locales, con una competencia limitada por la cuantía; se constituirá una organización centralizada de Tribunales superiores de Primera instancia—la «High Court of Justice»—, que, a su vez, se subdividirán en «Chancery Division», «King's Bench Division» y «Probate, Divorce» (precedentes de las materias atraídas de la jurisdicción eclesiástica) y «Admiralty Division» (procedente de los viejos Tribunales de cuestiones marítimas); pero el origen histórico no debe sugerir un deslinde de competencias por razón de la materia—todos son competentes en todo lo que supere la pequeña cuantía límite establecida para la competencia de la «County Court»—e, incluso con el correctivo de la imposición de las elevadas costas, pueden conocer de materias reservadas a éstos: la división de competencia opera internamente a manera de división del trabajo. Por encima de ellas está la «Court of Appeal» y, por último, la Cámara de los Lores. Conviene, finalmente, advertir que

(11) Vid. MAITLAND, cit., págs. 221 y ss., y SARPANTI, cit., págs. 7 y ss.

en asuntos mercantiles los Tribunales pueden decidir la inclusión en la «Commercial List» y aplicar un proceso abreviado que, en definitiva, recoge la vieja tradición uniforme de los Tribunales mercantiles medievales;

desde el punto de vista sustantivo desaparece la aplicación del «Common Law» por sus Tribunales, y de la «Equity» por la «Chancery»; aunque los cuerpos de Derecho constituidos tengan aún trascendencia, se separan como Derecho sustantivo a aplicar por cualquier Tribunal.

De esta manera queda marcada la conformación definitiva del conjunto del Derecho inglés basado en los precedentes—«cases Law»—frente al «Statute Law» o Derecho emanado de disposiciones parlamentarias, así como su conexión histórica con el sistema jurisdiccional.

2. La *formación histórica del Derecho mercantil en Inglaterra* presenta características comunes con la continental y algunas peculiaridades; las primeras pueden ser expuestas brevemente:

a) El Derecho mercantil británico se va formando, como en el Continente, de una manera autónoma. A los fines de sistema con el resto del Derecho inglés, se ha centrado la atención en la existencia de Tribunales mercantiles, terrestres y marítimos, entre los cuales se han distinguido: la «Admiral's Court», que comenzó conociendo de asuntos en los cuales estaba interesada la Corona por su trascendencia general o internacional, para pasar a constituir sucesivamente un Tribunal especialmente dedicado a las materias marítimas; las «Courts of Pie Powders»—o de los pies polvorientos—, que significaba, con la denominación, su competencia como Tribunal de ferias; las Courts of the Staple, que conocían en los asuntos mercantiles referentes a los mercados de las ciudades; por último, las atribuciones jurisdiccionales de las «Guilds Merchants», es decir, de las Asociaciones de comerciantes.

Como fuentes históricas se citan una serie de colecciones o Estatutos; así, el *Little Red Book of Bristol* (siglo XIV), el *Black Book of the Admiralty* (siglos XIV y XVI, y de gran importancia jurídico-marítima), el *Statute de Mercatoribus* (1285), la *Carta Mercatoria* (1303), el *Statute of the Staple* (1353)... En la literatura jurídica, hasta los siglos XVII y XVIII no aparecen obras como la *Lex Mercatoria*, de MALYNES, y *Lex mercatoria rediivva*, de BEAWES, que tengan importancia—si bien relativa—; pues no pueden parangonarse con las continentales—por lo menos desde el punto de vista jurídico—, aparte de las cuestiones que puedan suscitarse acerca de la originalidad de las mismas.

b) Pero lo que realmente es característico para la evolución inglesa es que el Derecho mercantil se aparece a los juristas de este país como un cuerpo jurídico uniforme no nacional, una especie de «ius gentium» o Derecho mercantil internacional, cuyos elementos informantes son extranjeros. En definitiva, los comerciantes hacen respetar su Derecho, que se aplica no sólo cuando en los asuntos conocen los Tribunales mercantiles, sino que, en primera instancia—cuando estos no existen—o en apelación es también el Derecho que se aplica por los Tribunales comunes; el ligamen entre jurisdicción y Derecho aplicado origina la consideración como cuerpo sustantivo aparte de este Derecho, que constituye, en la terminología tradicional inglesa, la «Lex mercatoria» o «Law Merchant».

3. La absorción en el «Common Law» no puede contemplarse históricamente sin error como un fenómeno de técnica de delimitación formal de la materia mercantil. En Inglaterra es otra cosa distinta: es la nacionalización

de esta aportación jurídica; lo que a los juristas interesa es el hecho de que, a los elementos históricos nacionales informantes de «Common Law», se añada ahora esta «Lex mercatoria», que se contempla como un Derecho uniforme en el orden internacional. Esta es la gran tarea que se realiza en el siglo XVIII por el «Chief Justice» del «King's Bench», William Murray, Lord Mansfield.

Si se observan las manifestaciones formuladas por Lord Mansfield en los casos en que resolvió, se notará constantemente la preocupación por acertar en la determinación de lo que constituía costumbre mercantil o Derecho de los comerciantes, recurriendo, desde la aportación de los propios comerciantes incorporados a los Tribunales como jurados, hasta el estudio directo de fuentes extranjeras: la nota general de la época que arrastra la buena fe en su sentido material y procesal mercantil están expresadas en estas palabras: «The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtilties and niceties, but upon rules easily learned and easily retained because they are the dictates of common sense draw from the truth of the case» (12).

B) Ahora el problema del concepto del Derecho mercantil en el sistema jurídico inglés puede plantearse contando con una moderada, pero suficiente, base general a los efectos de las necesarias relaciones de ese problema.

1. Desde el punto de vista inglés, el problema es inexistente de hecho.

a) Desde el punto de vista del Derecho positivo en el sistema inglés, por su propia contextura, es inútil proponerse el tema: no existen cuerpos legales, como nuestros Códigos, que enfrenten partes del ordenamiento jurídico, que, a su vez, requieran, por razones de sistema, de un acotamiento o delimitación. Por ello los juristas ingleses, atentos primordialmente a este hecho, indican que el Derecho mercantil carece de sustantividad: de esta manera, lo que quieren decir realmente es que la vieja «Lex mercatoria» ha dejado de ser una «parte» del Derecho inglés; el Derecho inglés no tiene más partes que el «Common Law», la «Equity» y el «Statute Law»: aquél absorbió definitivamente al «Law merchant».

Este punto de vista está indicado expresamente por GUTTERIDGE.

«El término «Commercial Law»—dice—es una fuente de incertidumbre; hablar de ella como rama separada del «Common Law» es anticientífico. Sólo se trata de una extensión de los principios generales del Derecho de la contratación a negocios especiales de carácter mercantil» (13). Iguales ideas se formulan en el caso «Goodwin v. Roberts» (1875); «se ha hablado a veces de la «Law Merchant» como de un cuerpo fijo del Derecho que forma parte del «Common Law» y como si fuera contemporáneo de él. Sin embargo, en el orden histórico este punto de vista es completamente incorrecto... No es, ni más ni menos, que los usos de los comerciantes y negociantes en diferentes actividades del tráfico, ratificados por las decisiones de los Tribunales, los cuales, habiendo sido probados ante ellos, los han adaptado como derecho establecido con vistas al interés del tráfico y a la pública conveniencia, procediendo sobre la base del conocido principio de Derecho, según el cual los Tribunales, al dar efectividad a los contratos y actuaciones de las partes en transacciones de distintas actividades del tráfico, han de asumir que dichas par-

(12) Vid. FIFOOT, Lord Mansfield, 1936, págs. 55, y, en general, todo el capítulo IV.

(13) Véase detalle en mi *Introducción al Derecho mercantil inglés de la economía de guerra*, 1950, pág. 28.

tes han tratado entre sí sobre la base de las costumbres o usos que prevalecen generalmente en la actividad de que se trate. A través de este proceso, lo que antes era sólo uso sin sanción legal, deviene incorporado al «Common Law y, por tanto, debe decirse que forma parte de él» (14).

Pero el problema jurídico positivo no se agota en los términos indicados. Existe un tema jurisdiccional que tiene larga tradición mercantilista en el Continente y que aun subsiste en el Derecho inglés: la existencia de un proceso especialmente abreviado para los «commercial cases». Y aquí se centra—como históricamente había ocurrido—el tema de acotamiento de la materia mercantil, aunque claro está, no se decida de esta manera acerca de la aplicación exclusiva de un cuerpo de Derecho positivo mercantil, porque esto ya no existe.

b) Ya en otro lugar hice una síntesis que es de aplicación al problema del planteamiento del concepto del Derecho mercantil como tema doctrinal. Prácticamente, este problema en la actualidad no se suscita (15).

2. Pero un examen del Derecho inglés desde el punto de vista continental, es decir, que se refiera a las características de la masa de disposiciones que en aquel ordenamiento rigen las instituciones paralelas a las que en el Continente se llaman mercantiles, no encuentra contestación a una serie de preguntas que han de formularse con las simples consideraciones que preceden.

En general, puede decirse que vuelve a plantearse la cuestión en unos términos semejantes a los que se vieron para el Derecho romano. Se ha dicho con razón que «pudiera ser una paradoja, pero parece ser la verdad, que existe mayor afinidad entre el jurista romano y el «common lawyer» que entre aquél y su sucesor moderno» (16).

a) Si en la inexistencia de una línea técnica de acotamiento del conjunto de las instituciones mercantiles o de algunas determinadas quisiera verse una fusión del Derecho mercantil y el civil, se incurriría en una apreciación demasiado simplista de los hechos; mas bien este problema ha de examinarse desde otro punto de vista:

Está muy vulgarizada la exposición de las dos actitudes metodológicas de los sistemas continental e inglés para que sea preciso insistir sobre ellas: en el Continente el racionalismo sistematizador de los Códigos origina una posición deductiva de principios y conceptos generales que se formulan en aquéllos; en el sistema inglés, por el contrario, el punto de partida de la inducción decidiendo casos, origina un cuerpo de Derecho en el cual la lógica es un instrumento que se utiliza con muchas precauciones. De estos dos puntos de partida se deducen otros del mayor interés: los juristas ingleses suelen huir en los «cases» de las generalizaciones y definiciones; sólo de una manera muy cautelosa se formulan reglas generales. La frecuencia de las definiciones de términos en el «Statute Law»—que suelen seguir al articulado en forma pesa-

(14) Tomado de SLATER, *Mercantile Law*, 1924, pág. 6.

(15) Me remito a mi libro *Introducción al Derecho mercantil inglés*, cit., págs. 25 a 27, cuyos párrafos sobre este tema no reproduzco; téngase también en cuenta lo que acabamos de indicar en el párrafo precedente.

(16) BUCKLAND y MONAIR, *Roman Law and Common Law*, 1906, págs. XI y ss.

da y llena de salvedades y repeticiones—no contradice, sino que, por el contrario, se explica por las ideas antes expuestas: los Tribunales ingleses consideran que el Derecho inglés, por antonomasia, es el formulado a través de los «cases»; toman, por ello, una posición hermenéutica restrictiva ante las normas legislativas; antes que tratar de descubrir los principios ideológicos en que éstas se inspiren, tratan de llevar a la interpretación los ya formulados en el «Common Law»; de aquí la necesidad de acotar con exagerada precisión lo que en las leyes se dice. Por otra parte, se verá que en tales disposiciones las definiciones acotan su esfera de aplicación, generalmente en la zona y a los fines restringidos de la disposición de que se trate.

He aquí un texto que en síntesis formula lo mismo que se acaba de dar con más detalle: «Tanto el jurista romano como el «common lawyer» evita generalizaciones y, en lo posible, definiciones. Su método es intensamente casuístico. Proceden de casos más deseosos de elaborar un cuerpo efectivo de reglas, incluso con el riesgo de alguna incoherencia lógica que pueda crear tarde o temprano una dificultad, que de establecer un sistema lógico» (17).

Con estos antecedentes se revela que sería inadecuado buscar que, sólo a efectos de precisar el concepto del Derecho mercantil, los ingleses hubieran cambiado ni más ni menos que su actitud total ante el Derecho. El que el Derecho mercantil no se presente acotado por conceptos, ni sus instituciones definidas esquemática y limpiamente no es una solución deliberada al problema continental de la existencia separada del Derecho mercantil; es un resultado—el normal—de la posición británica ante los conceptos y esquemas jurídicos sistemáticos. Cosa distinta es el hecho mismo de la inexistencia de esa línea de fórmulas acotadoras, pero si se la quiere examinar con fines de ejemplaridad, habrá de procederse en forma correcta y no podrá separarse de las peculiaridades del Derecho inglés, con las que forma un todo indisoluble: no puede separarse el hecho de sus circunstancias ni trasladarse aquél sin éstas.

b) Pero, aparte de esa fórmula de falta de disposiciones meramente delimitativas, volvemos a encontrarnos en el Derecho inglés:

’) Con normas que atienden a particularidades del tráfico comercial en el seno de instituciones generalizadas.

Así, desde la parte de la empresa hasta las formas contractuales en toda su riqueza de supuestos concretos que se presenta más exuberante que en cualquier ordenamiento del continente por la masa de «cases» que conserva su vigencia. Claro está que la misma flexibilidad del Derecho inglés hará que las expresiones «business» o «trade» se presenten con notable elasticidad, como corresponde, en general, a las peculiaridades ya expuestas del sistema, y que, a veces, por la huida por principio de las generalizaciones, los casos contemplen la particularidad o especialidad, refiriéndose directamente o al tipo de tráfico o a hechos concretos o a usos determinados, etc. (18).

”) Igualmente la tipificación no ha podido evitar la existencia de instituciones completamente regladas para el tráfico comercial contemporáneo (se-

(17) BUCKLAND y McNAIR, cit., pág. XII. En general, para todos estos problemas véase GOLDSCHMIDT, ob. cit. o FRIEDMANN, *General Theory*, ed. 1944.

(18) Sobre este punto puede verse mayor información en mi *Introducción...*, cit.

guros, transportes...), las cuales de suyo encuentran, por su propia naturaleza, la determinación de la esfera social y económica de vigencia.

En definitiva, pues, el Derecho inglés nos presenta un Derecho mercantil que ha prescindido de la técnica de delimitación preliminar. Ninguna otra conclusión puede generalizarse sin las salvedades de las notas generales derivadas de las características del Derecho de este país.

III. No puede decirse que EL PROBLEMA DOCTRINAL DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO deba su existencia a las características de los sistemas suizo e inglés, pero sí, en cambio, que ha influido en su desarrollo y que es el ejemplo al que se recurre para demostración de las ideas que por los partidarios de la unidad se formulan.

El buen orden en el planteamiento y formulación de este tema pide que se proceda con carácter sucesivo a concentrar bajo su rótulo corrientes de ideas que se han venido produciendo separadamente y que, sin embargo, no constituyen sino facetas de la misma cuestión, y a separar, según su naturaleza, la índole de los argumentos utilizados. Las tres corrientes más importantes que se unen en nuestra cuestión son las siguientes: la pura y simple de la unificación que entiende que no hay razones para la permanencia de un Derecho mercantil como Derecho especial; la que limita la amplitud del tema al Derecho de Obligaciones; y, por último, desglosada del problema genérico de las relaciones de Derecho civil y mercantil, la que se encuentra dentro de lo que se ha llamado «comercialización» del Derecho civil y «descomercialización» del mercantil. A su vez, en todas estas tendencias se manifiestan ideas que afectan al momento político-jurídico o de justificación material de la existencia de normas especiales para la materia mercantil, y a la metodología y a la técnica jurídica, fundamentalmente a la de delimitación de la materia jurídico-mercantil.

El desarrollo de estas tendencias ha tenido particularidades distintas según los países:

*En Alemania* la autoridad de algunos autores ya atrajo la atención sobre este problema: se mostró partidario de la unidad ENDEMANN en el t. I de su *Handbuch*, edición de 1881 (19). Al proponerse en el orden legislativo—con motivo de la preparación del Código civil—, GOLDSCHMIDT opuso con éxito el argumento de la conexión histórico-sistemática de las instituciones mercantiles que no podía suprimirse sin inconvenientes. Aunque de cuando en cuando surja la idea unificadora, en el Derecho alemán predomina desde entonces la contraria (20). También la idea de la «comercialización» del Derecho civil—que luego había de llamar la atención de la doctrina francesa particularmente—se encuentra indicada por algún autor alemán (RIESSER) (21).

Pero el problema de la «autonomía» o «unificación» ha adquirido resonancia a impulsos de la doctrina italiana, apoyada en el prestigio y autoridad de

(19) Página 16, cit. por HEYMANN, pág. 19. En la ed. italiana que aquí se ha utilizado, vid. pág. 16.

(20) Así, HEYMANN, cit. Vid. GOLDSCHMIDT, *Die Kodifikation des deutschen Bürgerlichen und Handelsrecht*, en Z. H. R. 1875. El desarrollo de la idea citada (que se completa con la conocida estimación del carácter progresivo y anticipativo del Derecho mercantil) en pág. 139.

(21) *Der Einfluss Handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlicher Gesetzbuch*, Stuttgart, 1894.

VIVANTE. Los monumentos fundamentales que han trascendido son la exposición primera en Bolonia en 1892, que luego se incorpora a las ediciones de su Tratado; la publicación francesa en los *Annales*—1893—, apoyada luego por WAHL—traductor francés del Tratado, que también en la traducción recoge la tesis del gran mercantilista italiano—y, por último, su retractación desde el punto de vista legislativo con ocasión de sus trabajos en las tareas codificadoras, la cual se publica en la «R. D. C.» (1925) y luego en las ediciones sucesivas de su libro. Desde la primera proposición formal del problema por VIVANTE, la doctrina italiana se ha dividido en una polémica que ha llegado hasta nuestros días, y que, en definitiva, parece haber dado el triunfo a la tesis unificadora para el Derecho de las Obligaciones en el *Código Civile* (22).

En la doctrina francesa el problema aparece con unas peculiaridades metodológicas que conviene que sean destacadas. Proponiéndose el tema de las relaciones entre Derecho mercantil y Derecho civil se arrastra hasta los libros de nuestros días un planteamiento en el que hay datos históricos que ya no tienen razón de ser: cuando se habla de la influencia del Derecho civil sobre el Derecho mercantil (23) se viene a enfocar el tema metodológico de la posibilidad de existencia de conceptos y, en definitiva, de la manera de operar jurídicamente con los textos mercantiles en forma distinta de la civil; es decir, se sigue aún con las últimas reminiscencias del sentido material de la buena fe comercial de que ya se ha hablado en otros lugares. Mayor trascendencia tienen las observaciones acerca de la generalización de las exigencias técnicas del tráfico comercial mercantil al civil, en cuanto inspiradora de la manera de venir reguladas las instituciones, es decir, el tema de la comercialización del Derecho civil (24).

Conviene que estos antecedentes sobre la manera de orientarse las distintas corrientes de la unificación sean tenidas en cuenta al hacerse la exposición sistemática y crítica que se expone a continuación:

A) El aspecto metodológico del tema de la unificación no me parece que merezca conservarse como problema en los términos históricos en que ha venido proponiéndose. Ha de desterrarse la pretensión de fundar una «jurisprudencia» o «ciencia» mercantil de la que haya de nacer «otra» ciencia del Derecho junto a la ciencia del Derecho única.

«Ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, y menos que ninguna el Derecho mercantil, nacido dentro del Derecho civil y como una desviación del mismo... El prurito de la independencia científica del Derecho mercantil es un viejo tópico hoy casi desaparecido en la doctrina moderna. Todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil» (GARRIGUES (25)).

(22) Cualquier libro italiano enumera autores y argumentos, y no hay que insistir. Muy informados en nuestro país están los trabajos de LANGLE, *La autonomía del Derecho mercantil. Revisión doctrinal y nuevos derroteros*, R. G. L. J., vol. CLXXI, páginas 465 y 581, y *Las directrices fundamentales del Derecho mercantil*, R. D. M., vol. III, número 9, pág. 317, y MARÍN LAZARO, en su *Comentario*, t. I, 1932, págs. 49 y ss.

(23) Vid. la referencia a esta vieja dirección en RIPERT, ob. cit., pág. 27.

(24) RIPERT, pág. cit. en nota anterior, da cuenta de los conocidos trabajos de LYON-CAEN, HAMEL y suyo propio. Por otra parte, sobre el mismo fenómeno, aunque indicando que lo que se advierte en el proceso histórico es una fluctuación de márgenes en los últimos años, puede verse de nuevo HAMEL, *Droit civil et Droit commercial en 1950* (en libro homenaje a RIPERT, 11, 1950, págs. 261 y ss.). Este trabajo es útil para observar la manera de plantearse el problema por los juristas franceses.

(25) *Curso*, t. I, pág. 30.

Cosa distinta es que se acentúe en el estudio de las instituciones jurídico-mercantiles—siempre conservando su tratamiento según la ciencia del Derecho—la consideración de las circunstancias de hecho «económicas que motivan sus particularidades y que se manifiesten como un «plus» que sirve a explicarlas.

B) El aspecto más grave del problema es el que se refiere a la *política jurídica*; pueden traerse a este lugar tanto los argumentos que se proponen de «lege ferenda» como aquellos otros que, siempre con la vista puesta en dichas motivaciones, creen descubrir ya en el Derecho establecido los datos suficientes como para generalizar la propuesta unificadora, porque los textos separados reflejaran más una unificación que la realidad de las circunstancias económico-sociales y legislativas. En la exposición crítica que sigue se procurará huir de generalizaciones y se intentará aproximarse a los datos circunstanciados para poder hacer juicio de la legitimidad y de la amplitud de dichas generalizaciones.

1. Primeramente habrá que recordar el clásico argumento de VIVANTE: el Derecho mercantil se ha ido formando por la presión de los comerciantes como clase y, en consecuencia, son sus intereses los protegidos con quebrantamiento de la igualdad; se trata de una apreciación que llevaría a calificar al *Derecho mercantil como privilegiado*, con su consiguiente odiosidad. Ni esta calificación conviene al Derecho mercantil—que se mantiene en los límites de la especialidad—, ni es generalizable para el conjunto de su contenido—que, analizado en detalle, presentaría preceptos favorables y desfavorables, a veces estos últimos muy rigurosos—ni las normas de favor serían exclusivas, pues la presión de los grupos en las comunidades políticas se presentan muy variadamente según las circunstancias sociales. Por otra parte, históricamente está ya muy analizada la materia: el tratamiento especial del comerciante no atenta a la igualdad, elemento de la justicia, porque más bien ésta pide el trato desigual de desiguales situaciones para restablecer la paridad. Pero, en definitiva, este argumento no merece ser particularmente considerado ya.

2. Más graves son las formas de apreciar *los distintos aspectos político-jurídicos de la llamada comercialización actual del Derecho privado*. En este sector de ideas conviene subdistinguir:

a) Un primer grupo de ideas versan sobre la *generalización de instituciones tradicionalmente jurídico-mercantiles*. Se llama así la atención sobre el hecho de que los títulos valores y, de entre ellos, la letra de cambio, de tan clásica raigambre mercantil, se usa fuera del tráfico de negocios comerciales e industriales. De este núcleo tradicional se pasa a considerar bajo el mismo prisma los llamados actos de comercio «absolutos», destacándose algunos (operaciones de Bolsa, instituciones de Derecho marítimo...). Y, en efecto, esta generalización se da; pero no está tan claro que se haya acertado en la explicación de su sentido. Si nos aproximamos a lo que ocurre en esos casos, podremos ver lo siguiente: ha desaparecido la técnica que opera con el ingrediente económico de la mercantilidad; los autores están habituados a utilizar esas normas puramente delimitativas, que contienen ingrediente o elemento para acotar la esfera de vigencia de las prescripciones especiales del

Derecho mercantil, de carácter económico—la participación de un comerciante en el sistema subjetivo o alguna otra nota (las de cada grupo de actos de comercio según su naturaleza)—, y, desaparecida esa mecánica, creen haber encontrado la base para hacer desaparecer la especialidad. De esta manera se oscurecen distintos fenómenos importantes:

La especialidad de tratamiento de los fenómenos económicos mercantiles ha dado lugar a la tipificación jurídica de instituciones o figuras jurídicas, en forma tal, que el mero recurso a su naturaleza jurídica implica la demarcación de su esfera de vigencia sin ningún otro ingrediente y, por tanto, siguiendo el mecanismo normal de sub-sunción de los ordenamientos actuales. Las formas de ventas especiales, la variedad de los negocios bancarios y bursátiles que, tipificados en el tráfico, se han tipificado también en los Ordenamientos más recientes (como en el *Codice Civile* italiano), los contratos de seguros en sus distintas modalidades, etc., etc. son buenos ejemplos de ello. En todos estos casos no se precisa ni el acotamiento preliminar genérico según los sistemas subjetivo u objetivo de la limitación de la materia mercantil, ni el acotamiento específico en la parte en que se trata de la figura o la institución que se considere.

Pero esta tipificación de naturaleza jurídica al hacer superflua aquella técnica de acotamiento no quiere decir que pueda formularse el principio general de que la figura o la institución emigra de los sectores de la estructura económica que llamamos industrial o comercial al llamado civil; las letras tienen su función y su justificación en el tráfico comercial, aunque se utilice fuera de él, y las operaciones bancarias se ejercitan por las empresas bancarias, y las de los seguros, por las de este carácter. Siguen insertas en su mundo económico propio. No hay que generalizar en términos absolutos las consecuencias de aquella ausencia de necesidad de normas delimitativas: unas veces hay una posibilidad de que las normas y las figuras que creó el tráfico comercial tengan un contenido explicable por la conformación jurídico-formal de sus elementos definidores y puedan ser aisladas de su utilización en el tráfico comercial, y habría una extensión de su esfera posible de vigencia (una compraventa sobre muestras o una compraventa de especificación tipifican figuras en las que su contenido normativo resuelve problemas en los que no hay por qué atender a que se den en el comercio o no, pero han nacido y siguen apareciendo principalmente en ese sector de la vida económica); otras veces se trata de una gran extensión de los llamados actos unilateralmente mercantiles (la participación de una gran clientela de empresas bancarias o de seguros en el tráfico de éstas, etc.).

Lo único que ocurre es que hay que plantearse de nuevo lo que cada autor entienda por «especialidad» de una rama jurídica; si se exige—y así parece ser, aunque más por arrastre de la técnica de delimitación que nació con el Código francés que como resultado de un planteamiento deliberado y renovador a la vista de estos fenómenos—que sólo haya Derecho especial cuando ante dos instituciones dogmáticamente paralelas (v. g.: compraventa civil y mercantil) se haga separación por un ingrediente que no tenga nada que ver con la naturaleza jurídico-formal de la institución, o se pide ese acotamiento en conjunto, entonces habría que concluir que no hay razones para hablar de un Derecho mercantil especial; si, por el contrario, se prescinde del paralelismo de

dos cuerpos con un conjunto de instituciones igualmente calcables dos a dos por razón de su naturaleza y se atiende a la continuidad de los datos económico-sociales, que, como constante, explican a veces desviaciones de una institución paralela, en ocasiones figuras o instituciones propias, y todas ellas, a su vez, planteando problemas que sólo en la cúspide de la unión con la línea de la estructura económica encuentran en ella explicación, entonces no puede aceptarse el argumento que se ha venido esgrimiendo.

Al hacer la saavedad del último inciso del párrafo precedente quiere significarse—y es preciso aclararlo porque queda oscuro, aunque me parece necesario conservarlo así para mantener el razonamiento—lo que se aclara con el siguiente ejemplo: la S. A. como institución puede explicarse por las necesidades de la industria o el comercio, pero la impugnación de acuerdos de una junta general no tiene necesariamente que ver con ello; se trata de un problema que surge por haberse admitido la institución; pero en sí puede tratarse de la misma manera que la impugnación de acuerdos, v. g., de una Asociación. Sólo mediatamente se puede decir que esta materia dependa de las necesidades de la industria o el comercio.

No estará de más que se repitan las mismas ideas anteriores partiendo de un ángulo distinto: si la especialidad del Derecho mercantil hubiera de deducirse de la existencia de normas delimitativas del total del cuerpo legal en que se encierre o de cada institución, podría darse el caso de la existencia de esas normas y, simultáneamente, el vacío de las dispositivas que contuvieran los efectivos preceptos de contenido especial. Hay ejemplos de ello; tomemos uno tradicional, el de la «comercialidad de los inmuebles»: con normas acotadoras generales puede entenderse que el tráfico inmobiliario se considerará mercantil, pero la «mercantilidad» en este caso contiene una generalización injustificada; peca por exceso, porque, si llamamos mercantil a una compraventa de inmuebles entre dos sociedades anónimas inmobiliarias, nos encontraremos con el vacío en cuanto a régimen, porque la compraventa mercantil no ha contado con este supuesto y, por otra parte, de «lege ferendae» tampoco se necesitarían particularidades, porque el régimen inmobiliario satisface a las necesidades corrientes. De aquí puede inducirse que la especialidad hay que verla materialmente, es decir, observar si, por excepción no odiosa o privilegiada respecto de normas de Derecho civil o por necesidades nuevas que el Derecho civil no ha tenido necesidad de contemplar, se dan instituciones, figuras o preceptos particulares para una realidad material específica. Y desde la vertiente de la exclusión: el que en el tráfico comercial se utilicen instituciones, figuras o preceptos determinados no quiere decir que ya constituyan parte de la materia jurídica especial; se trata de una utilización de los que en su origen no nacieron, ni en su funcionamiento se explican por las necesidades de la realidad extrajurídica que al Derecho especial sirve de justificación. Así que, para resolver un tema de Derecho de Obligaciones hayamos de hacer uso de la distinción de obligaciones divisibles o indivisibles, de las normas de la comprensión, etcétera, que se utilice la hipoteca, etc., no querrá decir que estas cuestiones sean parte del Derecho especial que se considere.

Con las aclaraciones precedentes podría aventurarse una explicación histórica a estos fenómenos; la siguiente: con la separación de ordenamientos por razón de clases sociales de donde nació el Derecho mercantil, se pudo dar el caso de que, incluso sin necesidad, surgieran reglamentaciones incomunicadas y distintas de figuras conceptualmente iguales; al consumarse la evolución hacia la unidad del ordenamiento jurídico nacional y, con él, afirmarse la unidad fundamental de las Ciencias jurídicas y de su método, ha resultado que la separación conjunta de la rama mercantil frente a la civil, con técnicas que, en parte, provienen del período histórico anterior (el llamado sistema objetivo es más bien mixto y el subjetivo no es político-clasista), ha resultado que se entienden mal los fenómenos que reflejan aquella unidad de operación del sistema jurídico positivo y la manera de construir doctrinal-

mente la interpretación y el juego de conceptos e instituciones. En estos dos sectores de ideas tiene necesariamente que haber unidad: pero tal cosa no impide la particularidad material de un grupo de preceptos o un grupo de instituciones que se reducen a grupo justamente por la realidad económico social que sirve de explicación constante a su existencia y a su contenido.

b) Un segundo grupo de ideas parte de este mismo fenómeno de generalización antes descrito, pero le interpreta como síntoma de donde deducir una transformación en la manera de enfocar el tema del concepto del Derecho mercantil: la generalización de instituciones, preceptos y figuras—que se da como un hecho indiscutible—es el modo de manifestarse la generalización en la sociedad contemporánea del capitalismo; esta generalización del Derecho mercantil sería paralela con la expansión de sectores en la evolución histórica de la estructura económico-social hacia el capitalismo: se comienza con el capitalismo comercial que tendrá su correlación en el Derecho mercantil como Derecho de los comerciantes y se llegaría, al transformarse la sociedad entera en comunidades capitalistas, a un Derecho comercial que dejaría de ser especial para convertirse en común, para convenir a la correlación histórica marcada que se representa en la actualidad por la conformación casi totalmente capitalista de las comunidades políticas de nuestro tiempo.

Este sector ideológico se presenta doctrinalmente según la siguiente línea: Frecuentemente en los libros de Derecho Mercantil se encuentran alusiones a las influencias del capitalismo en sus instituciones; globalmente pasa a referirse a esta influencia ASCARELLI para tomarle como punto de partida para examinar el condicionamiento histórico de la especialidad de una rama jurídica que puede haber partido de particularidades referentes a principios jurídicos inspiradores, para pasar a explicarse en razón de las exigencias técnicas de la materia regulada; según su autor, «el Derecho mercantil ha sido en gran parte el fruto de aquel espíritu que se suele llamar capitalista para individualizar mediante un nombre *inevitablemente inexacto* un complejo de elementos que se han revelado con particular intensidad en un momento histórico determinado»: pero el curso de la evolución histórica con la progresiva intervención del Estado en la vida económica (control de la fundación de empresas, autorizaciones y fiscalizaciones de condiciones generales, intervención en contratos...) hacen pensar en una transformación profunda de las instituciones que no podría comprenderse sin la penetración en la íntima conexión entre las estructuras jurídicas de formación libre y los nuevos elementos que en esa estructura se insertan como resultado de esas transformaciones políticas y económicas (26). Pero la proposición del problema total de las relaciones entre Derecho y capitalismo como tema monográfico se le ha formulado RIPERT en 1946 en un libro que se ha traducido luego a la lengua española (27); en el conjunto de ese libro, en que se examinan temas políticos, jurídicos y la penetración del espíritu capitalista en la sociedad y en el Derecho en general, vuelve el autor a traer ideas ya contenidas en su trabajo anterior sobre la «comercialización del Derecho civil», de donde deriva las dificultades del sostenimiento de la autonomía del Derecho mercantil: «el Código de comercio no contiene una reglamentación corporativa y se aplica a todos aquellos que ejecutan actos de comercio. Técnicamente el Derecho mercantil se hace aceptar al perder su originalidad y modelarse sobre el Derecho civil. Económicamente reemplaza al Derecho civil. El Derecho francés se mercantiliza hasta el punto

(26) Vid. *La funzione del Diritto sociale e le trasformazioni del Diritto commerciale*, en R. D. U., 1934, 1 y ss. Puede verse también BRUNETTI, *Lezioni*, cit., pág. 40.

(27) *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno (poseo y manejo la traducción argentina)*.

de preguntarse hoy si no sería más simple redactar un Código único de las Obligaciones» (28). Pero estas ideas cuando se trasladan de la monografía al rigor metodológico del Tratado vienen a ser debidamente centradas por el autor: la penetración ideológica del capitalismo no quiere decir que no se necesite plantearse el problema de demarcación del Derecho mercantil, y se inclina por el sistema subjetivo—dando cabida a la tendencia actual a la profesionalización, que no quiere decir, claro está, vuelta a la sociedad estamental—, al mismo tiempo que preconiza por razones técnicas la supresión de las reglas puramente delimitativas en la zona del Derecho de Obligaciones (29). Por otra parte, no está de más indicar que la misma base de generalización con el capitalismo puede dar lugar a la postulación de un sistema objetivo de «Derecho de los negocios» independiente y separado del Derecho civil sobre la base argumental, ya desde mucho tiempo indicada en la doctrina de la contraposición entre progreso y tradicionalismo, que vendrían representadas por una y otra rama (30). Observemos, por último, que como secuela del terreno ideológico en que el tema de la influencia del capitalismo se sitúa en los libros de RIPERT, sigue, naturalmente, a la consideración del capitalismo la de las fórmulas ideológicas de sustitución y las maneras con que las legislaciones proceden a reflejar el tránsito de nuestro tiempo hacia alguna fórmula intervencionista del Estado.

En nuestro país se encuentran en la misma línea dos trabajos recientes de CONDE (31) y RUBIO (32). Según el primero de ellos, «la realidad mercantil no es sino un tipo específico de realidad económica...; es una realidad económica eminentemente histórica, vinculada en su nacimiento a una forma concreta e histórica de la economía. El Derecho mercantil es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo...; el Derecho mercantil se nos aparece como una forma histórica específicamente «moderna» del Derecho civil patrimonial...; en el acto mercantil tienen que darse necesariamente como elemento dominante las notas históricas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista...; la historia entera de la actividad económica humana—se agrupa—en torno a dos grandes motivos dominantes: el principio de la cobertura de necesidades y el principio de lucro o ganancia...; tal ganancia ilimitada, absoluta y radical se hace posible gracias a un planteamiento altamente racional de los actos económicos...; el contrapunto absoluto de este tipo de acto—el acto económico capitalista que sería el mercantil—sería aquel en que faltasen ambos ingredientes, la expectativa del lucro y el cálculo racional...; la empresa no es una realidad que está ahí a la manera de un monolito, sino una unidad organizada de actos económicos. Su substractum real es el acto mercantil. La realidad mercantil es una trama infinita de actos mercantiles. Claro que el acto mercantil, sobre todo el acto mercantil perfecto, propende por su propia naturaleza a producir «organizaciones»...; el contrato civil fundado sobre lo que antes llamábamos actos de hacienda o de patrimonio, determinados por el principio de cobertura de necesidades (consumo) y el cálculo natural, se convierte paulatinamente en contrato mercantil, fundado sobre los actos mercantiles de signo capitalista. Lentamente, a medida que el orden económico se ha ido consolidando, los actos mercantiles han ido desplazando a los actos patrimoniales o civiles...; dentro ya de la realidad mercantil, el mismo proceso de maduración capitalista restringe también cada vez más el recinto de los actos mercantiles sueltos o aislados en favor de los actos mercantiles organizados en empresa...; el acto mercantil es la forma moderna del acto patrimonial civil, cualitativamente transformado por las notas esenciales del acto económico ca-

(28) Aspectos..., pág. 345. de trad. argentina.

(29) Vid. *Traité*, cit., págs. 7 y s. y 5 y s.

(30) HAMBL, en *Le Droit privé*, cit. (en libro homenaje a Ripert, pág. 270).

(31) *La transformación del Derecho patrimonial...*, «Rev. D. M.», septiembre-octubre 1947, págs. 167 y ss.

(32) *Sobre el concepto...*, en la misma revista, noviembre-diciembre 1947, págs. 317 y siguientes.

pitalista. Cuando se dan esas notas en su integridad y pureza tenemos el acto mercantil perfecto. Su expresión más pura es el acto de empresa». Dice coincidir fundamentalmente con CONDE, RUBIO, aunque discrepe en algunas conclusiones; de aquí que le preocupe cómo puede quedar encajada y resuelta la problemática familiar a los mercantilistas, a la que pasa revista, interpretándola desde el ángulo de la concepción de que tratamos, de donde deriva la siguiente noción del Derecho mercantil: «no es sino el nuevo sistema de normas adecuadas al espíritu y a la organización capitalista, que, de modo creciente, va sustituyendo en el Derecho general privado la región del Derecho patrimonial (entendiendo aquí—aclara—que «patrimonial» quiere utilizarse no en el sentido de CONDE, sino en su acepción delimitativa de una parte del Derecho civil). El Derecho mercantil constituye, pues, aquella parte del Derecho privado (Civil, en su general acepción), transformada para adecuarse al espíritu y a la organización capitalista, y que reglamenta una gran parte de la vida económica, especialmente la del tráfico y la del poder sobre bienes muebles e incluso ciertos aspectos de la riqueza inmobiliaria».

Conviene llamar la atención sobre la mutación formal que la corriente reseñada presenta en la versión española—con independencia del sí y el en qué medida se haya inspirado en las antes citadas—: se ha producido una transposición de un temario que se venía enmarcando en el sector de las ideologías, pasándole a instrumento definidor de una rama jurídica.

Para hacer juicio de la tendencia que estamos exponiendo conviene examinarla desde sus puntos de partida:

1) El recurso al capitalismo para hallar en él el *elemento definidor de una rama jurídica* pide que se revisen los criterios de división en ramas de la ciencia jurídica. Y no es fácil hacerlo, porque no es sencillo saber qué «género» de concepto científico sea el del capitalismo para luego situarle en la enunciación de aquellos criterios de distinción de disciplinas. Pero hay que intentarlo.

Puede pasarse por alto el tema de la utilidad y justificación científicas del concepto de capitalismo en la ciencia económica que es muy discutido (33). Hay que pensar, de todas maneras, en los sentidos y facetas con que suele utilizarse por los que de él se valen, para no excluir de antemano las derivaciones posibles de la cuestión.

El capitalismo puede ser tomado como una «ideología» que tienda a convertirse en sistema de organización social y económica, lo haya conseguido en más o en menos. Si así se tomara, es claro que no se encontraría manera de entroncarlo con los criterios de distinción de las ramas jurídicas. Puede, indudablemente, intentarse para fines determinados el análisis de los ordenamientos jurídicos actuales desde estos puntos de vista y tratar de estudiar, por ejemplo, el Derecho del cristianismo (34), el Derecho del socialismo, etc. Pero no creo que haya dificultad en constatar que no es así como se procede en el estudio de los ordenamientos actuales al dividirse en sectores para su mejor análisis. Además, habría que saber si se acepta sólo el Derecho de la ideología capitalista que triunfa, o si también el Derecho que pretende poner la decisión de justicia contra el capitalismo. Y así, en todas las ideologías también habría

(33) Vid. EUCKEN, *Cuestiones fundamentales de la economía política* (trad. española, páginas 59 y ss., y art. «Capitalismo», pág. 195, en la Enciclopedia de SELIGMAN, t. III y IV, edición 1940).

(34) Como en efecto se ha hecho para Roma y para la actualidad.

que saber si es Derecho lo que fuere norma no inspirada en razón de justicia, sino en una ideología económico-social.

Puede tomarse el capitalismo como un sistema de organización de la estructura social y económica de unas determinadas características que en otro lugar se han tratado de sintetizar. En tal caso, de nuevo nos encontraríamos con la heterogeneidad de este criterio de demarcación de una disciplina jurídica con respecto a todos los demás que se utilizan para trazar el cuadro de las ciencias jurídicas: la imposibilidad de llevar este criterio a cualquier tronco divisorio origina que se monte o superponga la rama que en él se funde sobre todas las demás. Y, en efecto, si distinguimos los que se han llamado elementos constitutivos del sistema (espíritu, formas institucionales y tecnología) (35) parando la atención en su «orden institucional», se evidencia que sólo por un espejismo—por lo demás, de inspiración en el planteamiento tradicional del tema del Derecho mercantil—se puede proponer la correspondencia de las áreas economía capitalista y Derecho patrimonial; en realidad, el capitalismo requiere determinado contenido de Derecho constitucional (derechos individuales, igualdad, fines del Estado...), de Derecho administrativo (sistema monetario, de pesas y medidas, de caminos, de instrucción técnica...), etcétera, aunque cuantitativamente propenda a la privatización jurídica de la vida económica. No es preciso insistir sobre estas materias que se contienen en cualquier libro sobre el sistema capitalista (36). Y si no puede decirse que en la actualidad se corresponda el contenido de instituciones del Derecho constitucional o del Derecho administrativo con las que hubiera postulado el capitalismo, quiere decirse que sólo haciendo cortes en el seno de su sistema se podría hablar de Derecho constitucional capitalista, Derecho administrativo capitalista, etc.

Pudiera adoptarse del capitalismo la acepción—por demás frecuente—según la cual se eleva a categoría de su esencia el elemento «espiritual». Ni que decir tiene que en el Derecho no se ha generalizado la «motivación» ganancia racionalizada para trasladar los actos jurídicos en que se dé a una categoría distinta de la que le correspondiera según su naturaleza jurídica; pero, aceptando que pudiera hacerse, volveríamos a caer en la misma dificultad técnica tradicional de la doctrina de los actos de comercio: no viene aquélla tanto de que sean éstas o las otras las notas que sigan para caracterizarles como de la situación en estados de ánimo internos del individuo que intervengan en el acto que se considere.

”) El correctivo de la limitación a la zona del Derecho patrimonial vuelve a presentarnos un tema de heterogeneidad: es difícil casar este elemento definidor con el otro, el capitalismo. En efecto:

En el sector del Derecho patrimonial al adoptar la acepción ideológica del capitalismo habrían de hacerse los cortes correspondientes y discriminar en cada precepto, en cada figura o en cada institución si sirve al capitalismo o no.

Aquí no se puede saber bien qué quiere decirse exactamente: si, por ejemplo, en la accesión o en la distinción entre obligaciones divisibles o indivisibles hemos de tratar de descubrir lo que deben al capitalismo, o prescindir de esas

(35) Artículo cit., útil por su síntesis autorizada, de la Enciclopedia cit., pág. 196.

(36) Vid., por ej., SOMBART, *Apogeo del capitalismo*, trad. Fondo Cultura, págs. 66 y ss.

figuras, o aceptar que se han elaborado por la presión capitalista. Así se podrían multiplicar los ejemplos. O, de otra manera, habría de proponerse si todo el legado jurídico romano y germánico y canónico habrían de volver a examinarse con la lupa del capitalismo y volver a construir la formación de los dogmas del Derecho privado a esa luz.

Si se toma la significación del capitalismo como sistema, volvemos a topar con problemas semejantes. Ha de admitirse—y así se acepta corrientemente—que es en el sector que afecta a los bienes y a su circulación, donde, naturalmente un sistema económico determinado requeriría las mayores transformaciones. Pero una cosa es la cantidad de derecho capitalista—digámoslo así—en un sector determinado y otra la identificación de ese sector con el concepto mismo del Derecho que correspondiera a aquella ideología o a aquel sistema económico-social. El Derecho tiene una historia compleja; recibe desde el punto de vista de su motivación política influencias diversas, y ninguno de estos temas pueden comprenderse científicamente en su significado, valiéndose sólo de la noción de capitalismo; no creo que haya de insistirse en ello, porque la razón última es que la *ideología* del Derecho es la justicia que trabajosamente va tratando de implantar, y no es *jurídico* el derecho de otra ideología.

Sólo por una simplificación mental del campo del Derecho patrimonial se explica la identificación de éste con el Derecho de capitalismo. Esa representación pudiera corresponderse con lo que se llama proceso de especialización de las actividades económicas que ha dado lugar a una progresiva tipificación de figuras contractuales (contratos bancarios, bursátiles, seguros, etc.) o a una adaptación particular de las tradicionales. Pero, en todo caso, bien sabido es que todas ellas se insertan en el sistema tradicional del Derecho patrimonial, sin sustitución de toda la masa jurídica que a través de la historia de las fuentes y de la doctrina componen aquél. Si aproximándonos a las instituciones concretas tratásemos de ver en la Teoría general de las cosas y de los Derechos reales, en la propiedad y en sus limitaciones, en la posesión, en la doctrina del título y modo, en la ocupación y tradición, en la accesión, sólo lo que hay de capitalismo en ellas, no creo que nadie pensara en que hay que echar por la borda todo lo que de éste no provenga o a sus intereses no satisfaga, caso de que en efecto existiera siempre algún tipo de relación entre los términos considerados.

Tomado del capitalismo su espíritu volvería a estar sometido el sector del Derecho patrimonial a las mismas objeciones que antes se indicaron.

""') Por último, si todas estas razones no valieran, habría de dudarse de la oportunidad histórica de la formulación de la doctrina; no se comprende bien como pueda postularse la caracterización del Derecho patrimonial privado por la noción de capitalismo en un momento en que precisamente así mismos a la elaboración de las tórculas que rectifican del capitalismo un gran número de sus elementos. Sin necesidad de tomar como referencia, evitando así dificultades ideológicas, las maneras de denominar a los sistemas políticos económicos y sociales que pretenden sustituir o reformar al capitalista basta referendar el punto de vista expuesto, indicando que quienes utilizan en la ciencia económica el concepto del capitalismo distinguen en él fases (iniciación del capitalismo, apogeo o pleno capitalismo y capitalismo final), de las cuales, la última, «late capitalism», viene a representar la fase de nuestro

tiempo, es decir, lo que del capitalismo queda como remanente en el terreno de los hechos, como consecuencia de las múltiples formas de correctivos o sustituciones en la estructura institucional de las comunidades contemporáneas (37). Habrían de excluirse del Derecho mercantil e inventarse nuevos conceptos de transporte, seguros, bancarios, instituciones cambiarias, apodamientos de empresas nacionalizadas.

Creo que la traslación del planteamiento en cuanto a la manera de proponer el significado del capitalismo para el Derecho mercantil no ha sido afortunada: el capitalismo no es instrumento adecuado para distinguir disciplinas jurídicas. Esto no quiere decir que el capitalismo no tenga una importancia grandísima como fase histórica y, naturalmente, en la disciplina más próxima al sector económico-social, como viene reconociéndose normalmente.

### § 6

#### EL DERECHO MERCANTIL EN EL CODIGO ALEMAN DE 1897 : SISTEMA SUBJETIVO

El sistema del Código alemán, que comienza ahora a estudiarse, tiene notable interés como antecedente de la evolución hacia la doctrina de la empresa que utiliza la noción de ésta como eje para la construcción del concepto del Derecho mercantil; no sólo existe una evidente relación evolutiva, sino que, probablemente, los textos de este cuerpo legal han hecho sentir su influencia sobre los autores que han preconizado aquella dirección científica.

1. La EXPLICACIÓN HISTÓRICA del sistema adoptado ha de buscarse en las circunstancias legislativas, en las que el Código apareció.

Por la Ley de 20 de diciembre de 1873 pasó a ser competencia de la legislación del imperio la materia de Derecho civil; antes de terminar la redacción del Código civil se trabajaba ya en la reforma del Código de comercio. En la Exposición de Motivos de éste se explicaba así el alcance de aquélla: «La unificación y la reforma profunda del Derecho privado que trae consigo el Código civil hace necesaria también una revisión del Código de comercio... Su finalidad consiste, por un lado, en poner de acuerdo los preceptos del Código de comercio con el contenido del nuevo cuerpo legal, y por otro, realizar en la Ley mercantil aquellas modificaciones y adiciones que la experiencia de estos treinta años largos transcurridos desde que entró en vigor ha evidenciado que son deseables» (1).

La doctrina alemana coincide en fundar históricamente la razón del sistema subjetivo, que el cuerpo legal sigue, en la aparición del Código civil: el Código anterior con su sistema objetivo contenía un Derecho general del tráfico; el conjunto de disposiciones sobre esta materia, ya no precisa que se contengan en el Código de comercio, porque encuentran su sede propia en el Código civil y, en efecto, el temario de este carácter del viejo Código pasa al Código civil nuevo (2).

(37) Vid. art. cit. en Enciclopedia de SELIGMAN, por la autoridad de autor: SOMBART, citado.

(1) REBER, *Historia*, cit., 214.

(2) Vid., por ej., LAEMANS, *Handel und Gewerbe*, ed. 1942, págs. 15 y s., y GIERKE, *Han-*

El Código suscitó en su momento los naturales comentarios (3); de ellos creo interesante el siguiente de GIERKE, por su autoridad, en que se refiere el cambio hacia el sistema subjetivo. Este cambio fundamental es de aprobar. Corresponde al desenvolvimiento histórico del Derecho mercantil y corresponde a su esencia actual, al menos desde el momento en que una masa de normas del tráfico general que aportó, como pionero del desenvolvimiento jurídico, el Derecho mercantil, ha pasado al Derecho civil general. Por ello, lo que queda del Código de comercio es casi enteramente un derecho especial profesional. La animadversión contra este derecho especial profesional... está hoy superada. De ello da testimonio el moderno Derecho industrial con todas sus construcciones. El H. G. B. da un paso atrás y limita su dominio al círculo de vida que determina la profesión personal de comerciante (3 bis).

II. La SÍNTESIS DEL SISTEMA que se expone a continuación parte, en correspondencia con su carácter subjetivo, de la noción de comerciante.

Interesa ahora trazar un cuadro en el que queden claras las líneas fundamentales; se prescindirá, pues, del detalle de problemas que al traerse a este lugar entorpecerían aquella visión de conjunto; no se prescindirá de los que puedan tener interés para ese fin y ser útiles para las apreciaciones críticas.

A. Los *conceptos de comerciante* del Código se construyen mediante el juego de ideas que se refieren al género de actividad, organización de su negocio, publicidad y dimensiones de aquél.

I. Se pone en primer término de la enunciación, el comerciante que lo es por razón del objeto de su negocio; en la enumeración de negocios que hace el artículo 1.º se contienen los tradicionalmente considerados mercantiles y que ya están en otros ordenamientos en lista más o menos completa; realmente interesan de esta enumeración del Código alemán dos cosas:

La colocación sistemática de estos negocios, referidos a la noción de comerciante permite la vuelta y el enlace con la pura tradición mercantilista: la delimitación «rationae mercaturae» o en «faits de commerce» de la especialidad mercantil cobra su sentido económico—actividad organizada del mundo económico de los negocios—que se había perdido por la desgraciada enumeración de estos tipos de empresas como «actos» de comercio que conducían a una caracterización jurídica imposible.

Interesará luego, pero hay que hacerlo notar ahora ya, que algunos de los negocios que enumera este artículo no se corresponden con una reglamentación en el Código de los contratos típicos en que desenvuelven su actividad esas empresas; así ocurre en materia de seguros, bancaria, editorial, en las cuales hay que recurrir a leyes especiales.

Los titulares de estos negocios son comerciantes sin necesidad de inscripción. De aquí la manera de llamárseles: comerciantes «necesarios» («Musskaufleute»).

La lista del art. 1.º es la siguiente: 1.º Adquisición y reventa de mercancías o títulos valores sin distinción de si transformadas o no. 2.º La aceptación de la elaboración o transformación de mercancías para otros en tanto

(3) De STAUB, *Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines H. G. B.*, 1896, artículos de PAPPENHEIM (Z. H. R., t. 46, 1897). EBRENBERG, en *Iherings Jahrbuch*, t. 57, 1879.

(3 bis) *Der Entwurf des neues H. G. B.*, en Z. H. R., t. 46, 1896, pág. 440.

supere los límites del artesanado. 3.º La aceptación de seguros contra prima. 4.º Los negocios de Banca y cambio de dinero. 5.º Ciertos negocios de transporte: De mercancías y personas por mar, el interior de mercancías (vía terrestre o fluvial), el interno de personas, si se explota por un «Anstalt» (4), el de remolque: 6.º Los negocios de comisión, expedición y de almacenistas o depositarios. 7.º Los de corredores y agentes. 8.º Los de edición y venta de libros y objetos de arte. 9.º Los negocios de impresión en tanto su ejercicio supere los límites de la artesanía. A los efectos de este apartado no es necesario que recoja la labor de precisión de la doctrina alemana.

2. La enumeración del artículo 1.º se completa mediante el recurso a la técnica de cláusula general, por cuya vía entra una noción de empresa que tiene como precedente el artículo 865, 4 del Código suizo (5), que se recoge en el artículo 2.º del Código alemán.

La característica apuntada—cláusula general—se declara por la doctrina alemana recogiendo la idea conocida de la insuficiencia de cualquier enumeración (6).

Este artículo segundo considera industria mercantil, en el sentido del artículo 1.º y, por tanto, para atraer la calificación de comerciante, a aquellas empresas industriales que, por su índole y volumen («Art und Umfang»), requieran una explotación de sus negocios organizada en forma comercial; se exige en este caso la inscripción registral con el carácter de constitutiva: se es comerciante a partir de la inscripción. De aquí la manera en que se suele llamar a estos comerciantes: «Sollkaufleute». Conviene entrar en la puntualización de las notas de este concepto:

a) Primeramente se precisa que se trate de una empresa industrial («gewerblichen Unternehmen»); es decir, se requiere que estemos dentro del género del cual son especies los tipos de negocios del artículo 1.º; pero la palabra «industrial» no se interpreta en un sentido económico estricto, sino que, a su vez, se la trata como cláusula general; de los requisitos que se suelen enunciar (independencia, intención de obtener beneficios, cierta permanencia que excluye sólo el negocio ocasional), interesa el que se refiere a la correspondencia con lo que en la acepción del tráfico se entiende por industrial. En este sentido lo son aquellas empresas en que los beneficios se tratan de obtener de la aplicación de conocimientos y prácticas técnicas o comerciales, y no aquellas otras en que se derivan de la ciencia o del arte. Sin perjuicio, claro está, de que estos últimos sean, a su vez, objeto de explotación según los primeros criterios indicados, en cuyo caso la actividad desarrollada sería industrial (7).

(4) Esta expresión provoca dudas en cuanto a su alcance: un sector doctrinal cree que la ley exige la gran empresa (DÖRINGE-HACHENBURG, t. III, Anm. 4, párrafo 1.º). Esta corriente, dice GIERKE (*Handelsrecht und Schiffahrtrecht*, Berlín, 1933, pág. 43), es la predominante. Otros piden, además, una explotación conforme a plan (LERMANN-HOENIGER, *Lehrbuch des Handelsrecht*, 3.ª ed., pág. 53; WIELAND, *Handelsrecht*, 1921, t. I, pág. 76). Por último, COSACK, sólo esto último (7.ª ed. de su *Lehrbuch*, pág. 26).

(5) Así, WURDINGER, *Kommentar zum H. G. B.* (2.ª ed.), antes a cargo de miembros del *Reichsgericht*, t. I, 1951, pág. 91.

(6) WURDINGER, cit. en nota ant.; *Kommentar zum H. G. B.*, de GESSLER-HILDEBRAND-SCHROEDER, t. I, 1950, pág. 21.

(7) WURDINGER, cit., pág. 66.

b) El sentido de la expresión «Art und Umfang»—núcleo del concepto—se aclara por los autores en la siguiente forma: una y otra son complementarias; la primera podría referirse al objeto o género de actividad del negocio, pero más bien ha de entenderse como manera de venir organizado o forma de llevarse la explotación; el «volumen» —«Umfang»—no debe tomarse en el sentido de cifra de negocios, sino en el de la multiplicidad de elementos a organizar. A su vez, ambos datos materiales se aclaran con la exigencia de que de ellos dependa la necesidad de una organización en forma comercial; con este inciso, el Código quiere decir que se satisfaga a los postulados de *orden* y *claridad*, a los que fundamentalmente sirve una adecuada organización contable. De esta manera se aprecia la real significación político-jurídica del precepto: sólo de esta forma se satisface a las exigencias cautelares que se requieran en empresas de aquellas características por la complejidad de intereses (acreedores, clientes, trabajadores en todas sus formas...) implicados en ellas (8).

c) La índole flexible de los supuestos que han exigido recurrir a la fórmula de cláusula general para este concepto de comerciante acarrea otra consecuencia: la del carácter constitutivo de la inscripción, pues, de no ser así, se ocasionarían notables dificultades prácticas (9) Mas por otra parte, esta inscripción no es discrecional: el empresario que se encuentra en este caso está obligado a solicitar la inscripción y, a su vez, el Registrador a calificar los presupuestos conceptuales de la Ley. Aquella inscripción se impulsa mediante las sanciones generales en caso de inscripciones obligatorias.

Estas ideas se completan con la doctrina referente al «Scheinkaufman», según el art. 5.º y el desarrollo doctrinal que a la materia se ha dado. Pero esta cuestión no puede tratarse aquí porque se inspire en ideas distintas de las que nos interesan a los fines de razones de demarcación de la materia mercantil.

3. Las industrias agrarias y forestales, en cualquier caso, se encuentran fuera del Derecho mercantil, tomando así en cuenta el legislador el hecho de que estas empresas, por regla general, se desenvuelvan en forma distinta de las comerciales (10). En cambio, respecto de las industrias conexas con aquellas («Nebengewerbe») se sigue un régimen especial: se les concede el privilegio de devenir comerciantes con la inscripción voluntaria en el Registro mercantil, siempre que se den los presupuestos de los artículos 1.º ó 2.º del Código. De la voluntariedad de la inscripción se deriva el término con el que se designa a estos comerciantes, «Kannkaufleute».

Este privilegio, pues sólo a título de tal puede excluirse la aplicación de los arts. 1 y 2 del Código cuando se dan sus presupuestos, ya fué combatido cuando el Código se redactó, y la doctrina suele hacer la observación de que en esas empresas conexas con las agrícolas y forestales, se producen con frecuencia la extensión de las características de organización propias de las empresas de carácter mercantil y, por tanto, puede tacharse al Código de haber ido demasiado lejos (11).

(8) Vid. WURDINGER, cit., págs. 98 y s., y GÜSSLER, cit., pag. 22.

(9) WURDINGER, cit., pág. 96.

(10) GÜSSLER, cit., págs. 25 y s.

(11) Vid. WURDINGER, págs. 101 y 103; GIERKE, pág. 47; LEBMANN, pág. 41, cita.

De los temas referentes al acotamiento de conceptos en esta materia (cierta independencia, conexión interna o económica, unidad de titular) no nos ocupamos porque se puede prescindir de ellos sin merma de la claridad de la línea fundamental que preside el sistema del Código.

4. Un último concepto de comerciante, que comenzó a elaborarse en materia de S. A., en el siglo pasado, es el de comerciante por razón de la forma («Formkaufmann»); se atribuye la calidad de comerciante en virtud del tipo social adoptado, con independencia del objeto que dicha figura social persiga; se subsumen bajo esta noción la S. A., la de Resp. Lim., cooperativas registradas y grandes mutualidades; las dos últimas con especiales limitaciones. En todo caso, los comerciantes colectivos de este carácter serán siempre comerciantes «plenos» (art. 6).

Las particularidades de Cooperativas y Mutualidades se deducen por la doctrina del hecho de no ser «sociedades comerciales» aunque sean «comerciantes»; de aquí se sigue que contra lo que ocurre para Anónimas, Limitadas y Comanditarias por acciones, no se da la regla general de atribuir todas las consecuencias de aquel concepto, sino sólo en la medida en que las normas del conjunto del sistema del Código de comercio vienen armonizadas con las de las leyes especiales que las rigen (12).

5. Corresponde a la tradición germánica la distinción de comerciantes «plenos» y «pequeños comerciantes» («Vollkaufleute» y «Minderkaufleute»), en expresiones de la doctrina completamente generalizadas. Las disposiciones se contienen en el artículo 4.º del Código (que encuentra su antecedente en el 10 del Código anterior). Son comerciantes «plenos» todos los tratados hasta aquí; de entre ellos se determinan los pequeños comerciantes; ahora bien, como el comerciante, por razón de índole y volumen del negocio, parte de una idea incompatible con la de pequeño comerciante (y en el caso del artesanado, que también entra en la noción produce igualmente la exclusión, aunque la diferencia no venga exclusivamente de dimensiones), y el comerciante, por razón de la forma, implica el carácter de pleno por disposición expresa de la Ley, resulta que la clase de los pequeños comerciantes ha de buscarse en el grupo de los comerciantes por razón del género de negocio explotado.

La caracterización parte, en el caso del artesanado, de la participación de la habilidad o destreza personal del titular del negocio, y en la pequeña empresa se hace el deslinde contraponiéndola a las empresas que, por razón de su índole y volumen, necesitan de una organización comercial, ya que lo contrario es la pequeña empresa. Estas ideas son aportación de la doctrina alemana, porque el Código no desciende a su enumeración, aunque remita a la legislación particular de los Estados la concreción del concepto de pequeña empresa.

\*Las consecuencias prácticas del concepto consisten en aligerar a los pequeños comerciantes de la carga que para ellos supondría la observancia de todos los preceptos que afectan a los comerciantes plenos, que, por otra parte, no está especialmente justificada respecto de ellos por particulares exigencias de

---

(12) Vid. WURDIGER, pág. 124.

terceros. De aquí que el propio artículo 4.º determine que no sean aplicables a estos comerciantes las normas sobre inscripción de firma, libros, apoderamiento, que no pueden otorgar en forma de «Prokura», ni constituir sociedades colectivas y comanditarias. En materia de negocios comerciales, la generalidad de las normas de esta parte se aplican, y ese es, además, el principio general, salvo algunas disposiciones que expresamente o se excluyen o se ordenan de manera distinta que respecto para los comerciantes plenos, siempre tratando de inspirarse en razones de amparo a la particular posición de estas personas. Igualmente, en la legislación de interés mercantil de fuera del Código se sigue esa misma línea de ideas (13).

La doctrina alemana, en lo referente a la crítica de esta parte del Código, centra su atención en la necesidad de obtener una mejor precisión de conceptos para hacer entrar en el Derecho mercantil a supuestos artesanos, que en realidad explotan empresas de características y de organización mercantiles, como consecuencia del desenvolvimiento de una especie de alto artesanado que viene a resultar de la complejidad de los adelantos técnicos contemporáneos (14).

B) *La delimitación de la parte mercantil del Derecho de obligaciones* se hace según la siguiente técnica:

1. Se fija un concepto de «negocios mercantiles» («Handelsgeschäften») que toma como base la conexión con el género de actividad de la industria en la que se producen: son negocios mercantiles los de los comerciantes en el ejercicio de su industria (art. 343).

La doctrina, a su vez, en la interpretación, hace las siguientes aportaciones fundamentales:

«Negocio» no es término que haya querido utilizarse en el riguroso sentido técnico que en la parte general del Derecho civil se ha elaborado; quiere significarse en la Ley cualquier tipo de acto voluntario productor de efectos jurídicos.

Se ha querido incluir también los supuestos de actos no permitidos por el Derecho positivo motivadores de responsabilidad, pero la doctrina generalizada es contraria a esta extensión (15).

El ligamen al objeto de la empresa se toma en sentido amplio para incluir los supuestos de negocios económicamente complementarios de la explotación. Nótese que no se trata de actos de comercio «accesorios» de otros actos jurídicos, sino de relación en el complejo económico de la explotación de que se trate; v. g.: un negocio bancario respecto de una empresa de cualquier otro tipo sería mercantil respecto de esta última, aunque ya hubiera de serlo (por el tratamiento a que se someten a los negocios unilaterales) tomando como referencia al Banco (16).

(13) Para no descender a detalles, nos remitimos a WURDINGER, cit., págs. 122 y ss.

(14) LÄHMANN, pág. 46 y bibl. que cita, y GIERKER, pág. 50.

(15) Preconizada dice GIERKER, pág. 396, por WIELAND.

(16) Detalles en GESSLER, cit., págs. 1022 y s.

Un problema de importancia menor, desde nuestro punto de vista, es el que discute la doctrina alemana alrededor de la utilidad del párrafo segundo del art. 343, que dermina la consideración como mercantil en todo caso de los negocios de la clase de los enumerados en el art. 1.º del Código (los fundamentales para determinación del concepto de comerciante por el objeto de su actividad), aun realizados por comerciantes con empresa cuyo género de tráfico sea de otro tipo (17).

2. Se completa la técnica de delimitación con dos recursos interesantes:

a) El primero de ellos es el de presunción «*iuris tantum*» del carácter mercantil de los negocios de un comerciante, con las consecuencias consiguientes desde el punto de vista probatorio, de cuyo detalle se puede prescindir.

b) El segundo es el establecimiento del principio de que a los negocios unilateralmente mercantiles se aplica, en principio, íntegramente, y, por tanto, para ambas partes, el régimen mercantil. No obstante, conviene tener en cuenta que las excepciones al principio que se contienen en el Código (artículos 346, 347, 348, 349, 350, 352, II, 353, 354, 368, 369, 372, 377, 379) revelan que aquel principio se inspira, predominantemente, en las exigencias técnicas que, inexorablemente, se deducen de la estructura de los negocios de que se trate, y que, por razones de claridad y seguridad, conviene partir de aquella regla; por lo cual, cuando esa motivación no lo impide, se evita el sacrificio de la parte no sometida al Derecho comercial.

c) El Derecho alemán, para ser comprendido también en sus inconsecuencias, pide que se considere la relación entre *materia mercantil en el Código y fuera del Código*.

1. La doctrina alemana suele distinguir entre materia mercantil en sentido jurídico-material («*Handelsachen in materiellrechtlichen Sinne*») y materia mercantil en sentido procesal («*Handelsachen in prozessualen Sinne*»). Apriorentemente, la distinción no debiera tener más trascendencia que la que corresponde a correctivos que se requieran por razones técnico-procesales; en efecto, en este sentido existe un motivo de diferenciación; pero el que realmente cobra significado al considerarse es el correspondiente a la competencia en asuntos tradicionalmente jurídico-mercantiles, y que no se encuentran tratados en el Código de comercio, sino en leyes especiales; v. g.: los referentes a materia de letra y cheque

2. Este hecho nos lleva a considerar una muy generalizada tendencia doctrinal, demasiado apegada al Derecho positivo o, si se quiere, excesivamente formalista, que, adoptando una postura quasi-reverencial respecto del Código de comercio, estima como materia mercantil la del Código y destacando la nervadura del sistema de éste, deja de penetrar en el fondo que explique sus relaciones con las materias contenidas en leyes especiales.

• For otra parte, resulta que la Ley de Introducción del Código de comercio vigente, al dejar como leyes sobre materia mercantil las que fueran complementarias del Código de 1861 (art. 2.º), ha originado un concepto de «*Nebengesetze*», en el que se comprenden una serie de ellas que, en la lista de las

(17) Vid. GRESSLER, pág. 1023.

con fechas de nuestros días y en vigor, se refieren a materias, respecto de las cuales, la calificación de mercantil, según la técnica del sistema subjetivo, ni les resulta adecuada ni se presenta como precisa.

Por último, como el Derecho marítimo, por lo menos y con un criterio puramente positivista—que «ad exemplum» basta—, rige incluso en casos de navegación de fines no especulativos (art. 7, Ley de Introducción) y, además, carece en sus figuras de otras paralelas en el Derecho civil, resulta que existen instituciones jurídico-mercantiles que se aplican sin necesidad de delimitación preliminar y que son propias exclusivamente también en este Derecho del tráfico comercial, y que salen fuera de la técnica de delimitación subjetiva.

3. De aquí que cuando la doctrina alemana utilice el recurso positivista al Código como cuerpo para decidir de la especialidad del Derecho mercantil—Ley especial—respecto del civil, según la expresión de LEHMANN, haya que utilizarla con mucho cuidado, ya que dentro del Código, respecto del Derecho marítimo, no sería exacta y si se encontraría Derecho especial fuera de él (18).

Asimismo, de esta manera se explica el sistema disgregador en los libros de Derecho mercantil germánico. Este sistema es consecuente con su Derecho positivo al que sigue apegándose a sus textos, pero deja sin considerar las razones de justificación del mismo que hubieran de buscarse fuera del Derecho constituido.

## § 7

### EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DE LA EMPRESA

El punto de vista sobre el concepto del Derecho mercantil que se expresa con el epígrafe que rotula este apartado, se puede considerar como el de mayor autoridad y el mejor fundado intrínsecamente; conviene por ello marcar con cierto detenimiento su sentido y el alcance que se le atribuye para, de esta forma, hacer juicio seguro de las críticas a que se le somete. También es importante advertir que, de un lado, el entendimiento y la comprensión de las implicaciones de la relación con las ciencias auxiliares, y, de otro, los desenvolvimientos siguiendo la evolución de aquéllas en los últimos veinticinco años, no siempre han sido bien hechas por la propia doctrina enmarcada en esta dirección científica; hay, pues, que dedicar atención a ello.

1. La FORMACIÓN DE ESTA DOCTRINA tiene relevancia en cuanto expresiva de la autoridad que pueda atribuírsela. Inicialmente viene formulada por WIELAND; a este autor seguirá MOSSA, en Italia, con reiteración y energía suficiente para destacarse como representante de la misma al nivel del primero. Impulso fundamental da a la corriente, en Alemania, SCHREIBER. Y en Francia representará a esta escuela en la actualidad ESCARRA.

Se ha dicho que fué PISKO quien ya destacó la importancia fundamental de la empresa para el Derecho mercantil en el «Handbuch» de EHRENBERG (1)

(18) Vid. contrastando WURDINGER, I, y GESSLER, I.

(1) MOLITOR, *Il diritto commerciale e l'organizzazione economica tedesca*, en R. D. C., 1941, pág. 451.

y que a este autor siguió WIELAND. No obstante la parte de concepto del Derecho mercantil de este «Manual» está hecha por EHRENBERG y lo que escribe PISKO es la parte de la empresa en sentido objetivo; por otra parte, en su «Lehrbuch» (2) no se propone un planteamiento del concepto en que la empresa sea pieza fundamental para la determinación de aquél; no sería, pues, correcto equiparar el esfuerzo de WIELAND en la materia que nos ocupa con el de ningún otro escritor; podrá haberse valido de las sugerencias de PISKO (3), pero tanto el rigor en la proposición del problema desde el punto de vista metodológico, como el detenido análisis piden que no se oscurezca o difumine la atribución a aquel autor.

Por su parte MOSSA parece atribuir notable importancia a la aportación de WIELAND, pues al hacer la recensión del T. I. de su «Handelsrecht» (1921) (4) ya destaca la utilización de los materiales europeos sin exclusivismo, le asegura una gran influencia sobre la doctrina mercantilista y hace notar expresamente su concepción del Derecho mercantil como derecho de la empresa. Asimismo parece haber influido en MOSSA la discusión del Derecho proyectado austriaco haciendo uso de las ideas de PISKO, igualmente inspiradas en la posición central del concepto de empresa (5). Sea cualquiera el grado de la inspiración en los antecedentes indicados lo importante es que la aportación de MOSSA adquiere notable relevancia por realizarse simultáneamente con el proceso de reforma del Derecho italiano que lleva al «Codice Civile» de 1942. En contraposición con sus ideas hay que situar las profesadas por ROTONDI—en el sentido de la unificación—y por ASQUINI—en sentido tradicional—; la controversia se formula alrededor del Proyecto de D'AMELIO (1925); el último termina por publicar su adhesión al punto de vista de MOSSA (6). Conviene ahora ya dejar indicado que en la doctrina italiana la doctrina formulada por MOSSA al principio «sorprendió» más que convenció, y pocos sospecharon que tendría consigo el porvenir como en realidad lo tenía (7).

En Alemania tuvo repercusión importantísima—quizá por la ocasión en que la doctrina fué expuesta—la aportación de SCHREIBER (8). Desde entonces esta concepción puede darse por generalizada aunque se discutan detalles (9); en efecto, si se examinan los obras resuntivas más recientes se confirma la incorporación a la doctrina germánica de esta aportación doctrinal o por lo menos influye notablemente de hecho (10).

En Francia esta tendencia carece de tradición en la doctrina mercantilista;

(2) Viena, 1923, págs. 3 y ss.

(3) E incluso de las del propio EHRENBERG, en pág. 12 del t. II indicado.

(4) En R. D. C., págs. 283 y ss. del t. I, de 1921.

(5) Vid. en R. D. C., 1921, págs. 316 y ss., en particular pág. 322.

(6) Los trabajos importantes para la controversia son: de MOSSA (que ya había publicado *I problemi fondamentali del Diritto commerciale*, en R. D. C., 1926, I, pág. 233 y ss.), *Saggio critico sul progetto del nuovo Codice di commercio* (en *Anuario di Diritto comparato*, 1927); de ROTONDI, *L'autonomia del Codice di commercio nei lavori della commissione reale per la riforma dei Codici* (en *Studi dedicati alla memoria di Zanuzchi*, 1927); ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di Diritto privato* (R. D. C., 1927, págs. 507 y ss.); MOSSA, *Per il nuovo Codice di commercio* (R. D. C., 1928, páginas 16 y ss.). MOSSA continúa exponiendo sus ideas en diversas publicaciones que a la vista de su *Traitato* (I, 1942) se puede omitir, y la «conversión» de ASQUINI se produce en su *Una svolta storica del Diritto commerciale* (R. D. C., 1940, I, págs. 509 y ss., también publicado en *Zeitschrift der A. K. für D. Recht*, bajo el título *Das H. R. an einer historischen Wende*, mayo 1941).

(7) CASANOVA, *Dal diritto degli atti commerciale al diritto delle imprese commerciali*, en N. R. D. C., I-4, 1948, págs. 6 y s.

(8) Según LEHMANN, ob. cit., pág. 44; se trató de una comunicación en Congreso de juristas.

(9) MOLITOR, cit.

(10) Vid. GIESSEKE, en *Handwörterbuch der Socialwissenschaften*, en publicación, y LEHMANN, cit., págs. 7 y 8, voz «Handelsrecht».

puede afirmarse que no se trata de que se la repudie, sino de que no se ha tratado de ella en la bibliografía hasta Escarra (11), que manifestó su adhesión que no por ser aislada debe entenderse sin autoridad.

11. El CONTENIDO de esta doctrina no siempre se ha propuesto con exactitud, a veces por tomarla de segunda mano; conviene partir, al exponerla, de la fuente original, del propio WIELAND, precisando los perfiles que a su aportación fueron trazados por él mismo. Vale la pena evitar adherencias no siempre coherentes e interpretar el alcance con que se formuló (12).

A. Hay que insistir en lo referente al *alcance metodológico del planteamiento*. WIELAND distingue entre el problema del concepto que llama «formal» del Derecho mercantil, que sería, simplemente, de interpretación de las normas de Derecho positivo en vigor en un momento y en un ordenamiento dados, que acotarán la esfera de vigencia de aquel Derecho y la investigación del concepto «esencial», que daría un núcleo fundamental que permanecería constante, a pesar de los cambios de Derecho positivo en lo referente a límites.

En estos términos—dice—lo que interesa es la materia de la realidad que viene conformada por el Derecho mercantil y que, a su vez, por sus exigencias, ha determinado la impronta del Derecho mercantil y de sus instituciones. Es, pues, la búsqueda de un concepto por razón del *objeto*. No cabe duda —añade—que aquella materia es de naturaleza económica y que, por tanto, la ciencia jurídica por sí sola es incapaz de comprenderla; ha de valerse de la Economía política.

No debe esperarse que la *unidad* del concepto que se busca consista en una causa unitaria exclusiva externa, genérica y explicativa, en esta forma, por sí sola, de todos los preceptos que se aglutinan en el seno del conjunto de las instituciones mercantiles, en ese error de planteamiento estribaría la insuficiencia del recurso a la intención especulativa o a la explotación de negocios jurídicos en masa; la unidad que se persigue es conceptual, es decir, forma unitaria de aglutinar una pluralidad de caracteres o de exigencias y fuerzas.

De los presupuestos anteriores se deduce que el concepto *no es apriorístico* y, por tanto, ha de buscarse examinando la formación histórica y la base económica del contenido del Derecho mercantil.

También conviene recoger, incluso, el ejemplo del que se vale como aclaración de sus propósitos: la letra de cambio habrá podido generalizarse—dice—, pero ello no quiere decir que su explicación íntima no está en el servicio al crédito comercial productivo que la liga necesariamente al sector de la vida económica al que el Derecho mercantil sirve; detenerse en la nota formal de la «especialidad», equivaldría a realizar cortes injustificados en la base económica cuyas exigencias vienen servidas por nuestro Derecho (13).

(11) *Manuel*, cit.

(12) Para todo el resumen que sigue, salvo alguna indicación que conviene puntualizar, valga la referencia genérica a págs. 3 a 150 del t. I, de su *Handelsrecht* (reimpresión de 1931 de la primera ed. de 1921).

(13) Ver para toda esta parte págs. 8 y 9.

B. El plan reguido por WIELAND—exposición histórica y de sistemas de Derecho comparado en la delimitación de la materia mercantil—exige que se considere especialmente *su interpretación crítica de la evolución histórica y del Derecho comparado.*

Por supuesto que sólo se recoge lo que ayuda a la comprensión de su pensamiento; quedan excluidas las partes expositivas de los materiales que somete a juicio y que es notablemente amplia por venir examinada por él en todos los casos y previamente desde el punto de vista interpretativo como derecho vigente.

1. Se vale de las ideas sistemáticas de los historiadores de la economía para marcar el proceso, que en otro lugar quedó expuesto, hacia la contextura económica vigente (progresivo desenvolvimiento de la industria, grandes inventos, economía del mercado...), para destacar que la separación entre industria y comercio es manifiesta y concluir que la explicación de que los «industriales» sean «comerciantes» estriba en la nota que les es común, «la forma de explotación capitalista, el combinar capital y trabajo con el consiguiente riesgo de pérdida y ganancia. En cuanto el Derecho mercantil ha recogido en su seno el conjunto de las formas de grandes explotaciones, ha dado por sí mismo un cambio, se ha convertido de un Derecho del comercio, en un Derecho de la empresa» (14).

2. Sus *observaciones* sobre los sistemas de Derecho positivo son igualmente de notable interés:

Destaca del Derecho francés del «Còde» dos notas: una de ellas la referente a la escasa medida en que el Derecho mercantil, en cuanto Derecho privado, es «especial», en el sentido de desviación del Derecho civil; la otra, muy interesante, consiste en la deformación de los problemas del Derecho material por su planteamiento desde un ángulo procesal (ello influye en la consideración de los actos de comercio como tales, en el tratamiento de los unilateralmente mercantiles, en la indiferenciación entre grande y pequeño comerciante...). Es nota constante, que no merece ser de nuevo atendida ahora y en lo sucesivo, la de que el Derecho mercantil ya no es del comercio en sentido económico.

La «materialización» y «privatización» del Derecho mercantil en el Código alemán del 61 es sacada a la luz. Pero igualmente destaca la existencia de instituciones que no son «paralelas» de las del Derecho civil junto a otras reguladas por «especialización» de normas. Añade, por último, la observación relevante de la existencia de Derecho mercantil fuera del Código, bien por quedar la materia abandonada a la legislación de los Estados o bien por contenerse en leyes especiales.

• El Código alemán del 97, al desprenderse de los materiales que pasan al Código civil, acentúa la especialidad del Derecho mercantil y, simultáneamente, se ciñe al cambio de la estructura económica al extender, por otro lado, el concepto de comerciante que con las normas referentes a los que lo son por otras razones que no sean las del objeto de su actividad y someter a distinto ré-

gimen al pequeño y al gran comerciante, abarca el sector económico de las grandes empresas.

Indica las influencias circunstanciales que decidieron la manera de sistematizar el Derecho suizo en sus cuerpos legales, pone de manifiesto cómo en materia de contratos, a pesar de la generalización de normas de rigor traídas del campo comercial—lo que originó censuras—, es lo cierto que, una serie de ellos, son contratos de empresa, estén donde estén, y hasta elogia el que se haya prescindido de una técnica procesal de calificación preliminar como mercantil. Llama la atención, por último, sobre el tratamiento de las empresas en ese ordenamiento

C) *Las técnicas de delimitación positiva de la materia mercantil desde un punto de vista general* le brinda de nuevo ocasión para exponer ideas de notable interés para fijar el alcance de su doctrina.

El alcance técnico de los sistemas «subjetivo» y «objetivo» es trascendente en cuanto con el segundo se hace caer en el Derecho mercantil un tráfico especulativo no llevado a cabo conforme al plan de explotaciones industriales, que es el reflejo actual del curso de la evolución histórica que partió de los comerciantes como profesionales y que es precisamente el que ha inspirado la impronta del Derecho mercantil actual, en cuanto que en sus instituciones se recoge su propia tradición. De aquí que sólo el sistema subjetivo como punto de partida o el sistema mixto sean los únicos aceptables en la actualidad.

En «materia mercantil» comprende figuras jurídicas de las distintas «partes» del Derecho privado: derecho de cosas, Derecho de obligaciones... Una misma relación jurídica puede ser «materia mercantil» desde distintos puntos de vista; v. g., una sociedad colectiva en cuanto negocio jurídico y en cuanto comerciante.

La «especialidad» frente al Derecho civil no puede buscarse en la existencia de un Cuerpo legal que recoja el Derecho mercantil, para no llegar a consecuencias absurdas, de tal manera, que las mismas instituciones en distintos ordenamientos serían Derecho especial o no, según el lugar en que vinieran reguladas; hay que atender para la especialidad al hecho de que las normas o instituciones encuentren su explicación en las particulares exigencias de un sector de la vida social, siendo indiferente que estén en una Ley especial, en un Código o en el seno de un Código general.

Las particularidades puramente «técnicas» con que aparezcan enlazadas determinadas instituciones no debe llevar a conclusiones erróneas; que la letra de cambio se generalice o que lo referente a seguros y contratos de edición esté en leyes especiales y sin determinación preliminar de su esfera de vigencia utilizando la técnica subjetiva u objetiva, que la materia de marcas, patentes, competencia desleal no se aplique bajo el presupuesto técnico de la referencia a una empresa, etc., no debe oscurecer su sentido fundamental de creaciones del tráfico comercial; en el propio Derecho positivo se pone de manifiesto esta referencia cuando se contempla el concepto de materia mercantil para fines procesales que vuelve a reconstruir la unidad del sector del tráfico (15).

(15) Aquí tiene en cuenta el D. alemán que fué expuesto.

D) *Las notas objetivas en la motivación del concepto positivo de comerciante* constituyen eslabón muy notable para el tránsito al concepto de empresa.

El concepto jurídico de comerciante no implica una cualidad personal profesional; la explotación puede llevarse por otras personas que no sean el titular de la empresa y, sin embargo, será éste el comerciante si se hace en su nombre; es, pues, la empresa la que decide sobre aquella condición. Se es comerciante sólo para la esfera de la actividad referente a su negocio; de aquí que el contenido de su «status» venga determinado por su empresa (v. g., la contabilidad se refiere a ella). También es decisiva la noción de empresa para explicar que una misma persona pueda ser comerciante pleno con referencia a una determinada empresa y pequeño comerciante respecto a otra (naturalmente presupone en esta consideración el Derecho alemán). La condición de comerciante es divisible entre varias personas (v. g., supuesto de sociedad, pasando por alto ahora la técnica unitaria de la personalidad). Esta objetivación—concluye—es clara en el Derecho mercantil—no siendo de interés por poderse dar que responda a necesidades distintas—el tema de si igualmente se extiende a la consideración que los comerciantes merezcan en otras ramas jurídicas.

E) Se sirve, como Introducción inmediata a la exposición de su doctrina, de la *crítica de las formuladas por otros autores*.

1. Considera en primer lugar la doctrina—BEHREND, EHRENBURG, COSACK—según la cual el Derecho mercantil, aunque hoy se aplique más allá del comercio en sentido económico, trae de éste su causación; el Derecho mercantil no sería sino aquel cuya técnica viniera a servir a las necesidades de puntualidad y adaptabilidad (de aquí la importancia de los usos) que el comercio históricamente exigió. Pero desde el punto de vista metodológico le objeta que este planteamiento equivaldría al intento de definir a plantas o animales nuevos con vagas referencias a sus formas o colores. Por otra parte, en la medida en que el Derecho civil satisficiera a aquellas exigencias el Derecho mercantil perdería su razón de existir, y, en efecto, esta misma conclusión se propugna por los defensores de aquella doctrina.

2. Otra tesis—de LASTIG—entiende que la esfera de vigencia del Derecho mercantil viene determinada por el progresivo desenvolvimiento en la estructura económica de actividades industriales que inicialmente se entroncan al comercio, como se observa recorriendo a la inversa la cadena de la especialización y adaptación de la evolución de la economía (transportes, seguros, etc., serían muestras explicativas de esa idea). Se objeta a este punto de vista la dificultad de probar ese enlace en todos los casos de no perderse en la relación última que mueve como un todo el proceso de la historia y el contestar al «*qué*» con un «*cómo*».

3. Base histórica tiene también la doctrina de la intermediación, representada por GOLDSCHMIDT, y, según la cual, partiendo de la intermediación en bie-

nes se produce un proceso evolutivo que lleva a la intermediación en la utilidad material y servicios, en la actualidad. Pero la realidad es que sólo mediante una transposición del sentido de la palabra intermediación puede explicarse, con ella, el desbordamiento del comercio, en sentido tradicional, por la esfera económica a la que hoy se refiere el Derecho mercantil.

4. Se acepta de HECK que el planteamiento no puede ser puramente histórico y que hay que contar con la teoría económica, así como la necesidad de eludir la significación puramente terminológica de la palabra comercio. Pero a su doctrina de que lo característico del Derecho mercantil es ser el Derecho del tráfico en masa de negocios jurídicos, se le objeta el haberse defendido, como la que trata de las características del Derecho mercantil, en una nota externa. Por ello, observa que no todo el tráfico en masa y tipificado es mercantil ni a la inversa.

Conviene, no obstante la objeción, acentuar que en este punto aquélla oscurece el hecho de que la doctrina de Heck está más cerca de la de la empresa de lo que pudiera parecer a primera vista; la nota de racionalidad en la manera de proceder el empresario viene referida al encadenamiento de operaciones, explotación en masa, en el seno de la empresa; no se refiere a actos desconectados de una empresa (16). Desenvuelve su pensamiento con referencia directa a las explotaciones mercantiles, concretando, cuando afirma: «Son sólo decisivos el número y la importancia de los negocios jurídicos». Y ello explica la peculiaridad del Derecho mercantil y delimita su esfera de vigencia (17).

F) La *significación y el concepto de la empresa* es el núcleo de su exposición. Importa encabezar este apartado con la advertencia de que su esfuerzo por precisar aquellos puntos, y sólo ellos, sin descender al desenvolvimiento de sus consecuencias en el Derecho de cosas y en el Derecho de Obligaciones, se explica porque, como se deduce de lo expuesto hasta aquí, al venir este autor contando predominantemente con la situación legislativa del tronco germánico de Derecho mercantil, y, en consecuencia, con el sistema subjetivo como técnica de delimitación sólo necesita precisar el concepto de empresa, pues de ello ya se deriva que el Derecho mercantil sería el de las empresas y su tráfico.

1. *El alcance que se atribuye a la relación entre Derecho mercantil y Economía*, es fundamental para la recta comprensión de esta doctrina. Hay que convenir en la evidencia de que Derecho mercantil no es Derecho del «comercio», según el sentido corriente de esta palabra; si no se logra explicar el nexo que liga entre sí a las materias que componen el Derecho mercantil y que

(16) Confróntese t. XCII (1902) del *Archiv für die Civilistische Praxis*, donde publica el trabajo en que construye su teoría, bajo el título *Weshal besteht ein von dem bürgerlichen recht gesondertes Handelsprivatrecht*. Dice: «Das Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebe das wir suchen ist eben das handelsrecht das wir haben» (pág. 456).

(17) Página 457 de la ob. cit. En el mismo sentido que HECK, se expresa su discípulo LOCHER («Handels-Wechsel-und Seerechte», en la colección de STAMMLER: *Das Gesamte deutsche Recht*, pág. 1185), que pone el eje del Derecho mercantil en la conclusión de negocios jurídicos típicos en masa. En forma gráfica dice: «Donde tienen su lugar rutinas y organización comercial allí está el dominio del Derecho mercantil.»

no se comprenden bajo aquel concepto, habría de admitirse que el Derecho mercantil está constituido por un conjunto de materias dispares (18). Pero, antes de llegar a esta conclusión, hay que tener en cuenta que los intentos de precisión del objeto del Derecho mercantil han pecado por el defecto de venir orientados con el prejuicio de lo que en el Derecho positivo se contiene; por otra parte, la explicación causal que se propone el tema preguntándose «¿Por qué?» quiere satisfacer la unidad del concepto mediante el descubrimiento de una causa que debiera también satisfacer a la condición de ser única. En realidad lo que hay que preguntarse no es «¿por qué?», sino «¿qué?»; cuál sea el objeto que explica la historia y el contenido del Derecho mercantil actual.

Elogiando el esfuerzo de HECK, se indica cómo este autor, a pesar de haber derivado hacia la investigación causal en la manera antes indicada, se percató en un lugar no fundamental de su trabajo de que la verdadera cuestión es la propuesta.

La pertenencia a la vida económica del objeto del Derecho mercantil, de los supuestos de hecho («Tatbestände») que regula, es de suyo evidente; ahí está el sector que con los conceptos jurídicos de «comerciante» y de «negocios mercantiles» se aísla para regularle; pero la naturaleza económica de ese sector exige, para que sea comprendida, el instrumento de los conceptos de la teoría económica. Y, en ésta, hay un concepto inicialmente confuso y equivoco que va adquiriendo cada vez más firme configuración y del que hay que esperar que coincida en su esfera de hecho con el dominio del «comercio» en sentido amplio. Es el concepto de «empresa» (19).

En la teoría económica la doctrina se apoya expresamente en las aportaciones de SCHAFFLE y LJEFMANN (20). Este último demuestra cómo la empresa es heredera legítima del comercio en sentido amplio, porque deriva del tráfico de mercancías y de dinero (es el tema de la evolución económica en la línea de los antecedentes del llamado capitalismo); en esta manera se hace también legítima la denominación de nuestra rama jurídica. La explicación del núcleo del Derecho mercantil mediante su conexión a su objeto y a las exigencias de éste, impide que se haya de dar importancia al hecho de que externamente o por razones circunstanciales ésta o la otra institución esté en un lugar u otro: interesa sólo el fenómeno general típico que sirve a la comprensión de la esencia del Derecho mercantil.

2. El concepto de empresa es el siguiente: «el empleo de los factores económicos para la obtención de una ganancia incierta».

En la traducción de esta definición (21) he utilizado palabras distintas de las que son empleadas frecuentemente en los escritos jurídicos, y ello se explica en la necesidad de salvar la conexión de los términos de WIELAND, con el significado de los mismos en la Economía, que es la idea constante del autor. Inmediatamente se aclaran con más detalle.

(18) Es la idea de NUSSBAUM que tanto preocupó, en *Die Auflosung des Handelsrechtsbegriffs*, en Z. H. R., 1914, págs. 331 y ss.

(19) Página 114.

(20) Páginas 114 y ss.

(21) De pág. 146.

a) Cuando habla de emplear capital y trabajo quiere significar arriesgarlo; se hace equivalentes por el autor «Einsatz» y «Wagnis». Dedicó unas páginas a centrar, según las fuentes que maneja, lo que se llama «renta del empresario» en la teoría económica actual; es decir, frente a la renta del capital y al salario que son previsibles en términos de precios, en el caso del empresario (aunque sea al mismo tiempo capitalista y trabajador y por ello se asigne una parte de los beneficios medidos por los precios de mercado) existe la posibilidad del acierto o el fracaso en la combinación de factores realizados en su empresa, que se paga o con la quiebra o con beneficios ilimitados. Hace falta también dejar sentado que al hablar de «wirtschaftlicher Kräfte» quiere indicar los llamados «factores de la producción» en Economía.

b) Lo que se suele traducir por «ganancia ilimitada» las palabras «ungemessenen Vermögensvermehrung») y entenderse en el sentido de procurarse un muy grande beneficio, quiere significar la «incertidumbre» de la misma en cuanto se tiende a obtener sobre la base de las previsiones sobre la situación del mercado.

c) La conexión con el significado de la contabilidad se hace recurriendo a la racionalización de la actividad económica en el seno de las empresas; es decir, se expone la parte de medida que la actividad empresarial implica al comparar los costes de factores de la producción y el beneficio derivado de la utilidad social conseguida de su aplicación al fin y en la forma que se ha propuesto en la empresa; es decir, se trata de la significación que en el funcionamiento de nuestro sistema económico tienen los precios. De aquí también la despersonalización de la empresa al independizarse como patrimonio determinado por su función económica.

d) «Empresa» («Unternehmung») y «negocio» («Unternehmen») deben entenderse cosas distintas; aquella se refiere al momento activo, es decir, a la explotación industrial por el empresario; ésta, al conjunto de los «bienes» empleados en aquella actividad (22).

No se insiste en esta diferenciación porque suele ser materia muy destacada en la doctrina; únicamente aclarar que en la elección de términos—cuestión difícil—(23) me ha parecido adecuado utilizar el de «negocio», usual en nuestro tráfico y significativo para destacar los elementos inmateriales.

e) La *trascendencia* que al concepto se asigna es la de servir a la comprensión de la unidad interna existente en las aparentemente dispares instituciones jurídico-mercantiles. Hasta dónde deba llevarse el concepto depende de la investigación concreta de la realidad jurídica y económica.

Respecto de la *agricultura*, se recogen en parte las consideraciones de la teoría económica que separa las condiciones en que se desenvuelve este sector, a lo cual en otro sitio se hizo referencia (24). Para las profesiones científicas y artísticas propone la distinción entre los supuestos en que sea explotado el contenido de la profesión misma y aquellos otros en que sea la preparación profesional en calidad de trabajo uno de los factores combinados en una empresa, según los términos indicados antes.

(22) Vid. pág. 230.

(23) Vid. POLO, sobre esta dificultad, en su trad. de COSACK, trat. I, pág. 227.

(24) En cuadro de la evolución histórica.

III. Hace falta en un breve *comentario* puntualizar la RELACIÓN ENTRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA Y LA CIENCIA ECONÓMICA ACTUAL.

El enmarque del tema en la sistemática de la Ciencia económica nos ayudará a la valoración de su relevancia.

Está claro que WIELAND utilizó una aportación de la doctrina económica y, por tanto, su punto de vista está condicionado por la significación actual de aquélla.

A) Primeramente hay que tener en cuenta la existencia de un problema de relación entre la teoría económica y la realidad que estudia. De aquí, la significación de los llamados *sistemas económicos*; puede pensarse que sistema económico hubiera de equipararse a conjunto de instituciones políticas y jurídicas correspondientes a la comunidad o comunidades a las que extiende su análisis la teoría económica; de aceptarse esta acepción, el sistema económico podría ser considerado como un «dato» extraeconómico a tener en cuenta por la Teoría económica, pero sin formar parte de ella. Ese punto de vista sería el de aquellos teóricos de la economía que se mantuvieran en un terreno metodológico que eludiera toda clase de contactos con la tendencia llamada de los «institucionalistas». Pero la discrepancia metodológica a lo único que alcanza es a estimar que el dato es dato, o el dato es parte de la Economía; a nuestros efectos—y respetando las consecuencias de otro orden de la solución que se dé al tema propuesto—lo que importa es que existe una relación que no puede despreciarse.

Puede entenderse que *sistema económico* viniera a ser el conjunto de elementos estructurales de la vida económica, que con independencia de corresponderse o no con los queridos realmente por los poderes políticos de un país, llevan realmente la parte funcional de la vida económica. En este caso la relación no ofrece dificultades demostrativas.

Con las salvedades metodológicas indicadas se distingue por los economistas distintas formas de organización económica con terminología diversa; las ideas que reflejan esa distinta terminología—para no implicar en nuestra exposición el tema de qué terminología sea la correcta—son las diferencias entre una economía «libre» y una economía totalmente «intervenida» por los poderes políticos, distinguiendo el grado y la técnica de la intervención. En la hipótesis de una economía libre, perfectamente aislada, o en relación con sectores económicos que no tuvieran esa condición, hay que considerar como pieza fundamental la *empresa*, y así se hace en todos los libros que se ocupan de la materia.

Como resultado del problema metodológico de relación entre estructura económica y Teoría económica, resulta que el lugar en que se trata a la empresa desde este punto de vista—ya veremos inmediatamente que, además, el concepto de empresa es puro concepto de la teoría económica—cambia; unas veces aparecerá en las partes generales de los libros de economía; otras como presupuesto institucional en la parte de la producción. También, y precisamente porque en este enfoque se encuentra su noción condicionada por el aspecto metodológico indicado, resulta que se mira más a una exposición descriptiva—uno de los datos del sistema económico—que a una precisión conceptual.

B) Con independencia de la cuestión de escuelas económicas hay necesidad de utilizar en la *Teoría económica* un «concepto» de empresa, que es pieza imprescindible de la teoría económica y de su sistema científico. Este concepto no es distinto del que habría que precisarse, según el punto de vista sistemático del apartado anterior; es el mismo porque su objeto es igual; lo único que ocurre—y por eso se destaca—es que su incorporación a los cuadros del pensar de la teoría económica implica el refrendo de que aquél es no sólo un dato extraeconómico.

Centrada la cuestión en esta forma, la Teoría económica actual, en el examen profundo de la dinámica económica, ha tenido necesidad de precisar el concepto y puede darse por admitido el punto de vista según el cual la característica verdaderamente diferenciadora de la noción está en la adopción de decisiones combinando los factores de la producción, lo que implica *incertidumbre* por basarse en previsiones no susceptibles de determinación absolutamente segura sobre las exigencias del mercado libre, a las que se trata de satisfacer; esta función cuasi-política de adaptación y encauzamiento de las fuerzas económicas especifica su concepto diferenciador y distingue su «beneficio» del «salario» «interés» y «rentas».

No es posible—ni por otra parte imprescindible—estudiar en detalles las relaciones entre las aportaciones de SCHAFLE y LIEFMANN, con las que suelen darse como relevantes y fundamentales en la evolución histórica de la incorporación de este concepto a la teoría económica; se dice que fue propuesto ya por CANTILLON, que la precisaron WALKER, CLARK y MARSHALL, y que su análisis detenido lo hace por fin KNIGHT (25).

C) Por último, desde el punto de vista de la *Historia* de la economía, se hace preciso igualmente hacer unas observaciones. Existe un problema metodológico de relación entre la Historia de la Economía y la Teoría, que versa acerca de los condicionamientos históricos de esta última; ligado con él está, a su vez, otro problema de relación: el de concepto que puedan suministrarse una a otra Ciencia a los fines de la comprensión de su objeto; pero cualquiera que sea la posición que se adopte en estos temas, se conviene en la necesidad de «comprender» el curso de la evolución histórica con ciertos «conceptos» condicionados por el curso de la evolución, pero que implican cierta generalización legítima de datos que dan sentido a los procesos histórico-económicos y permiten su visión científica. Justamente en estos términos, el sistema de la Economía «libre» es resultado de una evolución, y en la medida en que la empresa se inserta en él, se nos aparece con un sentido histórico-institucional que hoy nadie duda; justamente la aparición de la figura del empresario implica la abdicación en éstos del aspecto funcional de los sistemas económicos. Ello significa que, sociológicamente, deja de ser relevante la distinción entre «comerciante» y otras especificaciones por el objeto de actividad, porque la historia misma ha demostrado que lo importante es la función económica empresarial, que si bien encontró su antecedente en la forma de actuar de los

(25) En su libro *Risk, Uncertainty and Profit*, aparecido primeramente en 1921. Vid. para detalles *Entrepreneur*, a cargo de DOSS, en *Enciclopedia de SELLIGMANN*.

comerciantes, hoy esa forma determinada por la función se ha extendido a todos los empresarios del sector «libre» de las economías.

D) *Reunendo* las distintas vertientes de consideración de los apartados precedentes alrededor del concepto teórico, resulta claro el siguiente texto: «la justificación del empresario que ha estado implícita en la mayor parte de las modernas teorías (precisamente contra la condena marxista de su beneficio) ha consistido en postular respecto de él ciertas funciones que no son meramente funciones condicionadas institucional o históricamente, sino que tienen significación absoluta en el sentido de que son necesarias en cualquier orden económico...; permanece la función de asumir la incertidumbre de adoptar las decisiones que la implican... en un sistema socialista esta incertidumbre puede ser soportada por la comunidad..., lo que queda es la cuestión administrativa de si las decisiones serán más o menos sabias bajo uno u otro sistema» (26).

Deliberadamente se ha perseguido—en toda esta parte de relación con la parte económica—mantenerse en un terreno de rigor de planteamiento; para que se evite mezclar a los enfoques científicos los políticos e ideológicos de índole polémica. Se ha procurado, incluso en la terminología: se ha huido, por ello, del empleo de la palabra «capitalismo», que como se sabe es una expresión que pudiera llamarse de «guerra» y utilizada en las luchas sociales fundamentalmente por marxistas; hoy se acepta con grandes salvedades por los economistas y siempre con las aclaraciones necesarias sobre su origen y alcance y queriendo significar «economía libre».

Se ha excluido el desarrollo desde el punto de vista económico de los temas propuestos; se trata sólo de ver un problema de relación; ya se sabe que Derecho y Economía no se proponen los mismos fines y que, por tanto, a los efectos de esa relación lo único que importa es tener bien presentes las zonas de contacto y sus contornos.

Por último, no creemos preciso dar una orientación bibliográfica detallada, ni las cuestiones propuestas en el aspecto que nos interesan y en la manera en que han quedado aisladas o condicionadas presentan facetas polémicas, ni son nuevas o desconocidas; son corrientes y sólo interesaba aquí el recuerdo, porque a veces pasan desapercibidas las relaciones vistas desde el seno de una especialidad. Con todo, pueden verse los libros generales; v. gr.: los de VALENTÍN ANDRÉS (27), CASTAÑEDA (28), y para orientaciones metodológicas, monográficamente, los artículos que bajo firmas de especialistas se contienen en la Enciclopedia de SELIGMANN (29) y los libros de NOGARO (30) y EUCKEN (31). En la materia de relaciones con sistemas económicos los libros de BLODGETT (32), LOUCKS y HOOT (33). Importantes también son los libros que explican la relación entre el sistema económico y la vida social y política de los pueblos, lo que ha preocupado grandemente en la actualidad; podría darse mucha bibliografía, pero puede orientar sobre ella RÖPKE con la información que suministra (34).

(26) DOMS, art. cit.

(27) *Apuntes de teoría económica* (s. d., en curso de publicación), principalmente páginas 117 y ss.

(28) *Lecciones de teoría económica* (s. d., en publicación), págs. de Intr., hasta 65.

(29) Vid. *Voz Económica*.

(30) *Le méthode de l'Economie politique*, 1939.

(31) Citado.

(32) *Comparative economic systems*, 1949.

(33) *Comparative economic systems* (3.ª ed., 1948).

(34) *Explication économique du Monde moderne* (trad. francesa, 1961).

Con los materiales indicados y la síntesis de las relaciones expuestas, creemos que hay suficiente para hacerse cargo de hasta qué punto el Derecho mercantil quedaría desligado de la realidad económica si se mantuviera en la imagen histórica que representan los viejos Códigos que no comprendieron las transformaciones contemporáneas de su aparición.

IV. No puede afirmarse que las *proyecciones legislativas de la doctrina de la Empresa* hayan resuelto con fortuna los problemas que de la misma se derivan.

Hay que prestar atención al «Codice civile» italiano que está en vigor; desgraciadamente no maduró suficientemente el Proyecto de «Volksgesetzbuch», alemán, como para tomarle sin cautelas con fines de ejemplaridad; no obstante, se hace imprescindible una referencia al mismo. Aunque se mencionen otros datos legislativos, realmente sólo esos dos esfuerzos merecen destacarse tomando en cuenta la ambición de sus planes.

A) El «Codice Civile» italiano ha originado una frondosa producción doctrinal que se ha propuesto, de una parte, la revisión del tema de «Concepto» del Derecho mercantil ante los nuevos datos legislativos, y de otra, la puntualización del concepto de empresa igualmente sobre la base de los nuevos textos. Conviene, antes de proponerse valorar esas aportaciones, hacer una exposición, circunstanciada, de los elementos jurídico-positivos sobre los que se construyen.

1. El tránsito del Proyecto de Código de Comercio al Código civil tiene notable interés.

a) El Proyecto de Código de comercio (de 1940 y redactado por Comisión presidida por ASQUINI) quiso recoger con todo rigor—por lo menos en el orden sistemático—la doctrina de la empresa: hacer del Derecho mercantil un Derecho de las empresas mercantiles.

La determinación de la materia mercantil se hacía en la siguiente forma: se estimaba mercantil toda actividad «organizada en empresa» que tuviera por objeto las clase de tráfico del artículo 1.º (que pasará al «Codice civile»); se extendía la comercialidad a la pequeña empresa y al ejercicio profesional de la mediación, a las relaciones jurídicas relativas a la organización de una empresa mercantil, a la transferencia de participaciones o acciones, a la circulación de los títulos-valores, a los contratos bursátiles y a las relaciones jurídicas correspondientes a las navegaciones marítima y aérea; se establecía la presunción de comercialidad respecto de todas las relaciones patrimoniales de comerciantes con exclusión de las familiares y sucesorias por causa de muerte. El contenido del Proyecto era: comerciante (individual y colectivo), negocio del comerciante, contratos de empresa, títulos-valores y parte concursal (35).

b) Pero la parte de las Obligaciones presentaba una notable particularidad que tenía necesariamente que producir impresión en los autores italianos que habían dado tan notable valor a la «especialidad» referida a las figuras tratadas por «partida doble»; el Proyecto de Libro de las Obligaciones del Código civil en la parte general aparecía «comercializado», dando acogida para

(35) Vid. FERRARA, *Gli imprenditori e le Società* (ed. de 1962), pág. 11, y LA LUMIA, *Corso di Diritto commerciale* (I, 1960), pág. 39.

aplicación general a especialidades tradicionalmente mercantiles; la parte de las Obligaciones del Proyecto de Código de comercio al contener «contratos de empresa» tipificados por sí mismo no necesitaba la fórmula de la «partida doble» de tratamiento y ahora aparecían «generalizados».

c) Por otra parte, en materia de «concepto de empresa», el Proyecto se había mantenido dentro de la noción de «empresa mercantil»; es decir, la significación político-administrativa y la jurídico-social no habían sido contempladas. Tampoco en la parte proyectada del Código civil se prestaba atención a estos aspectos.

d) El tránsito de los materiales legislativos que estaban en la situación descrita al «Codice civile» afectan a ambos extremos y se tiñen, además, de determinadas influencias ideológicas.

) En el terreno ideológico parece que fué decisivo para la unificación la relevancia dada al Trabajo y a la organización corporativa de la nación (FERRARA) (36).

Los desarrollos de esa idea a veces conducen a desenvolvimientos alejados del núcleo central. Hay que tener cierto cuidado en la materia por la facilidad con que, dada su índole, se producen influencias del clima social del momento. Se ha dicho que: «La unidad orgánica deriva de la unidad de los criterios directivos, morales, políticos y sociales que son los de la doctrina fascista contenidos en las declaraciones de la Carta del Lavoro» (37), y fijando la atención en la parte que se refiere a la economía principalmente, que este Derecho de la economía *latu sensu* como disciplina unitaria de la economía organizada sobre bases corporativas, se muestra así como un aspecto del ordenamiento unitario de la nación, tal como aparece proclamado en el párrafo primero de la Carta del Lavoro, sin que pretenda sustituir a las particulares ramas del Derecho—civil, mercantil, del trabajo, económico, *strictu sensu*, etcétera—, sino que las encuadra a todas ellas al servicio de aquella unidad moral política y económica que se realiza integralmente en el Estado fascista (POLO) (38).

) Se dice que, con independencia de esas razones políticas, lo decisivo para la unificación era que en materia de obligaciones estaba claro que, aunque en dos cuerpos legislativos distintos, al desaparecer la «especialidad» expresada en normas desviatorias para iguales supuestos dogmáticos, se había producido ya la unificación y, por tanto, el sistema externo resultaba contradictorio (39).

(36) Obra cit., pág. 13, en nota.

(37) MAZZONI, *Los principios de la Carta del Lavoro en la nueva codificación italiana*, en «Revista de Estudios Políticos», abril 1942, págs. 227 y s.

(38) Véase el folleto publicado en el número de «Arriba» correspondiente al 29 de abril de 1942, bajo el título *Código de la Economía organizada*, IV, con el seudónimo de JUAN HURTADO. Vid. detalladamente lo que se quiere decir con la penetración ideológica en el Código en SOLMI: *L'idea fascista nel nuovo Codice civile*, Roma, 1940, en que se hace referencia a la significación del interés colectivo, fin de hacer posible a todos el servirse de las «reglas de Derecho, la triple dirección manifestada en materia mercantil, señalando ya cómo dominaba la idea de hacer del Derecho mercantil un Derecho de las empresas en estrecho contacto con el Derecho de la economía. También PUTZOLU, *Il libro del Lavoro del nuovo Codice civile*, en «Stato e Diritti», enero-febrero 1941. En las págs. 6 y 7 se contienen las ideas de más interés para nosotros. En realidad, la doctrina italiana se preocupó siempre del problema, y por eso basta la referencia a estos autores que laboran sobre los textos ya consignados.

(39) FERRARA, obra cit., lug. cit.

Sea lo que quiera de la verdad de esta motivación en las circunstancias del momento de la codificación, es en todo caso interesante constatar que técnicamente la razón es exacta, aunque la valoración de su alcance pueda ser objeto de interpretaciones discrepantes.

”) Pero en materia de «empresa», la empresa mercantil-única, atendida por el Proyecto de Código, viene ahora englobada en una noción más amplia, que recoge elaboraciones producidas en sectores distintos del jurídico-mercantil. Se recibe del Derecho social una noción de «empresario» fundamentalmente elaborada sobre la base de la significación del concepto para el material legislativo del Derecho social, en el que destaca como elemento definidor el ser aquel «dador de trabajo» (40); por otra parte, procedente de esta misma rama jurídica vendrá la tendencia dogmática hacia la «institucionalización» de la empresa, elevando el interés común unificador de los que desde distinto orden colaboran en el seno de la misma en las tareas productoras. Junto a esta corriente, hay que situar la proveniente del intervencionismo económico que considera a las empresas desde la unidad de la vida económica, sin contemplar la función del concepto respecto de determinados sectores de normas. De todo ello resulta una mezcla en el Libro del Trabajo del Código civil, que origina dificultades de sistematización de conceptos (41).

2. El sistema del *Codice civile* y la doctrina que le interpreta nos presentan así los siguientes trazos de interés para nuestras finalidades:

a) El tema de la *autonomía del Derecho mercantil como Ciencia* jurídica se ha planteado por la doctrina italiana—si se acierta en las líneas que siguen a percibirse de lo que es importante entre literatura muy abundante y, a veces, circunstancial y polémica—como un problema en íntima conexión con la estructura sistemática del cuerpo legislativo que constituye el «Código».

Los elementos jurídico-positivos que constituyen la causa de las discrepancias doctrinales, son los siguientes: 1.º Que el Código sea único con una unidad que se corresponde a un sistema efectivo y orgánico. 2.º Que el sistema de jerarquía de fuentes se organice de una vez para todos sus libros; 3.º Que la técnica de acotamiento de los supuestos de aplicación de sus normas no sea el de contraposición de instituciones paralelas con tratamiento discrepante.

A su vez, en el terreno doctrinal, en relación o en contraste más o menos manifiestos con los anteriores datos legislativos, se ha hecho corriente el planteamiento de tres aspectos de la autonomía: «jurídica», «científica» y «didáctica». Incluso quienes se oponen a esta diferenciación de aspectos del problema parten de ella por lo generalizada que está en la doctrina.

Generalmente se acepta que la autonomía «legislativa», si no va acompañada de otra cosa que no sea el hecho formal de ser un texto independiente el receptáculo de las normas mercantiles, es irrelevante. Pero la dificultad estriba en las implicaciones de otra índole que siempre la unificación o separación de textos supone; de aquí que algún tipo de relación exista normalmente entre aquella y la que se llama «jurídica» o «sustancial»; para caracterizarla hay

(40) Conservo una traducción literal, porque la estimo necesaria para la precisión de ideas.

(41) Vid. FERRARA, cit., págs. 21 y ss.

que centrar la exposición en lo que pudiéramos llamar posición de las normas referentes a la materia que se considera en el sistema de un ordenamiento positivo, que tiene su propia estructura de coordinación y supraordinación de normas. Para unos, la autonomía sustancial requeriría que el propio Derecho positivo contuviera una técnica de cierre del sector legislativo del que se postula la autonomía, en forma tal, que el recurso al Derecho positivo común representara una segunda instancia en lo referente a fuentes, de manera que entre uno y otro pudiera interponerse la analogía en la que encontrarían cabida los principios de dicho sector autónomo; además, sería preciso la excepcionalidad de disposiciones sobre institutos idénticos desde el punto de vista dogmático (42). La posición contraria sostiene que a la vista del Derecho positivo del «Codice civile» los mismos resultados se obtienen, en lo referente a las fuentes que regulan la materia mercantil, adentrándose en la naturaleza de las disposiciones, de las figuras jurídicas reguladas y operando debidamente con los recursos interpretativos sobre la base del sistema de fuentes del Código civil y los llamamientos concretos a fuentes que no son el propio texto, lo único que cambia—se dice—es la existencia o no de un artículo primero de un Código de comercio (43).

Lo que se llama autonomía «científica» vuelve a ser objeto de puntos de vista distintos. Lo más corriente es entender que aquélla requiere materiales legislativos en cantidad suficiente, homogeneidad de doctrinas y conceptos y especialidad metodológica para satisfacer a la exigencia de un buen conocimiento del objeto de la ciencia de que se trate. Estas notas suelen ser tomadas de Rocco. Pero al destacarse por los autores, bien expresa, bien implícitamente, la relatividad de los dos primeros requisitos resulta la aparición de direcciones muy diversas en el tratamiento de este aspecto de la autonomía: unos siguen partiendo de aquellas notas de Rocco y se valen de ellas para resolver, tanto el tema de la autonomía llamada «científica» como el de la «jurídica» o «sustancial», y así, descartando toda significación al régimen formal de jerarquía de fuentes, resuelven afirmativamente los dos temas con el recurso sencillo de la observación de que las instituciones que estaban en el Código separado vuelven a aparecer aglutinadas alrededor de la empresa en el nuevo Código (44).

Otros, fijándose en las exigencias del objeto y en las necesidades de afrontar su conocimiento mediante la particularidad metodológica de un examen de los hechos y de la legislación, en que se tengan en cuenta las realidades económico-sociales y de técnica de los negocios, fundan en ello la razón de la autonomía «científica» (45); pero en este sector de ideas se presenta la particularidad de que esas exigencias son las mismas que piden algunos, negadores de la autonomía sustancial y científica, para la «didáctica» (46); esta tendencia, con la distinción de terminología apuntada, se la puede caracterizar por hacer con-

(42) Vid. FERRARA, en ob. cit., 2.ª ed. (pues en la 3.ª, del 52, no insiste en estos desarrollos), págs. 8 y ss., y GRUO, en R. D. C., 1947, pág. 5, *Il Diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*.

(43) Vid. CASANOVA, en pág. 100, de N. R. D. C., 1948, *Autonomia ed orientamenti del nuovo Diritto commerciale*.

(44) Vid. LA LUMIA, *Corso*, cit., págs. 18 y ss.

(45) Por ej., GRUO, *trab. cit.*, págs. 8 y s.

(46) FERRARA, ed. de 1962, págs. 15 y s.

sistir al Derecho mercantil en un Derecho *especial* en sentido jurídico-material; es decir, su especialidad vendría dada, no por el carácter de excepción en sentido lógico—no valorativo—de sus normas, sino por atemperarse a las necesidades del objeto o zona económico-social regulada.

Con las distinciones que se acaban de hacer queda, por último, para el problema de la autonomía «didáctica» el concepto según el cual vendría a consistir esta última en la separación exigida por necesidades de división del trabajo.

Es bastante difícil tener la seguridad de que la síntesis que acaba de hacerse de la doctrina italiana en materia de autonomía del Derecho mercantil sea acertada; lo que se ha tratado de conseguir es el trazo de lo esencial y la proporcionalidad, en el sentido de recoger lo que significa de aportación en el conjunto de los esfuerzos para la determinación del concepto del Derecho mercantil. Sería excesivo recoger todos los detalles de las discusiones; en realidad, para la doctrina italiana el Código ha sido un acontecimiento muy importante y ha tendido a acoplar al hecho legislativo nuevo buena parte de la doctrina anterior, elaboradas sobre presupuestos legislativos distintos.

Para obtener la visión de conjunto me he valido fundamentalmente de los Manuales recientes y de los trabajos de GRECO (47), VALERI (48) y CASANOVA (49). En los dos primeros puede encontrarse la lista prácticamente completa de los trabajos sobre esta materia de los mercantilistas italianos (50).

b) Otro problema fundamental es el de *aportaciones para la fijación de los conceptos de empresa y empresario*. En este punto los inteligentes esfuerzos de la doctrina italiana tienen una notable importancia, no sólo por lo que hayan conseguido hasta ahora, sino por haber destacado un problema de relación entre los conceptos económico y jurídico de empresa que vale, no sólo para la solución de los problemas suscitados por el tratamiento que de la empresa ha hecho el *Codice Civile* (no siempre laudable), sino para el tema más general de examen de las maneras distintas de adquirir relevancia para la Economía y el Derecho un mismo fenómeno con independencia de la solución que se le dé en un ordenamiento positivo concreto.

La *técnica legislativa* ha originado un problema doctrinal cuya significación es muy notable; se trata del de existencia en el Derecho italiano de «empresarios no comerciales».

La base legal del tema viene dada por los artículos 2.082 y 2.195. El primero dice: «es empresario el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la producción o cambio de bienes o servicios»; el de 2.195 dispone: «están sujetos a la obligación de inscripción en el Registro de empresas los empresarios que ejercen: 1), una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios; 2), una actividad intermediaria en la circulación de bienes; 3), una actividad de transporte por tierra, agua o aire; 4), una actividad bancaria o aseguradora, y 5), otras actividades auxiliares de las precedentes. Las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas comerciales, se aplican, si no resulta otra cosa, a todas las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercen».

(47) Citado.

(48) En R. D. O., de 1943, págs. 21 y ss., *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*.

(49) Citado.

(50) En realidad, todos; vid., de GRECO, pág. 1, nota, y de VALERI, págs. 30 y 31 y nota.

El artículo 2.082 comienza una sección correspondiente a un capítulo que trata de las «empresas en general»; el artículo 2.195 comienza una segunda sección de un capítulo (III, del libro *Del Lavoro*) que trata de las «empresas comerciales», en cuya sección se enuncian las que se encuentran sometidas al primero de los deberes—la inscripción—que a aquellas quieren imponerse en el Código.

De aquí se deducen dos orientaciones doctrinales en la interpretación del alcance de esos textos:

Según una de ellas, al concepto general de empresa, que se decide independientemente del género de su actividad, habría que añadir el objeto de la misma, es decir, ese género según la enumeración del artículo 2.195, para determinar qué empresas son comerciales.

Según la contraria, el primer número del artículo 2.195, unido a la expresión empresario, vuelve a reproducir la noción de empresario del artículo 2.082, porque la única adición que hace es la de emplear la palabra «industrial», que no debe tomarse en sentido distinto a la palabra «organización» del artículo 2.082, porque en realidad se refiere al «modo» de ejercerse la actividad (51).

La solución que al problema dé la doctrina italiana, desde el punto de vista del Derecho constituido, importa menos que el análisis de lo que el problema mismo implica. Con el planteamiento de este problema lo que ocurre es que se hacen relevantes dos cosas: 1.ª Que la técnica legislativa no ha tenido clara idea de que lo que propone en el sistema del libro *Del Lavoro* como grado de generalidad en el concepto de empresa puede llevar, en realidad, a conceptos distintos del de empresa; en efecto, poniendo en relación el sistema del Código con los antecedentes ideológicos y corrientes que a él afluyen en esta materia (las cuales quedaron expuestas en otro lugar anterior), resulta que en la medida en que el concepto de empresario se lleve al de dador de trabajo, puede resultar que se salga del concepto económico de empresa, porque interese resumir los casos en que la legislación laboral se aplique, y, en consecuencia, baste el hecho de ser patrono aunque no se produzca para el mercado (nota de la empresa). 2.ª Que la doctrina se enfrenta con un problema en cuya solución las perspectivas son equívocas; el concepto de empresa de la economía no depende del género concreto de la actividad, sino del hecho de organizar los factores de la producción para cumplir la función de empresario, es decir, anticipar una previsión con su correspondiente incertidumbre sobre el mercado, cargando sobre sí las consecuencias de esa incertidumbre, ya que al trabajo y al capital él les retribuye en manera fija y con independencia de aquéllas; estas notas no dependen del género de actividad. De aquí el cambio del concepto de «comerciante» al de «empresario». Así propuesta la cuestión, la tendencia doctrinal a distinguir—con independencia de su justificación en los textos de Derecho positivo—significa volver a utilizar por acarreo la aportación científica del período que precisamente se intenta superar. Por ello, la tendencia—por lo menos como tal tendencia—correcta es la indicada antes en segundo lugar. Pero lo significativo de la misma es que al

(51) La síntesis de los autores en FERRARA (ed. 1962), págs. 37 y ss., que es quien representa esta última posición.

recorrer el sistema se ha encontrado con lo que necesariamente tendrá que encontrarse: con que a la noción de empresario no añade ni quita nada el género de actividad; que la noción general de empresario y la de empresario «mercantil» deben coincidir.

Lo que ocurre es que de esta identidad general hay que desglosar otras, no por la noción misma, sino por motivos de política jurídica: la agricultura y la pequeña empresa.

Aquí conviene ya hacer referencia a una distinción importante; desde fuera, en la producción jurídica italiana actual para la precisión del concepto de empresa y de empresario, hay que distinguir dos tendencias; la distinción se justifica desde fuera—según se acaba de indicar—, con objeto de evitar que el aprovechamiento de estas doctrinas con fines de reforma del Derecho en vigor se merme, al prestar atención exagerada a lo que toman de presupuestos de Derecho positivo, que podrían no haber sido acertados; una de esas tendencias, la de más interés según indicamos, se orienta en el sentido de acen-tuar el análisis del fondo de ideas económicas inspiradoras de la política jurídica, y la otra de la interpretación del Derecho positivo, en el juego sistemático de sus normas. Naturalmente que estas tendencias tienden a entrecruzarse por efecto de la crítica recíproca de los autores, y de aquí que convenga tener a la vista ambas ideas en la lectura de todos ellos (52).

”) Los elementos utilizados en la definición legislativa de «empresario» en el artículo 2.082—antes recogido textualmente—de nuevo originan discrepancias de interés.

Se pide que se trate de una actividad «económica» organizada para el fin de la producción o al cambio de bienes o servicios. Prescindiendo ahora de la palabra «organizada», queda el resto del inciso referido al género de actividad. Y la doctrina italiana suele aceptar que actividad «económica» quiere decir «utilitaria» en el sentido corriente del tráfico, con exclusión, por tanto, de las culturales, intelectuales, de recreo, deportivas... De nuevo aquí hay una tendencia al acarreo de las aportaciones precedentes al Código, porque se hace predominar esa referencia sobre la que indica el artículo 2.238 sobre profesionales intelectuales, el cual las hace caer bajo el concepto de empresa si se da la forma de organización de ésta; en realidad, la nota de organización estriba en que se asuma la incertidumbre que antes se indicó; pero esa incertidumbre es independiente de la clase de los bienes o los servicios, porque, como se sabe, la economía tiene en cuenta no la indole de aquéllos, sino su «escasez». En cambio, sí se rectifica al texto legal en su inciso último poniendo el acento en la palabra «cambio», haciéndosela significar producción para el mercado y no para sí.

Nótese que en el punto que se considera no parece que el Derecho haya de separarse de la Economía, en la traslación de esos elementos del concepto y que más bien el Derecho italiano podría ser tachado de imperfecto (53).

(52) Vid. fundamentalmente en el primer sentido RAVÁ, *la nozione giuridica d'impresa* (1949), y GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa* (1960). En los Manuales últimos y en los trabajos de BIGLIANI—muy agudos—, *La piccola impresa* (1947), *La professionalità dell'imprenditore* (1948), se nota la segunda orientación. En posición intermedia es de citar a FANELLI, *Introduzione a la teoria giuridica dell'impresa* (1960).

(53) Sobre las posiciones en este punto pueden verse FERRARA, págs. 25 y ss.; MESSINGHO, *Manuale*, I, 1960, pág. 311, y la doctrina que recogen

Téngase en cuenta, además, que la materia es desenvolvimiento de la considerada antes sobre la generalidad del concepto de empresario.

El requisito que quiere exigirse con la palabra «organizada» ha sido el centro alrededor del cual, fundamentalmente, ha tratado de puntualizarse el concepto en la doctrina; pero, a su vez, un sector de ella ha ligado esta nota a la de «profesionalidad» que se exige en el inciso primero del artículo 2.082, que se viene comentando. Conviene ver, pues, una y otra conjuntamente. Importa también anticipar que alrededor de estas notas versa el tema fundamental de relación entre Economía y Derecho:

Un sector de la doctrina entendió decisivo el hecho del empleo de trabajo extraño; es decir, aparte del que desarrolle el empresario; basado en tomar a «contrario sensu» la noción de pequeño empresario (art. 2.083) que se determina por el prevalente empleo del trabajo propio o de familiares.

Otro sector fomó la nota indicada en sentido contrario: si el pequeño empresario es empresario, no puede incluirse en la noción el empleo de trabajo ajeno, pues para este concepto de empresa no es precisa esa nota; consecuentemente se debe prescindir de la palabra organizada y aplicar sólo el requisito de la profesionalidad.

Ante esta segunda objeción, se vuelve sobre el requisito de la organización y se sostiene que no debe excluirse, sino buscársele otro sentido, pues no es el único el de empleos de trabajo ajeno; puede ser la organización de los medios materiales o la organización material que la «azienda» supone y en la que aquellos medios reciben un tratamiento unitario a virtud de su complemento funcional para el fin de la explotación de que se trate (54).

Desde el punto de vista crítico que aquí nos interesa, estas distintas tendencias ponen de manifiesto algunas cosas importantes:

1.ª En el tema de relación entre Derecho y Economía, esos problemas hacen salir a la luz una cuestión de planos de tratamiento que hay que destacar. Al análisis económico no interesa—desde el punto de vista del concepto—que los medios empleados en la empresa sean propios o ajenos; es posible discriminar internamente costes y beneficios por referencia a precios de mercados, para dejar aislados conceptualmente lo que corresponde a capital, trabajo y actividad empresarial. Por otra parte, tampoco hay inconveniente en considerar empresa la que, satisfaciendo a las notas del concepto económico, agote su vida en un instante aunque se trate de un caso límite; en consecuencia, la ocasionalidad de la empresa no es relevante económicamente desde el punto de vista del concepto. En cambio, estas ideas no son trasladables así al campo del Derecho. El Derecho contempla las exigencias de los supuestos de hecho y, en función de esas exigencias que originan sus normas, acota los conceptos; es decir, sirven los conceptos delimitativos de la realidad a la determinación de la esfera abarcada por los mandatos de las normas. En tal sentido, la política jurídica no consiste en trasladar por sí la precisión del concepto económico, sino en cuanto sea útil a aquella función. En nuestro caso, la reglamentación de las empresas contemplan fundamentalmente, desde el punto de vista de la política legislativa, el establecimiento de debidas

(55) Vid. estos apuntes de vista sintetizados en MESSINEO, cit., pág. 311; FERRARA, citado, págs. 28 y ss., y en La LUMIA, Corso, págs. 94 y ss.

garantías y cautelas para los terceros: acreedores, como consecuencia de la actividad empresarial (capacidad, contabilidad, publicidad...), defensa contra la competencia ilícita, conservación de la empresa en caso de transmisión con su nota funcional (55). Justamente este complejo de intereses no se da, la exigencia de la realidad, por tanto, no reclama su ordenación al legislador en caso de empresa ocasional o empresa que carezca de todo contacto con extraños; podrán éstas seguir siendo empresas para la economía, pero esas empresas no tendrán relevancia para el Derecho mercantil. Igualmente—aparte de otras razones—, concediendo la generalidad del concepto económico de empresa, de la que la mercantil será especie, habría de tenerse en cuenta que esta última es la que exige tratamiento especial, pero no por el objeto, sino por su composición económica que repercute a los efectos de organización y de producción en los terceros (56).

2.ª Acotada en la forma precedente, el problema que da la cuestión de la *fórmula técnica* legislativa para proyectar aquellas ideas en un ordenamiento. El éxito o el fracaso en esta materia no debe prejuzgar sobre el problema. Podrá utilizarse el recurso a una «cláusula general»—eso sería la palabra «organizada»—o a una enunciación casuística o a completar la cláusula general con el detalle de la solución de los supuestos límites.

Como cuestión técnica, hay que plantear también el problema de si para el acotamiento conceptual hay que colocar en primer término a la empresa o al empresario y definir a uno u otro. Si se parte de la noción de empresa, el acento habrá de ponerse en el ejercicio en nombre propio, pues ya la definición que se haya dado de empresa habrá asegurado las notas de cierta permanencia y relaciones con personas extrañas al empresario que viertan sobre efectos jurídico-patrimoniales. Si se parte de la noción de empresario—como lo ha hecho el Código civil italiano—, será preciso referir a su actividad los elementos conceptuales que se dan para la empresa.

Nótese que en esta materia vuelve a reproducirse el tema del grado de relevancia que el Derecho positivo conceda al conjunto de elementos organizados para el objeto perseguido en la empresa concreta de que se trate; precisamente este ángulo de visión fué el motivo de despiste de la corriente que trató, al comienzo de elaborarse la doctrina de la empresa, llevar a su personalización jurídica; conviene, pues, la advertencia formulada: la manera de considerarse a la empresa como organización no debe originar una transposición de nociones jurídicas del campo de la técnica al campo de la dogmática; es aquella lo que interesa; la noción de empresario no puede ser sustituida por la de empresa; ésta podrá ser sin merma ni de su importancia ni de otras vertientes de su consideración elemento auxiliar para la mejor delimitación del concepto de empresario.

”) Los conceptos marginales de «pequeño empresario» y «empresario agrícola» vuelven a proponer en parte los problemas anteriores. Como no se trata de exponer todo el Derecho italiano, sino valernos de él al efecto de analizar los problemas que ha suscitado el ensayo legislativo, como piedra de toque

(55) GHIDINI, ob. cit., pág. 196.

(56) Vid. sobre estos puntos GHIDINI, cit., y FANELLI, en toda la primera parte de la obra, que da el conjunto de la relevancia de la empresa genérica, y específicamente la mercantil, en el cuadro total del Codice.

de la doctrina de la empresa podemos fijar nuestra atención sólo en lo referente a la agricultura. Pues bien, este punto vuelve a plantearnos el problema de relación entre Economía y Derecho. El empresario agrícola satisface a la noción de empresario; no es relevante el género de su actividad; lo que importa es el aspecto político-jurídico condicionado por las características de estructura económica de este tipo de actividad. Lo que ocurre es que, de una parte, la garantía constante de la tierra, los ciclos económicos y la distinta manera de funcionar el crédito hacen innecesarias las fórmulas jurídicas y las disposiciones de las empresas no agrícolas (57). En este punto hay coincidencia; como en el caso anterior, no debe resolverse contra la exactitud de la idea la dificultad técnica de precisar, cuando junto a la agricultura se dan otras explotaciones, en qué momento éstas entrarán en la categoría de empresas comerciales.

En esta materia el legislador italiano ha optado por una fórmula técnica de tradición en el país, la de la «normalidad» formulada por ARCANGELI frente a otras que en el curso de la evolución doctrinal se fueron formulando (de la «accesoriedad», de la «autonomía»). No es posible entrar aquí en detalles que no sean los informativos que se acaban de indicar.

c) Las formas de contemplar jurídicamente a la empresa constituyen también un tema digno de consideración en la doctrina y derecho positivo italiano.

Primeramente hay que consignar que el planteamiento mismo del problema ya da por sentada la idea siguiente: de la misma manera que existe un problema de relación entre las nociones de empresa en el orden económico y en el jurídico, igualmente aquella noción económica no necesita corresponderse con una única caracterización al llevarse al catálogo de los conceptos jurídicos ya establecidos; es decir, definida la especie, interesa, a los fines de ordenación sistemática, el encuadramiento en los conceptos que articulan el sistema del Derecho constituido. Y aquí el tema presenta la particularidad de que el análisis jurídico requiere llevar el mismo fenómeno a distintos sectores del sistema y, a su vez, formular alguna técnica de cortes en esa unidad, a los fines de dicho tratamiento.

Unas veces se trata de identificar «empresa» y «empresario»; este tema no merece atención mayor; es intuitivo que se trata de cosas distintas, y sólo por una transposición vulgar de palabras se explica (58).

A la parte de personas ha de llevarse el concepto de «empresario», una vez que se le precise con los elementos definidores por los que se opte en la técnica legislativa.

Pero los conceptos de «empresa» y «azienda» suscitan notables problemas. En la doctrina precedente al *Codice* se llegó a utilizar ambas expresiones como sinónimas desde el punto de vista de la comprensión del concepto (59); es decir, el conjunto de elementos componentes. El Código ha definido la «azienda» refiriendo sus elementos componentes a bienes (art. 2.555), aunque

(57) Vid. GIBBONI, pág. 98.

(58) Vid. ANTONI, *trab. cit.*, R. D. C., 1943, I, pág. 7.

(59) LA LUMBA, *cit.*, pág. 119.

Juego admita la posibilidad de transmisión de las relaciones jurídicas juntamente con aquéllos, en la reglamentación contenida en la misma sección en que está aquel artículo, y que trata de la «azienda». Por otra parte, como se ha definido al empresario y no a la empresa, a ésta se la ha hecho consistir en la «actividad» empresarial. De esta manera resulta que el tema de caracterización jurídica o vertiente de conceptualización aparece ligado con el problema de noción; no se trata de cosas iguales enfocadas desde distinto punto de vista, sino de cosas distintas. Como consecuencia, la actividad misma como «hecho» se hace relevante; los bienes unidos en la «azienda» se llevan a los conceptos de «objeto» de derecho en las figuras que aglutinan más o menos íntimamente una pluralidad de cosas; y el conjunto de bienes y relaciones se lleva al concepto de «patrimonio», aunque no puede entenderse como patrimonio «separado», sino de una manera condicionada y especial. A partir de aquí, los puntos de vista cambian cuando se trata de puntualizar detalles (60). Sin embargo, la unidad de la empresa organizada para el Derecho patrimonial trata de salvarse, situando la actividad en las relaciones jurídicas en que se concreta, y en esta forma, «azienda» y «empresa» se sitúan en una posición jurídicamente más realista: esta última es la «azienda» más las relaciones jurídicas en las que la actividad del empresario se ha concretado; es una vuelta correctiva a la posición doctrinal precedente al Código que se atenía mejor a la realidad (61).

Finalmente, es posible, por pertenecer a un género de conceptos jurídicos no incompatibles con los anteriores por ser distinto, la caracterización de la empresa entendida en el sentido últimamente indicado como «institución». Aquí las doctrinas manifiestan, más que las dificultades para enmarcar a la empresa en tal noción, las dudas acerca de los perfiles del concepto jurídico en el cual trata de subsumirse a la empresa. En realidad es difícil proponerse en este punto mayores detalles; únicamente interesa indicar que esta noción presenta amplios horizontes en cuanto se admita la posibilidad de que en ella encuentren su sede adecuada en el proceso de transformación ideológica de estos tiempos (62).

d) Por último, hay que tener en cuenta que todavía se da un acarreo de ideas precedentes al pretenderse una sistematización de normas «delimitativas» de la materia de comercio partiendo de la empresa (63). En realidad, lo cierto es que esa «técnica» no se ha seguido; no hay un acotamiento unitario de la materia comercial referida a las empresas y sus actos; así lo entiende FERRARA, y su punto de vista es acertado; no lo es, en cambio, la consecuencia—que ya se vió—: a falta de esa delimitación no subsiste Derecho mercantil; en realidad, la existencia del Derecho mercantil no depende de una

(60) Una reseña en ASQUINI (R. D. C.), 1943, cit., y LA LUMIA, cit., pág. 120.

(61) GRUDINI, pág. 105 y s.

(62) Vid. ASQUINI, cit., la ponderada posición de MASSIMO, cit., pág. 282, y la contraria de FERRARA, págs. 21 y s. Debe, además, tenerse en cuenta que la orientación italiana en el orden metodológico, con predominio dogmático, es obstáculo a la comprensión del problema político jurídico y doctrinal alemán de estos años, que busca en la unidad de la empresa la solución a problemas sociales de justicia. Pero todos estos temas ya no corresponden a esta parte informativo-crítica, sino a las correspondientes lecciones de un Programa.

(63) Vid. LA LUMIA, págs. 112 y ss.

cuestión de técnica en cuanto a la fijación del procedimiento para obtener la dirección a su objeto de los mandatos de las normas; y no se debe mezclar con peligro, como lo hace la doctrina primeramente indicada, una y otra idea; de hacerse, se hace confusión entre lo importante y lo que carece de relevancia.

V. El proyecto de *Volksgesetzbuch* se elaboraba en un período particularmente influido por una determinada ideología que acentuó su importancia por una serie de elementos circunstanciales (64); por otra parte, por el curso mismo de los hechos no llegó a consumarse la obra. Con todo, tiene interés una referencia a él, aunque su consideración no pueda ser sino de un lado breve y de otra cuidadosa, para ver de aislar—cosa difícil—lo que en los esfuerzos alrededor de este ensayo pueda haber de permanente.

I. Su *sistema general* presenta al Derecho mercantil después de diversas tendencias constituyendo un libro del Código, que se llama de la Empresa, si bien con desglose de la parte de Sociedades, que pasa a un libro de las Asociaciones, correspondiéndose con la evolución reflejada en los planes de enseñanza que había hecho una disciplina con el Derecho de Sociedades en sentido amplio. La paridad con el Código italiano existe sólo en el no haberse respetado la existencia de un Código de comercio independiente. Pero, en cambio, la parte de la empresa refleja la unidad sistemática del Derecho mercantil, sin mezcla con el social (hay un libro anterior del Trabajo), construida sobre la base de ese concepto y llevada hasta el Derecho de obligaciones, pasando por la parte de Derecho de cosas.

El plan general de la parte que nos interesa es el siguiente: Libro VII, *La empresa*.—Título I. Empresario y empresa. Título II. Constitución de la empresa. Título III. Nombre de la empresa. Título IV. Dirección de la empresa. Título V. La empresa en la libre competencia. Título VI. Traspaso de la empresa. Título VII. Prohibición de la empresa. Título VIII. Protección de la empresa. Título IX. Amparo (ayuda, socorro) (sic) de la empresa. 1. Agencia. 2. Comisión. 3. Crítica. Título X. El Derecho de tráfico de la empresa. 1. Reglas generales. Condiciones del negocio. 2. Disposiciones especiales sobre venta mercantil. 3. Transporte. 4. Almacenes de depósito. 5. Negocios bancarios. Libro VIII. *Las asociaciones*.—Título I. Principios generales. Título II. La sociedad. Título III. La asociación. Título IV. Las sociedades mercantiles. 1. Las sociedades mercantiles públicas (sic). 2. Las sociedades en comandita. 3. Las sociedades comanditarias por acciones. 4. La sociedad de responsabilidad limitada. 5. Las asociaciones. Título V. Las fundaciones (65).

La evolución de la doctrina pasó de la tendencia a no incluir en el Código al Derecho mercantil, basada en varias razones (menor permanencia de la materia, no ser común a todos los miembros de la comunidad germánica, sino sólo a los empresarios...) (66), pero, en definitiva, se votó en el sentido de la inclusión lo mismo que el Derecho social (67). Para aclarar el sentido de la

(64) Este fue el punto seguido con interés mayor en nuestro país por los autores.

(65) HILTRAK DE HUMBOLDT (nota de *Sistema del Código del pueblo alemán*, R. D. P.; 1903, pág. 133). Se respeta la traducción del autor, aunque se indican los puntos seguramente erróneos.

(66) Vid. HILDEBRAND, *Das V. G. B. der Deutschen*, 1941, págs. 8 y s.

(67) LEHMANN, obra cit., págs. 20 y s.

inclusión en el sistema es interesante el trabajo de NIEPERDEY, en «Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts» (68), *Das System des bürgerlichen Rech.* En la página 95 indica la conveniencia de que el Derecho privado sea reunido en un Código único y no dividido en leyes especiales que acogieron la idea disgregadora del Derecho civil (principio III). Los principios jurídicos para el tráfico comercial, incluyendo el referente a competencia, deben incluirse en el Código de Derecho privado (principio VII). Acentúa que la unificación del Derecho mercantil y del civil no supone la disolución de las instituciones especiales del Derecho mercantil y que el Derecho de la empresa no está limitado al de aquellas que se dedican al tráfico comercial (págs. 112 y 113).

2. Aunque no se pueda saber cuáles fueran las ideas que hubieran de prosperar, en definitiva, en lo referente a la traslación al campo del Derecho del concepto de empresa, es importante acentuar que la doctrina alemana contaba con una larga tradición en materia de concepto de comerciante, amparada en un Derecho positivo que ya anticipó la idea sobre la base del concepto del *Solikaufmann*, de manera que la precisión de los requisitos de *Art und Umfang* de la explotación recogieron muchos esfuerzos para nuestro fin aprovechables. Precisamente, opiniones muy autorizadas proponían la colocación en primer término de la precisión nueva que se diera a este concepto:

Este punto de vista está representado por LEHMANN, que afirmaba que se debía ir a la fijación del concepto de comerciante partiendo de la idea de empresa explotada en forma comercial y concretando la calificación en su titular; la idea se completa con el fin de darle seguridad por medio de la inscripción en el Registro (69). El mismo autor sale al paso de la tendencia a despersonalizar el Derecho mercantil, acentuando que el concepto central del Derecho mercantil tiene que seguir siendo el empresario como titular de la empresa, pues no debe oscurecerse la personalidad del que ha creado la organización de la misma (70). La síntesis de conjunto de este autor es muy interesante, porque parece recoger el cuadro de ideas dominantes: entiende que el concepto de comerciante del Código es complicado y anticuado; hay que hacer una unificación; concepto central sería el de empresario; y habría que destacar de entre ellos a los que lleven una explotación en forma comercial (separándose así a los pequeños empresarios, para hacerles objeto de régimen distinto en la forma semejante al derecho vigente); la inscripción debe hacerse obligatoriamente y tener efecto constitutivo; la enumeración de empresas por su objeto, reducirse a una significación exemplificativa; propone la supresión de los «Kannkaufleute», y añade que de esta forma se cerraría el ciclo de evolución del Derecho mercantil, pasando de un Derecho de los comerciantes a un Derecho privado especial de los que explotan industrias.

El acento en este curso de la evolución histórica, según el cuadro de correlación con los cambios de la estructura económica y de la legislación, es característica de los trabajos más notables que se habían ido produciendo en la materia de fijación del concepto de empresa. De entre ellos destaca el de KRAUSE (71). Pone de manifiesto cómo un gran número de prescripciones del H. G. B. son perfectamente independientes del concepto de comerciante; que este concepto no desempeña ningún papel en el conjunto de normas estatales y estamentales que constituyen el nuevo Derecho de la economía, independientemente de una interna transformación del propio concepto en las normas no contenidas en el Código, pero que inciden sobre él y que en materia contable

(68) Publicación de la Academia para el Derecho alemán, 1908.

(69) Véase *Zum den Grundfragen des Handelsrecht*, en el «Jahrbuch der Akademie für deutsche Recht», 1908, págs. 102 y s., y fundamentalmente pág. 106.

(70) Véase *Handel und Gewerbe*, cit., 1908, pág. 7.

(71) En su artículo *Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht*, en *Z. H. R.*, 1908.

Hegan a hacer del deber de contabilidad un deber de la economía en general. Para hacer la contraposición pasa revista a las diversas ideas que se tienen del empresario con reflejo en el Derecho positivo, desde la más comprensiva del Derecho fiscal (que comprende a todo el que desempeña una actividad profesional) a la más restringida, que se refiere a la actividad industrial, con exclusión, por una parte, de la agrícola y forestal y, por otra, de las profesiones artísticas y científicas. Completa su estudio exponiendo la significación del empresario en la organización económica alemana, en que—dice—es el elemento fundamental sobre el que se construye la economía industrial (72), y llega a las siguientes conclusiones: el siglo xix llegó a formar un concepto de conjunto del comerciante. Pero el siglo xx va a cerrar la evolución y, partiendo de la unidad de toda la actividad industrial, sobre el núcleo de la producción va a colocar en su punto medio y como portador al empresario. Hace penetrar así también la idea de unidad económica al servicio del pueblo: el labrador y el empresario son los sostenes económicos del pueblo. Las especialidades de la actividad de uno y otro son el fundamento de la peculiar configuración del Derecho de cada uno. Propone el deber de inscripción cuando su importancia sobrepase una cierta medida, se conserve la distinción entre comerciante pleno y pequeño comerciante, y se prescriba obligatoriamente la inscripción del primero; por razón práctica—dice—, debe conservarse la categoría de comerciantes por razón de la forma para las sociedades. El artesano debe quedar excluido del deber de inscripción.

La precisión del concepto de empresa ha originado también esfuerzos en los cuales vuelve a notarse el mismo problema que en el Derecho italiano: el de la diferencia de fines que con sus conceptos se proponen la Economía y el Derecho. Entre estos trabajos de la época considerada, interesan los de SCULTZE v. LASAULX y FECHNER; el primero está orientado específicamente hacia la reforma (73), continuando la crítica de KRAUSE, trata el tema práctico de orientaciones en la manera de llevar a cabo la reforma; el segundo (74) trata de obtener un concepto válido para todo el Derecho. A uno u otro ha opuesto sus críticas GIERKE, quien acepta la significación de la empresa y la necesidad de trasladar las ideas fundamentales de la Economía al Derecho, pero en sus propuestas en tal sentido se muestra tradicional, pues a la idea de empresa liga la idea de objeto mercantil de su actividad (75).

VI. Los trabajos preparatorios de la reforma del Derecho francés merecen una mención por haberse propuesto—y rechazado—el tema de la recepción legal del concepto de empresa. No puede decirse, sin embargo, con verdad que lo publicado de estos trabajos sea muy importante desde el punto de vista en que aquí nos interesan (76).

El problema de la distribución de materias entre Código civil y Código de comercio, al discutirse, demuestra la heterogeneidad y la inspiración fundamentalmente utilitaria de los criterios que se proponen: por otra parte, al remitirse la decisión al momento en que la tarea de fondo esté terminada y quede la de coordinación, resulta una nota de provisionalidad que impide deducir consecuencias firmes.

(72) Bastan las indicaciones del texto sobre este trabajo fundamental, que tienen por finalidad apuntar cuál es la importancia de su contenido, ya que no es éste el lugar para una recensión. Si debo hacer notar que pone de manifiesto que la doctrina, en la interpretación del Código, no había pasado en general del concepto profesional de comerciante. Cita en este sentido a MULLER-KREBACH, LEHMANN-HORNIGKE, GIERKE...

(73) Se titula *Die Zukunft des Kaufmannsbegriffes in der deutschen Rechtsordnung*, 1930, forma parte de los «Schriften» de la Academia de Derecho alemán.

(74) *Das wirtschaftliches Unternehmen in der Recht*, 1942.

(75) *Das Handelsunternehmen*, en Z. H. R., 1946, págs. 1 y s.

(76) Se contiene en s. II de *Travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce et du Droit des Sociétés*, 1960.

En cuanto al tema de fundamento del contenido del Código de comercio, las tendencias han sido curiosas. La propuesta de centrar la cuestión sobre la empresa, que formuló ESCARRA, no tuvo acogida, porque la subcomisión quedó influida por la idea de que debieran darse criterios elásticos, dejando la precisión a la doctrina y a la jurisprudencia, y que aquella noción no permitía ser definida con la precisión necesaria como para excluir este criterio flexible (77). Pero lo curioso es que, desechado este criterio, se quiere que la esfera de vigencia del Derecho mercantil recoja las zonas subjetiva y objetiva conjuntamente con un artículo primero que dice que el Código se aplica a comerciantes y a actos de comercio; y resulta que las críticas contra el concepto de acto de comercio (78) (MAZEAUD decía que el acto de comercio aislado no existe, y AMIAUD insiste sobre su dificultad) (79) y la eficacia de las propuestas en el sentido de hacer del Derecho mercantil un Derecho profesional (LESCOT y AMIAUD) (80) conducen a la supresión del artículo 1.º, con lo que el Anteproyecto comienza con la definición de comerciante, iniciando una tendencia subjetiva en el sentido anticuado. Otras muchas observaciones críticas podrían hacerse, pero se precisaría un estudio especial que no está justificado para trabajos meramente preparatorios

---

(77) Vid. págs. 15 y ss. y 50.

(78) En pág. 16.

(79) Página 66.

(80) Página 40.

