

Concepto del Derecho Mercantil en Derecho español (*)

J. GIRON TENA
Catedrático de Derecho Mercantil

I. Para explicarse el sistema del Código en vigor hay que partir de sus ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE 1829.

Valiéndose de la comparación con el Código francés, se pueden ahorrar algunos desenvolvimientos, sirviéndonos de los ya expuestos al tratar de aquel Código.

La comparación en este punto con el Código francés presenta, no obstante, particularidades de notable interés.

A) En primer lugar, hay que destacar lo referente a las *relaciones entre los aspectos procesal y material en la delimitación de la materia mercantil*.

1. *El alcance dado a la determinación de la competencia* persigue, fundamentalmente, la *solución de problemas juridico-procesales*. Frente a la mezcla francesa, el Código español mantiene la separación de los aspectos sustantivo y adjetivo;

a) Desde el punto de vista *sistemático*, se excluye de la parte destinada a la competencia, lo referente a la enunciación de los «actos de comercio» y se establece la fórmula de suprimir la enumeración, sustituyéndola por una remisión: las menciones, con sus correspondientes acotamientos, en los lugares del Código en que cada institución se trata.

Esta técnica sienta la base de la del Código vigente en el artículo 2.º; conviene ya dejarlo aquí indicado, para dejar en su verdadero lugar la atribución de esta fórmula a los redactores del Código vigente.

Este es el sentido del artículo 1.199, en su último inciso: «La jurisdicción de los Tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de

(*) Este trabajo presupone al anteriormente publicado, en esta revista, sobre el mismo tema de concepto, referido a la Historia y al Derecho comparado, respecto del cual es una continuación. No se repite, por tanto, el planteamiento ni se explican, fundamentan o se citan las autoridades referentes a las ideas ya entonces expuestas y que ahora se vuelven a utilizar. Tampoco se puede prescindir de las mismas, ya que es, después de la exposición de los datos de derecho español, cuando se pueden valorar críticamente y aprovecharlas. No obstante, teniendo en cuenta aquella salvedad y tomándola como remisión, si fuera preciso, tiene suficiente independencia.

las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles *que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de «actos de comercio»*.

b) Luego, *la delimitación jurídico-material*, y, por tanto, la decisión acerca de régimen (regulación según las normas del Código en el lugar en que cada institución venga tratada) se decide por criterios diversos: unas veces se trata de criterio *objetivo* (v. g. compraventa, art. 359) otras *subjetivo* combinado con el ligamen del acto a operaciones mercantiles (préstamos—art. 387—depósito—artículo 404—), otras alternativamente (letras—artículo 434—) (1).

c) De esta manera, quedan claros los artículos 1.200 y 2.º; tratan de resolver el problema de límites de esta jurisdicción mercantil: jurisdicción real; se salva el problema histórico, tan debatido, acerca de la posibilidad de someter a esta jurisdicción a quienes no sean comerciantes: no se precisa ya la ficción de presumir que lo son. Pero será preliminar el problema jurídico-material: decidir que el acto de que se trate sea de comercio, según alguno de los criterios antes indicados.

El enfoque procesal deja sin tratamiento el problema de régimen de los actos unilateralmente mercantiles: se sabe que, si se puede decidir que sean mercantiles, el no comerciante podrá ser demandado o demandar ante un Tribunal de comercio, pero no se da solución al tema previo.

d) Igualmente, al acentuarse el enfoque procesal, se produce una transformación notable en el sentido de los artículos 631 y 632 del Código francés, si estos sirvieron de modelo al artículo 1.201; al disponer éste que «no serán de la competencia de los Tribunales de comercio las demandas intentadas por los comerciantes ni contra ellos, sobre obligaciones o derechos que no procedan de actos mercantiles», ha realizado con su transposición del campo del Derecho material al procesal la supresión de una presunción de mercantilidad, dejándola convertida en un tema de competencia.

2. Por otra parte, al sustituirse el sistema de enumeración francés, se produce otro resultado notable: el «acto de comercio» se aleja, más que en el «Code» de la vieja tradición, por efecto de la fuerza atractiva de su naturaleza formal; en efecto, de la misma manera que luego en el Código alemán del 61, los actos de comercio serán considerados como «actos jurídicos», en el sentido de pertenecer al Derecho de obligaciones, en nuestro Código se llega a igual resultado al formularse las notas para decidir

(1) Vid. una enumeración—con errores—en La Serna y Reus, *Código de comercio concordado y anotado*, 4.ª ed., 1863, págs. 442 y 6.

de su mercantilidad en el lugar sistemático que por su naturaleza contractual les corresponde; de esta forma, de la enunciación de «empresas» o actividades del Código francés, aún próxima a la vieja «rationae mercaturae» o «faits de commerce», se pasa a negocios jurídicos aislados, haciendo así nuestro Código lo que en Francia había de hacer la doctrina que hoy se somete a rigurosa censura.

B) El *concepto de comerciante* ya no puede servirse en nuestro Código de la noción previa de acto de comercio como en el francés (art. 1.º). Tiene importancia fundamental no sólo para la parte de sus obligaciones, sino para la delimitación de la mercantilidad de las figuras, en los casos en que se utiliza este elemento subjetivo.

Los elementos de la noción son los siguientes:

1) Capacidad, lo cual no requiere comentario a los fines que ahora nos interesan.

2) Inscripción en la matrícula de comerciantes. Este requisito presenta algunas particularidades de interés.

a) Primeramente, hay que hacer mención de que, el desenvolvimiento del mismo (arts. 11 a 17 del Código), da una impronta gubernativa al régimen de la misma que constituye un cambio fundamental respecto de la tradición autonómica de las Corporaciones de comerciantes.

b) Por otra parte, se duda en la época del carácter constitutivo de la inscripción; detrás de este problema hay, sin embargo, un elemento importante para la comprensión del sentido que en su época se da al Código; la existencia de comerciantes que no se inscriben origina una serie de disposiciones legislativas (Reales Ordenes de 29 octubre de 1838, 16 de mayo de 1846 y 10 de octubre 1862) para promover el cumplimiento de las disposiciones sobre matrículas que no eran observadas; en la de 1846 se habla de evitar que los que por egoísmo, ignorancia u otra causa han eludido, hasta ahora, el cumplimiento de la Ley no puedan en lo sucesivo sustraerse de la jurisdicción de los Tribunales de comercio, ni de la severidad de las leyes sobre quiebras; en la de 1862 se habla de que se «imposibilita el ejercicio de la jurisdicción mercantil y perjudica a los contratantes de buena fe» (2). Estos textos son índices de la interpretación de la época; la excepcionalidad de que en el tráfico comercial participen no comerciantes motiva que se parta de la idea de supuestos en que por lo menos una de las partes sea comerciante, pues para ello está pensado el régimen legal.

Por otra parte, este problema, incluso, podría haberse resuelto en el sentido de no considerar constitutiva la ins-

(2) Vid. MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones del Derecho mercantil de España*, 4.ª ed., 1865, págs. 143 y s., y LA SERNA, cit., pág. 38.

cripción, partiendo del artículo 17. Este artículo, al resumir una parte del Curso de PARDESSUS (3), parece indicar que en este punto—como el autor francés—preocupaba al legislador español los problemas probatorios.

c) Último requisito es el tener «por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político». Respecto de este requisito nótese, en primer lugar, que prescinde como antes se indicó de la referencia a los «actos» de comercio y requiere utilizar la idea de «tráfico mercantil».

El inciso que habla de fundar en ese tráfico su «estado político», no se aclara por la doctrina con toda seguridad (4), pero la más autorizada opinión es que con ello quiere decirse profesión fundamental, de la que la persona hace su medio de vida. Se censura que se entienda así, pues se dice que se puede ser, v. g., agricultor y, además, por otro tipo de negocio, comerciante (5).

La interpretación que acaba de indicarse concuerda con los problemas que parece que contempló el redactor del Código en el Curso de PARDESSUS sobre esta materia (6).

C) Últimamente se ha suscitado *discusión sobre el carácter subjetivo u objetivo del sistema de Código de 1829*. Las dos posiciones formuladas son las siguientes: el Código era de orientación, predominantemente, subjetiva (LANGLE) (7); «dentro de la tendencia opuesta representa uno de los tipos más acusados» (RUBIO) (8). Incidentalmente, años antes de esta discusión, expuse el punto de vista que ahora he desarrollado en la parte del Derecho francés y en este capítulo: «cuando se tacha al Código del 29 de subjetivista se olvida que no lo era mucho más que el francés. Esto quiere decir que el «Code» fué apoyo del sistema objetivo, pero que este sistema se construyó, fundamentalmente, por la doctrina francesa más que por la Ley. Esta doctrina llegó a impresionarse demasiado por lo ideológico, con menoscabo de lo técnico-jurídico» (9). Basándome en los datos que he desarrollado, creo que quedan bien fundados los siguientes esclarecimientos:

Aunque no desarrolle todas las facetas de la cuestión,

(3) Página 528 del t. I, 1825.

(4) Duda MARTÍ DE EIXALÁ, obra cit., pág. 139.

(5) Vid. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, I, 1853, pág. 36. MARTÍ DE EIXALÁ, lugar cit.

(6) Vid. págs. 326 y ss.

(7) En *Orla de mercantilistas españoles alrededor de nuestro primer Código de comercio*, 1951, pág. 14, y *Manual*, pág. 202.

(8) Sáinz de Andino y la codificación mercantil, 1950, pág. 133.

(9) En *Sociedades civiles y sociedades mercantiles. Distinción y relaciones en Derecho español*, en R. D. M., 1947, núm. 10, pág. 27. Acompañaba una nota con la doctrina francesa.

aciertta LANGLE al destacar el aspecto jurídico-material que está remitido y que no ha visto RUBIO, de ahí, que éste desconozca, por examen superficial del Código, los supuestos del Derecho positivo necesarios, por lo que generaliza una idea equivocada; por otra parte, los argumentos que se utilizan para la demostración del carácter objetivo abren interrogantes que no se sabe bien cómo explicar; esos argumentos son los siguientes:

El artículo 2.º del Código en relación con el 119; no se cae en la cuenta del aspecto procesal de este último que esclarece que, desde el punto de vista material, contiene una remisión como antes se indicó; y respecto del segundo tampoco se cae en la cuenta de que vuelve a proponerse un tema procesal. No se explica cómo no se ha utilizado a PARDESSUS que aclara el sentido procesal del artículo 2.º; en el ejemplar de la Biblioteca de Sáinz de Andino están subrayados los párrafos de interés—parece que por el propio Sáinz de Andino—entre ellos el siguiente: «una cosa es ser comerciante y otra es poder ser obligado a comparecer ante un Tribunal de comercio para la ejecución de algunas obligaciones. La cualidad de comerciante irradia sobre todo lo que concierne a la persona; es general, entraña el sometimiento a todas las condiciones que las leyes imponen a los comerciantes por el hecho de su condición. La sumisión a la jurisdicción comercial está limitada a las contiendas que puedan nacer de ciertos actos determinados; es especial y se le puede considerar un accidente en la vida de una persona» (10). Por otra parte, en el Derecho español esta interpretación tiene tras de sí la larga tradición de problemas de fueros y las medidas dictadas para evitar las dificultades originadas por las fórmulas para eludir la jurisdicción mercantil; una detenida recopilación de disposiciones se hace por TAPIA (11). Claro que indirectamente se producía una objetivación, en cierta manera, pero no debe extrañar la interpretación doctrinal, porque se corresponde con la que se dió en la época, como antes se vió. Es decir, nuestra doctrina, extraña al principio a la influencia ideológica que recibió la francesa, se mantuvo en el terreno de la línea evolutiva tradicional; en realidad, la orientación la dió la doctrina en Francia y en España, según una determinada ideología, con o contra los textos.

La imputación a los autores de la Exposición de motivos, del Código vigente, de desconocimiento del sistema anterior habría de templarse si, a su vez, se considerara el conjunto de las circunstancias.

(10) Páginas 327 y s.

(11) Tomo III de la ed. de 1837 del *Febrero novísimo*, que recoge un régimen anterior al Código, págs. 213 a 259.

La sugerencia de que la imputación de subjetivo se haga por la regulación de la parte de auxiliares—en sentido amplio—no casa con el conjunto de circunstancias que se mencionaron antes.

II. Para la comprensión del SISTEMA TÉCNICO DEL CÓDIGO VIGENTE hay que añadir algunos datos, a los ya expuestos del Código del 29, que explican el tránsito de uno a otro Código.

A) Hay que detenerse, primeramente, en la *motivación ideológica y sus consecuencias*. Es sabido que las tareas de reforma se emprendieron muy poco después de la publicación del Código del 29 y que se nombraron muchas comisiones (13 de junio de 1834; 1 diciembre 1837; 24 diciembre 1838; 26 agosto 1839; 8 agosto 1855); no suele, en cambio, destacarse que el Código vigente viene de las tareas de la Comisión nombrada por Decreto de 20 de septiembre de 1869—en el cual se daban las bases de orientación de los trabajos—y que existe una íntima conexión con la evolución política e ideológica de nuestro pasado siglo. Y, sin embargo, ambas cosas tienen notable interés.

La Comisión nombrada llegó a redactar un Proyecto de Código que incluso se imprimió en 1871, dejando en suspenso y en blanco la redacción del artículo 3, sobre el cual se convino, por fin, una fórmula que es el artículo 2.º de nuestro Código vigente (12); debido a un cambio político se suspendió el resto del proceso legislativo en 1875; pero precisamente ese Proyecto fué el que se sometió a información pública en 1880 y devino el Código vigente (13).

Desde el punto de vista ideológico, las bases del Decreto de 20 de septiembre de 1869, al tratar de desenvolver las ideas de la Constitución, contiene en su letra y en la Exposición de motivos, amplísima, que precede a aquéllas todo un compendio de la ideología liberal e individualista que reclamaba fidelidad a los redactores del Código. Esta preocupación por manifestar la conexión entre el Código y la política, trasciende a la Exposición de Motivos. Al hablarse de la situación legislativa, no sólo se reclama por razón de poner orden en la legislación especial, sino por salvar la contradicción que suponía que el Código estuviera «redactado con un criterio abiertamente contrario al que dominaba en las últimas reformas», que reflejaba ese «nuevo acontecimiento político de la mayor trascendencia que influye notablemente en todas las esferas del Derecho... y que, como no podía menos de acontecer, también alcanzó al Derecho Mercantil».

He aquí unos textos de interés general—sin perjuicio de otros que se recogerán luego—de aquel Decreto de 20

(12) *Código de comercio de 1885, comentado y concordado por la Redacción de la R. G. L. y J.*, págs. 31 y s.

(13) *Vid. obra cit. antes, pág. 32, y ROMERO GIRÓN, Código de Comercio, edición 1886, pág. 17.*

de septiembre de 1869: «La Revolución, que en el orden político ha sustituido al Derecho divino, la soberanía nacional como único origen de donde legítimamente emana la ley positiva; que en el orden económico ha proclamado la libertad del trabajo y la acción espontánea del individuo como opuesta a toda traba reglamentaria, a toda protección artificial y a toda gubernamental intervención; que en el orden jurídico ha conseguido escribir el gran principio de la personalidad humana en toda su pureza democrática sobre la primera página del Código fundamental, debe ser lógica y consciente y con prudencia, sí, pero con perseverante energía ha de ir transformando la organización oficial del país, al propio tiempo que rompiendo las ligaduras, separando obstáculos, quitando barreras, por la ignorancia de pasados tiempos levantadas, y por bastardos intereses sostenidas, deje libre su cauce natural a las leyes sociales y abra ancho campo a la actividad del individuo que es el gran explotador y el único explotador inteligente de aquellas leyes». «La nueva Comisión habrá de proceder, en brevísimo plazo, a la redacción de un Proyecto de Código comercial y de Enjuiciamiento, ambos inspirados en los nuevos principios, ambos a la altura de los últimos adelantos, ambos dignos del siglo del vapor, de la electricidad, de las grandes asociaciones industriales..., ambos por fin a la altura y a la medida de las titánicas empresas por nuestros contemporáneos realizadas y que serán, digan cuanto quieran espíritus flacos, enfermizos y por reflejo exterior de la propia enfermedad pesimistas, asombro de nuestros hijos.»

Las consecuencias, verdaderamente importantes para nuestro tema de ahora, del calor ideológico con que se acometió la tarea codificadora es la *incomprensión* reflejada en el seno del mismo Código—de la misma manera que en Francia en la doctrina—de la *significación técnica de los llamados sistemas subjetivo y objetivo*. Las manifestaciones de ello, sirven de justificante de la generalización que acaba de formularse.

1. *La falta de claridad en cuanto a la repercusión del sistema objetivo sobre la esfera de vigencia del Código*, se manifiesta recurriendo a la Exposición de Motivos (en el original que se envió a las Cortés y en el Diario de Sesiones, apéndice trigésimo octavo al número 85 de 20 de marzo de 1882); no preocupa la distinción de las distintas exigencias legislativas del tráfico profesional, incluso ampliado con los actos unilateralmente mercantiles (que, claro, no conoce el Código por desconocer la faceta técnico-material de los sistemas subjetivo y objetivo), respecto al no profesional; no se tiene conciencia de que este tema existe; lo que verdaderamente preocupa es que el Código del 29 centró su aten-

ción en los comerciantes como «clase». Claro está, que con el sistema objetivo, se produce el resultado de llevar la esfera de vigencia del Código al tráfico no profesional, pero entonces no se piensa sino en la faceta política y social de haber dedicado atención, desde ese punto de vista, en el seno del Código, a los comerciantes. Así se explica que tampoco se tuviera conciencia del conjunto de las contradicciones que, luego, al tratar de las notas de mercantilidad de cada contrato, se producen en el texto legal que no tiene inconveniente, ya en esos artículos en seguir con modificaciones a veces sólo de estilo al Código del 29; los redactores creyeron que quitando lo que reflejaba ideas políticas se había purificado al Código. Y así era, claro que sólo políticamente.

En la Exposición de Motivos se dice, al tratar de la orientación general del Código, que éste «considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva, no sólo en cuanto a lo que debe ser el *objeto principal* de sus disposiciones, sino en lo que atañe a los elementos o fuentes que lo constituyen». Esta diferencia, centrada en los dos extremos indicados, sirve, a su vez, de eje a toda la parte de la Exposición sobre criterio general, desarrollándose uno y otro punto. Parece que ese «objeto principal» de las disposiciones pudiera reflejar, en vez del desvío sobre el comerciante, la comprensión del tráfico no profesional; pero no se piensa en ese margen y en esa forma, sino en la susceptibilidad de que mediante esta atención a los actos y la fórmula del artículo 2.º se admita la mercantilidad de figuras atípicas; he aquí el texto demostrativo: «según la legislación vigente, son comerciantes los inscritos en la matrícula como tales, previos los requisitos establecidos, y los que ejercen habitualmente actos positivos de comercio *declarados por la Ley*; y no se conocen más actos mercantiles que *los calificados previamente por el legislador*. Según el proyecto, se reputan comerciantes todas las personas capaces de contratar y obligarse que ejercen habitualmente actos que merecen el nombre de mercantiles, aunque el legislador no se haya ocupado de ellos». «Comparados ambos sistemas, salta a la vista la superioridad del adoptado por el proyecto, pues con este sistema *se agranda considerablemente la esfera del Derecho Mercantil...*» (se indican luego las manifestaciones de donde se deduce la esperanza de la invención de nuevas figuras). A su vez, esta idea viene a reflejar las del Decreto de 20 septiembre de 1869 que se ha propuesto resolver los problemas de seguridad que suscita la idea que se cree *liberal* de admitir ampliamente la atipicidad: «no debe ser la Ley molde inflexible que reduzca a *tipos elegidos a priori* las combinaciones infinitas de los cambios; porque la única regla de los

contratos es la voluntad de las partes...» A este tema se dedican luego amplios párrafos.

Con el sistema objetivo puede afirmarse que los redactores del Código vigente pensaron en romper la barrera—poco admisible para su liberalismo—que suponía la fórmula del Código anterior en su artículo 1.119, al remitir la mercantilidad a los actos que se contenían en su articulado y según el criterio de mercantilidad de cada uno; la «liberalización» que se previó con el sistema objetivo consistió en la admisión de la «atipicidad». Que esa invención se produjera precisamente en el tráfico profesional liberado de controles político-sociales, era, más bien, lo previsto como natural, que lo estimado accesorio: la libertad era lo que interesaba.

De aquí que persona tan conocedora de las circunstancias como ROMERO GIRÓN no encuentre inconveniente en proponer, para dar un sentido a la regla de «naturaleza análoga» del artículo 2.º, lo que sigue: «Siempre que el acto de que se trate tenga por objeto simplemente el cambio de cosas o servicios sin alterar la naturaleza de ellos, para obtener un beneficio, y no constituya para las personas que lo ejecutan una operación aislada o accidental, podríamos considerar dicho acto como mercantil, porque en nuestro sentir reúne en este caso las condiciones de venir a determinar una *operación de comercio hecha por una persona que se ocupa de esta industria*» (14). Lo que importaba entonces es que la condición de comerciante no dependiera de la matrícula.

2. Respecto del *alcance y significado de los actos de comercio* en el sistema legal hay que hacer también aclaraciones acerca de las ideas de los redactores del Código.

a) Primeramente hay que tener en cuenta que se ha producido una *trasmisión de los actos de comercio a la zona del Derecho material*, lo cual tiene sus consecuencias. Ya no se trata de decidir la competencia, sino de determinar la Ley aplicable. Pero se arrastra la noción que había nacido en el terreno procesal, en el Derecho francés. De aquí que las objeciones de la doctrina francesa que se fundan en esta base sean de tener en cuenta.

En la Exp. de Motivos se indican los datos sobre la situación del problema de la jurisdicción de comercio, tema demasiado abandonado luego; se dice que la Comisión del 69 «se abstuvo de formular el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento mercantil a consecuencia de haberse promulgado, en 19 de septiembre de 1870, la Ley provisional sobre orga-

(14) Obra cit., pág. 52.

nización del poder judicial que, en la segunda de sus disposiciones transitorias, autorizó al Gobierno para reformar la Ley de Enjuiciamiento civil, incluyendo al final de ella una parte o sección que comprendiese las disposiciones especiales necesarias para los negocios mercantiles»; luego, refiriéndose a la información pública de 1880, se añade que aunque se «acordó que las Audiencias y otras corporaciones competentes informasen también sobre el restablecimiento de los antiguos Tribunales de comercio (por Ley de 6 y 8 de diciembre de 1868 suprimidos) el Gobierno ha creído... que, de todos modos, había de pasar tiempo antes de que pudiera llegarse a una solución concreta que satisficiera las encontradas tendencias de los que afirman la unidad de jurisdicción y los que sostienen la conveniencia de dar participación a los comerciantes en la administración de justicia, cuando se trata de cuestiones relativas a su profesión».

b) De la misma manera que en el Derecho francés, no acaba de darse al acto de comercio un empleo técnico unívoco que parta de considerarle acto «jurídico» aislado. Estas *contradicciones en el aislamiento del acto de comercio*, ponen de manifiesto su enlace con el viejo «fait de commerce» o la «rationae mercaturae». Unas veces, si se contempla el acto aislado, como en la preocupación por dejar abierta la vía a figuras atípicas (15) que son contractuales en su mayor parte; pero cuando se manifiesta la preocupación por el sistema a seguir—de enumeración o de definición—para determinar cuáles sean actos de comercio, se tiene a la vista el Código italiano en que se enuncian empresas junto a actos; cuando se hace referencia a los comerciantes se indica que su noción parte de la de acto de comercio, pero, luego, se emplea como elemento no la palabra acto, sino la dedicación al «comercio» como si comercio aquí fuera igual a acto aislado; se habla indiferentemente de «actos» y «operaciones» de comercio; al tratar de problemas de jurisdicción mercantil se habla de «cuestiones relativas a la profesión». Vuelve aquí a manifestarse una secuela de la influencia ideológica; no importa tanto el acto aislado, como que no dependa la calificación de uno de carácter mercantil del hecho de que el comerciante lo sea, por pertenecer a una clase social más o menos privilegiada; si desaparece el privilegio de trato, ya no importa que la calificación venga de su pertenencia efectiva del acto a una explotación profesional. La idea se refrenda con la atención dedicada a la determinación del concepto de comerciante.

c) El sistema de determinación del concepto de acto de comercio es el que se contiene en el tan debatido *artículo segundo*. En realidad el Código contiene una *técnica de cláusula general* y

(15) Vid. textos de Exp. de M. *antea*.

quiere que se utilicen criterios extraños a sus propias previsiones ; es decir, externos al Código mismo porque duda de la posibilidad de que pueda preverlos. Esta idea está clara en la Exp. de Motivos.

«La Comisión, en vista de tales dificultades, se decidió al fin por una fórmula *práctica*, exenta de toda *pretensión científica*, pero, tan comprensiva, que en una sola frase enumera o resume todos los contratos y actos mercantiles conocidos ahora, y tan flexibles que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir. Acontece a menudo que es muy difícil, por no decir imposible, abarcar en una definición o en una clasificación hecha «a priori» un orden determinado de fenómenos o hechos jurídicos, y que, sin embargo, es cosa fácil clasificarlos a posteriori y distinguir su verdadero carácter a medida que se van presentando. Ni los tribunales ni los comerciantes han vacilado en calificar de actos comerciales las nuevas combinaciones y efectos mercantiles inventados en lo que va de siglo, cuando realmente han tenido ese carácter ; y, por esto, la Comisión, *fiando, más que en la ciencia, en el buen sentido*, ha declarado que son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga, *dejando la calificación de los hechos, según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados.*»

En ello vuelve a manifestarse la inexistencia de una noción técnica adecuada del significado de los sistemas subjetivo y objetivo ; no encuentra contradicción entre esta fórmula y los criterios heterogéneos que, para cada acto, recoge luego del Código del 29 ; así, tampoco a los redactores hubiera resultado heterodoxo que para la interpretación del artículo 2.º se siguiera la técnica subjetiva ; así lo proponía ROMERO GIRÓN, como vimos antes.

3. Respecto del *concepto de comerciante* la gran preocupación es claramente política : romper privilegios y con ello evitar, mediante la supresión, las irritantes dificultades que provenían del sistema de matrícula. Los demás problemas técnicos, y entre ellos el de susceptibilidad de partir del concepto de acto de comercio para determinar quién sea comerciante, no fueron objeto de preocupación.

Estas ideas se manifiestan en las Bases de 1869. (La base III dispone : «Deberá suprimirse todo monopolio, privilegio o exclusión para el ejercicio de las varias profesiones comerciales.» Y la base IV : «No podrá el Código establecer Colegio ni agrupación forzosa de clase determinada, debiendo limitarse a consignar el derecho en todos a la asociación voluntaria.») Se reflejan luego en la Exposición de Motivos, y hasta tal punto preocupó que ya an-

tes, en 1878, se había reformado el Código en este aspecto, siguiéndose la línea de las disposiciones múltiples que fueron recogidas más atrás. La Ley de 30 de julio de 1878 dispuso en su artículo 1.º: «Los artículos 1.º... se entenderán y regirán... en la forma siguiente: Artículo 1.º Se reputan de derecho comerciantes y, como tales, sujetos a las prescripciones de este Código, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, funden en él su estado *civil*, se ocupen habitual y ordinariamente en el tráfico mercantil y estén, además, inscritos en la matrícula de comerciantes. La falta de cumplimiento de la inscripción en la matrícula no exime a la persona que al comercio se dedica de ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código; debiendo serle aplicables a petición de parte legítima, desde el momento mismo en que anuncia a sus acreedores haber suspendido o aplazado el pago de sus obligaciones vencidas.»

III. LOS CAMBIOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO DESDE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO necesitan ser considerados, si quiere evitarse caer en la equivocación de entender que no hay más Derecho mercantil positivo que el que se contiene en el Código; en realidad, este cuerpo legal es hoy una pieza cuya importancia y lugar en el conjunto del Derecho español deben ser objeto de aclaraciones.

En primer lugar, hay que considerar la existencia de un cambio muy importante en la *orientación jurídico-constitucional*; no hay necesidad de entrar en el detalle de las disposiciones vigentes, para hacerse cargo de que la ideología que inspiró al Código no debe, en la actualidad, constituir un elemento decisivo en la interpretación; hay coincidencia general, en todos los países, en lo referente a excluir como certeza científica el juego del automatismo liberal e individualista, con independencia de las fórmulas distintas que luego se utilicen como correctivos.

Como antes se ha indicado, basta la consignación de la idea, en los términos generales que se han seguido. No es preciso recoger textos del Fuero de los Españoles y del Fuero del Trabajo, pues basta la sugerencia de su sola mención.

Por otra parte, *la legislación especial*, que en cualquier libro de Derecho mercantil exige varias páginas para ser recogida en mera enumeración, no puede eludirse. Esta masa legislativa tiene que ser tomada en consideración, a los efectos que aquí nos interesan, en un doble sentido: primeramente, importa de ella su contenido; en segundo lugar, en qué relación se encuentra desde el punto de vista técnico con el Código de comercio.

Por último, la *jurisprudencia* viene a constituir otro elemento imprescindible. En nuestro país, la tarea llevada a cabo por esta vía, en orden a la adaptación de nuestros viejos textos legales, es de importancia fundamental.

IV. Expuestos los datos relevantes de nuestro ordenamiento, centrados en lo que presentan de particularidad que pudiéramos llamar histórica, se hace preciso, para su interpretación actualizada, recoger lo que del examen de las distintas aportaciones de la historia, la legislación y la doctrina se puede considerar utilizable en Derecho español. No se trata de volver a examinar el temario que se ha venido tratando; tampoco de reproducir las estimaciones críticas hechas en cada momento; lo que se intenta es destacar los trazos relevantes, ya comprendidos en sus lugares propios, desde el punto de vista de las ideas expuestas en el párrafo de «Planteamiento» inicial para establecer el necesario enlace. Esta es la comprensión de este apartado sobre RECOPIACIÓN CRÍTICA Y CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL.

A. El concepto del Derecho mercantil no es un concepto jurídico *que es*, sino un concepto jurídico que *está siendo* constantemente. Esta nota que pudiéramos llamar *historicidad del Derecho mercantil* tiene que explicarse y a su vez explicar algunas cosas; se trata de desenvolver algunas ideas, ya implícitas en el planteamiento, pero que ahora son de nuevo precisas para evitar soluciones de continuidad.

El Derecho positivo está compuesto del Derecho estatal, del de producción autónoma y del derecho de producción autónoma-delegada, y está en las comunidades sociales como uno de los elementos de la ordenación de la vida en común. Este Derecho es el material de la Ciencia del Derecho positivo. Pero este material pide un constante cambio y además *debe* requerirlo, excepto en lo que tenga de principios por sí mismos de Derecho natural; en definitiva, la razón—por lo demás vulgar—está en que el Derecho no pone—no es específicamente jurídico—, sino el concepto del Orden justo o presuntivamente justo, en datos de proceso autónomo, aunque, a veces, sea elemento, a su vez, el Derecho ya vigente, pero entonces ya como elemento sociológico; cada cambio, por minúsculo que sea, tiene su exigencia jurídica nueva, se satisfaga o no, o se violente, incluso por razones de seguridad jurídica, que es elemento imprescindible del orden. Lo que ocurre es que esos cambios se hacen aparentes, o por su grandeza, o por su violencia. Si nuestros mecanismos de posesión intelectual permitieran aprehender el conjunto del Derecho así entendido, en extensión y en profundidad, no se precisaría dividirlo; se le divide para hacer posible el conocerle.

El Derecho mercantil es una de esas divisiones. Pero el corte, como se vió en el planteamiento, se impone al Derecho estatal, autónomo y autónomo-delegado en la medida en que la función jurídica ordenadora viene exigida por los complejos sociales, según éstos se van presentando.

La identificación de una zona como Derecho mercantil ha de hacerse en un trozo del sistema del Derecho positivo, que pueda, a su vez, marcarse mediante el descubrimiento de la zona de la

realidad que ha exigido y conseguido ser atendida en su necesidad de ordenación con aquel trozo de Derecho, de tal manera, que en todo aquel trozo, y marcando sus límites, esté presente la traslación de las exigencias de aquella realidad conformando técnicas, instituciones, etc., y revelando un sistema inmanente.

Pero, cuando hablo de identificación como Derecho mercantil, introduzco un prejuicio cuyo alcance hay que precisar porque aquí hay un nudo de errores. El proceso mental, por sí válido sin más, consistiría en la descripción de qué sectores son miembros realmente del sistema inmanente en el ordenamiento positivo; y, luego, a cada uno de estos miembros se les podría rotular con una terminología; esta rotulación podría ser absolutamente convencional, con tal de que quedara clara la significación en la que se conviviera; pero la búsqueda o investigación de uno de esos miembros, ya como Derecho mercantil, no podría hacerse si no se tuviera de antemano una categoría mental cuyos contornos definidores sirvieran de contraste para la identificación del sector buscado; y, al final de la búsqueda, se diría existe o deja de existir, o total o distintamente; ahora bien, este proceso metodológico contendría un error; partiría de la verdad de la categoría, siendo así que el concepto debe reflejar la realidad y, por tanto, está condicionado por ella; lo que sí es correcto y lo normal en la metodología científica es el proceder con tanteos: se formula un concepto preliminar como hipótesis para contrastarlo en la búsqueda y, luego, se desecha, se confirma o se perfila según los resultados de la misma; pues bien, lo que ocurre en nuestro caso es lo siguiente: la categoría y la terminología nos vienen dadas porque nos las presenta en primer plano la historia; la aparición de un Derecho mercantil «de mercatura seu marcatores» en la Edad Media nos ofrecen hecho el proceso de invención de la hipótesis de trabajo y nos ahorra el esfuerzo de montarla.

Normalmente, se aborda el tema de identificación del concepto, partiendo de una noción gruesa y borrosa que se nos ha introducido en la mente casi sin nuestra deliberación; es fácil explicarse este hecho: el Derecho mercantil se nos presenta espontáneamente como una herencia cultural de instituciones jurídico-positivas y doctrinales, y es indudable que esa herencia está ahí; es una realidad.

Esta primera confrontación intuitiva de que está ahí, es, sin embargo, la fuente de los errores; la convicción de que está y de que tiene que estar, nos da una demostración primaria que hace que el resto del proceso sea de explicación de lo que ya internamente damos por demostrado; es decir, no revisamos la hipótesis como tal y según su naturaleza histórica y se tiende a exigir al concepto una perfección contra su naturaleza; es decir, se salta insensiblemente a pedirle una perfección apriorista o ahistórica, por cuyo camino se llega de hecho a perseguir la invención de una técnica de acotamiento de la materia mercantil.

La rectificación que hay que hacer a esta actitud metodológica consiste en tomar la categoría como hipótesis y disponerse a perfilarla. La historia no garantiza la verdad de la hipótesis, pero sí, en cambio, su adecuación al objeto perseguido; lo que nos dice es que el trozo del conjunto del ordenamiento que buscamos está en los materiales a los que se han venido llamando Derecho mercantil; o de otra manera: la continuidad del proceso histórico nos da con la característica de inmediatividad, toda una línea evolutiva compuesta de una masa de Derecho objetivo estatal y no estatal y de doctrina que podemos recorrer en extensión y en profundidad. También nos da la historia la terminología, aunque nos quede la libertad de su crítica. Esta cuestión de terminología puede ser despreciada como poco importante. Atendiendo a la cuestión de fondo, el tránsito de la hipótesis histórica que, de hecho, todo el que se propone el tema del concepto toma como punto de partida, a su verdad, no nos la da la historia, pero esto no quiere decir que no haya de hacerse sin cambiar la nota de historicidad esencial del ordenamiento positivo, y, en consecuencia, lo que hay que perseguir en definitiva es la determinación de en qué términos y condiciones la verdad histórica es verdad actual. Esos términos y condiciones vienen dados por la índole del concepto perseguido, que ya sabemos por el planteamiento: el Derecho mercantil como trozo de un sistema se justifica por la existencia de una realidad social que exige una especialidad orgánico-teleológica de tratamiento. Por tanto, lo que hay que buscar es la existencia y las características de los dos elementos de esta función, según su línea histórica; es decir, si existe y qué realidad social es la heredera legítima de la que venía motivando el Derecho mercantil, y si existe y qué parte del ordenamiento positivo viene dada en función de esa realidad, siendo igualmente el legítimo heredero del viejo Derecho mercantil. Naturalmente, podría suceder alguna de las siguientes cosas, al combinar los elementos funcionales indicados: que ninguna realidad existiera que pudiera postular para sí representar aquella continuidad, porque la evolución llevara a una dispersión, que la perfección del ordenamiento positivo o cualquier otra causa hubiera eliminado la necesidad de un tratamiento jurídico especial. Precisamente en el sí o en el no y en el cuánto, estriba el problema de en qué términos y condiciones la verdad histórica es verdad actual. Es en definitiva un problema de vigencia de sistema, pero vigencia en doble sentido, que esté en el ordenamiento en vigor, en el conjunto de normas del Derecho positivo que es; que esté vigente como sistema interno; que en ese ordenamiento conforme un sector orgánicamente.

La historicidad del Derecho mercantil debe llevar a otra consecuencia importante: el concepto del Derecho mercantil puede ser *exacto* y ser al mismo tiempo *imperfecto* para un punto de vista doctrinal; más aún, normal, aunque no necesariamente ocurre así. La perfección exigible por la doctrina, dada su naturaleza histó-

rica, consistiría en una correspondencia de fases: que a la evolución en la estructura de la realidad tratada siguiera un total paralelismo orgánico del régimen jurídico, atendiendo sus exigencias de justicia. Prácticamente esto no se da: permanecen vigentes disposiciones a pesar del cambio de circunstancias, se equivoca el legislador en la estimación y valoración de éstas, etc. Admitir que el legislador pueda equivocarse es un paso que no se atrevería a dar la dogmática metodológica del siglo pasado y, sin embargo, es esencial no ser absurdamente reverentes. De aquí que ningún concepto de los que se formulan se presente sin alguna posible objeción a la vista del Derecho positivo. En realidad, lo que ocurre es que el jurista debe indicar aquella correlación de fases, pero luego ha de describir el Derecho vigente e indicar, en su caso, en qué medida ésta no se atiene a aquélla. Es decir, hay una perfección de fases para el concepto que es formal y una exactitud material del Derecho positivo que no suele alcanzarse. Así, resulta que normalmente, por la finalidad sistemática del concepto del Derecho mercantil podrían distinguirse: *sistema inmanente*, *sistema del legislador* y *sistema contra el del legislador*. Esta distinción tiene varias implicaciones que se verán más tarde.

Por último, de estas determinaciones se derivan también que la función importante del concepto del Derecho mercantil por su historicidad, por su «estar siendo», es la de instar la correspondencia de fases entre realidad y sus exigencias jurídicas, moviendo de esta manera al jurista y al legislador para que, desde sus respectivas competencias, las atiendan. Los intentos de obtener un concepto que ignore la dinámica histórica deteniéndola, van contra la misma naturaleza del que se persigue; igualmente, cuando se objeta desde el Derecho positivo en tales o cuales preceptos o desde la técnica utilizada por ese ordenamiento, se comete el error, implícitamente, del desconocimiento de la historicidad del concepto y el plano en que hay que situar la perfección exigible.

B) De lo expuesto en el apartado anterior se deduce que detrás del problema de concepto hay un tema de *política jurídica* que se vale de una *técnica* que interesa al jurista de una manera subordinada en la medida en que su conocimiento es un elemento interpretativo que deberá tener presente, pero sin perder de vista que es el aspecto teleológico el importante. Lo que ocurre es que la realidad que ha venido reclamando una determinada orientación a aquella política jurídica, es decir, la especialidad de régimen, se ha presentado históricamente a hacer valer sus exigencias de ordenación de distinta manera, según la estructura económico-social y sociológico-jurídicas, condicionando de esta forma las técnicas y el sistema. Conviene una síntesis recordatoria, remi-

tiendo la demostración a los lugares en que las cuestiones se expusieron con anterioridad.

1. Desde la Edad Media hasta el siglo XIX puede decirse, con una generalización en lo fundamental correcta, que la realidad que pide un tratamiento especial es el comercio; pero comercio en toda esa época es un sector de la estructura económica, orgánicamente diferenciado, frente a la industria en organización artesana y la agricultura en estadio evolutivo de separación de su impronta feudal y por la importancia concedida a la posición en la sociedad de las personas y las clases. La especialidad de trato se produce de distinta manera en función de la organización política del sistema de fuentes de producción del Derecho, de la estructura corporativa y de clases con su tendencia hacia la profesionalización; de aquí la variedad en cuanto a las fuentes externas en que las normas especiales se contienen y en cuanto a las normas y las instituciones en que la especialidad consiste. Con la misma salvedad de hacer una generalización, cuya verdad estriba en su tipicidad, puede decirse que lo característico es que la especialidad de tratamiento se propone sobre el presupuesto de una cierta autonomía de una comunidad dentro de la comunidad: la de los comerciantes; en ello iban: una especialidad de privilegio con un ordenamiento en la pluralidad de ordenamientos, que da por sí un género de independencia al Derecho mercantil, una especialidad material o de fondo de producción en buena medida autónoma y una técnica de acotamiento.

2. Desde el siglo XIX el comercio deja de tener significación de sector orgánico en la estructura económica y social; la razón está en que los sectores económicos precedentes—comercio, por encima de artesanado y ahora, ya industria y agricultura, antes dominio—se borran en el sistema de la economía libre o del capitalismo, por exigencia de la fluidez requerida para el funcionamiento de ésta, la que en definitiva viene de la entronización institucional del mercado constante y universal respecto de espacio y bienes en el juego de la economía.

a) Però para explicar la sucesión hereditaria en favor de la empresa hay que tener en cuenta además los *cambios del medio*: homogeneización de la sociedad con desaparición de clases, afirmación del Estado y su soberanía, pero agnóstico económicamente, producción del Derecho por el Estado con reducción de la esfera de autonomía o producción por vía autonómico-privilegiada, etcétera. En definitiva, de esta manera se va produciendo una emigración de materiales histórico-jurídicos mercantiles de especialidades del Derecho político, administrativo, procesal, etc., que con otros nuevos o ya existentes pero no mercantiles, van sentando en cada lugar los elementos o presupuestos para el juego del nuevo sistema económico que presenta sus exigencias atendidas o no, a la estructura del Estado, a las relaciones internacionales, a la admi-

nistración, al sistema tributario, al régimen hereditario, etc. Es decir, en las ramas jurídicas que se fundan sobre el presupuesto de la unidad del ordenamiento frente a la pluralidad precedente y en función de los fundamentos que se indicaron en el planteamiento.

En el nuevo sistema queda una realidad aislada orgánicamente, sucesora del comercio y congruente con las características de los nuevos ordenamientos: es la empresa. Su aislamiento orgánico y la legitimidad de su sucesión vienen de su función en el nuevo sistema económico:

Lo que se hereda del viejo comercio, en una sociedad homogeneizada, no es el objeto del tráfico, sino otra cosa estructural que originó ese tráfico y cuya relevancia queda al desnudo en el nuevo sistema: el industrial y el comerciante interesan en cuanto operan en la manera que el viejo mercader operaba para los mercados intermitentes y de localización más o menos comprensiva: en términos de precios, a la universalización del mercado se corresponde la universalización de la empresa; el empresario importa como pieza económica, por su función o servicio fundamental en la economía: asunción de la incertidumbre de la demanda del mercado orientando y organizando hacia la misma los elementos de la producción a su propio riesgo. Lo que ocurre es que esta función antes sólo del comerciante, roto el dique del sector orgánico comercio, se institucionaliza en otras personas;

Su posición orgánica en la estructura económica no es ya de sector social porque no existe en la sociedad contemporánea. Cambia su sentido al orden económico-institucional: la historia de la economía, la economía institucionalista y la economía pura coinciden en dar su lugar al empresario según su función en el mecanismo económico: combinar los factores productivos a su riesgo—riesgo del empresario—y con vista de ganancia: ganancia específica del empresario distinta de las diversas rentas que distingue la ciencia económica y sucesor legítimo del comerciante.

La traslación al Derecho ha de verse en función de la línea sucesoria histórica. Pero antes hay que ver la actitud del Derecho ante estas transformaciones.

b) Lo verdaderamente importante ante los cambios en la estructura social y económica es la desaparición de la comunidad mercantil dentro de la comunidad del Estado que ofrecía la posibilidad de un ordenamiento para esa comunidad como ordenamiento más o menos cerrado de privilegio y con margen en su seno más o menos amplio de autonomía y espontaneidad en la producción de las especialidades de tratamiento.

Al recogerse el patrimonio jurídico que había nacido en el seno de aquel sector orgánico, pero ya sin poder contar con él, podado en los términos que exige la privatización y en forma de *Código*—Derecho racionalista del Estado—se plantean una serie de problemas importantes y hasta curiosos que hay que puntualizar.

Mientras el Derecho mercantil se presenta como un ordenamiento dentro del ordenamiento para una clase, la exigencia de tratamiento especial del comercio se propone en dos formas o fases:

Una unitaria, previa, formal y remisiva, de contenido político: la clase de los comerciantes presenta una exigencia de autonomía de creación jurídica en cuyo seno nace el estilo de los mercaderes;

Una segunda, disgregada, material y en acto, en la que está la fase político-jurídica, la puesta en movimiento de aquella esfera autonómica en inmediata atención a las exigencias concretas y especificada en cada institución, figura o realidad económica.

La aparición de los Códigos de comercio consume (para salvar con esta palabra la omisión del detalle del proceso visto en otros lugares) notables cambios. En términos generales, los Códigos toman el patrimonio de instituciones y especialidades jurídico-mercantiles y las hacen Derecho estatal, rompiendo definitivamente la primacía—y, desde luego, la atención—de la producción autonómica. Pero este Derecho se encierra en un cuerpo unitario y se somete a un sistema o, mejor, plan deliberado del legislador, y además éste tiene que proponerse el problema de su esfera de vigencia.

Estos cambios tienen unas repercusiones cruciales para el problema del concepto:

’) La investidura de Código implica por su sentido histórico de «corpus» legislativo una *totalización* del patrimonio de instituciones y especialidades mercantiles que se quiere transmitir a la posteridad; se acepta por principio que los Códigos quieren recoger todo lo que sea Derecho mercantil.

Pero, además, esa totalización lleva consigo la *estatisación del Derecho mercantil*; se hace de él Derecho del Estado.

’’) Englobado en este fenómeno histórico va un curioso proceso de atribución al *codificador*—ya se verá luego que hay que hablar de codificador y no de legislador—como suyo, del problema del concepto del Derecho mercantil. Conviene describir este proceso hacia el *codificador-definidor*:

El codificador se encuentra el patrimonio jurídico-mercantil como un ordenamiento dentro del ordenamiento y le toma como un todo; para demarcar su esfera de vigencia no cuenta con la clase de los comerciantes, porque sería volver al privilegio; se intenta por el Código francés, que inicia las codificaciones, seguir la vía de la clase abierta: «por su actos se les conocerán», vienen a decir los discursos de los legisladores recogidos en otro lugar; pero ni el Código—y menos la doctrina—previeron que la mutación era más profunda: la desaparición de la clase como clase política se lleva tras sí, ya definitivamente, la instancia o fase preliminar de significado político-autonómico; esfera de producción jurídica no estatal con remisión de la especialidad material a las exigencias reales;

El codificador, al estatizar el Derecho, no puede aceptar el contenido político autonómico de esa fase; *no se pregunta, en cambio, si puede aceptar o despreciar la proposición en términos unitarios y globales* de la esfera de vigencia del ordenamiento mercantil y toma esa unidad que viene de su sentido como ordenamiento dentro del ordenamiento; pero al aceptar ese plano de planteamiento unitario y rechazar lo que tiene de privilegio autonómico, se ve lanzado a contraer el compromiso de situar en ese plano o fase un criterio material; es decir, una razón de fondo de la mercantilidad; y el contenido de ese fundamento de vigencia, situado en ese plano preliminar, le fuerza a buscar una motivación político-jurídica unitaria que justifique la vigencia del «corpus» redactado como un todo. Ahora bien, conviene aclarar desde ahora lo siguiente: en el momento histórico de redactarse el Código francés, lo que éste hace es destronar la clase como cerca o cierre del ordenamiento: no admite que pertenecer a una clase sea fundamento de un trato jurídico distinto, y busca otra forma de cierre: eleva a un plano global una razón material, pero en blanco, es decir, de contenido remitido: va a cerrar el mismo sector, un sector prejurídico, aunque ya no a título de privilegio, sino porque ese sector requeriría un trato especial por razones político-materiales que se van concretando en el régimen de cada institución. No dice que la especialidad consista en ésto o en aquéllo: en correspondencia con la continuidad y visión según la estructura del período anterior, el qué de las especialidades sigue estando remitido.

De este proceso se deducen, a su vez, las siguientes consecuencias:

Si el Código recoge todo el Derecho mercantil y el codificador le busca unitariamente un destinatario, el codificador ha asumido la tarea definitoria. Como el patrimonio recogido en el «corpus» legal se formó en gran parte autónomamente, quiere decirse que el codificador no le redacta como secuela de su pensamiento y en deducción lógica, sino que superpone su concepto al patrimonio que hereda.

Propuesto el tema de política jurídica en términos globales, requiere una *técnica* de la misma naturaleza. Con ello resulta que el concepto del Derecho mercantil depende del acierto en la determinación del sector y del acierto en la traslación de la idea a la técnica (de que ésta sea fiel y esté bien construida).

c) Desde el momento en que la *doctrina consienta proponerse el problema de concepto en los términos que le ofrecen los Códigos*, ha de aceptar una serie de errores preliminares que oscurecen la solución, y así ha ocurrido, en efecto; hay que indicarlos, así como los correctivos posibles.

’) El propósito *totalizador* del codificador da lugar inicialmente a una tendencia ya superada—por tanto, basta su mención—

de aislar el patrimonio jurídico-mercantil recogido; ése es el significado de la pretensión de independización metodológica—la jurisprudencia de equidad preconizada inicialmente por un sector de la doctrina francesa—; en realidad, se trata de una reminiscencia del ordenamiento dentro del ordenamiento que significó, en un tiempo, el Derecho mercantil, y que, al recogerse en Código, quiere perpetuarse.

Pero, además, la totalización—unida a la asunción por el legislador de la competencia definidora—origina una actitud mental de incomprensión de que pueda existir Derecho mercantil que no esté dentro de los Códigos; es decir, el Código, por su pretensión de perennidad, fosiliza la materia jurídica recogida, si la naturaleza de ésta es contraria a aquella pretensión, porque al ligar a su vida al sector acotado se hace incapaz de reflejar los cambios estructurales de ese trozo de la realidad económico-social. Es evidente que tal cosa va contra la historicidad esencial de todo el Derecho positivo. La positivación del Derecho natural, en el proceso de adaptación a las transformaciones económico sociales, tiene que discurrir a los bordes de los Códigos o fuera del Derecho del Estado; mas la actitud reverencial respecto del Código da lugar a que éste quede desactualizado, por una parte, y, por otra, a que no se sepa cómo puede ser Derecho mercantil lo que no se contenga en él. Es decir, el Derecho mercantil queda en situación de a extinguir. La salida correcta es reconstruir la continuidad del proceso histórico; que el Código recogió todo lo de su tiempo, pero que pueda ser Derecho mercantil algo de la producción legislativa posterior. Pero para poderlo ser hace falta saltar no sólo por encima de la totalización, sino del codificador definidor: no sólo es problema de cantidad, sino de que sea de la clase que el codificador llama mercantil.

”) El codificador, como *definidor*, quiso inicialmente llamar Derecho mercantil al Derecho exigido por el sector económico que acotó; fundamento para ello fué una razón teleológica que daría explicación a su contenido. Mantenido en estos términos su idea, era posible la soldadura con la doctrina a fines de concepto; es posible construir una sistemación los materiales legislativos sobre la base de su relación funcional teleológica con la realidad regulada. Las dificultades vienen de la *técnica de instancia subsuntiva preliminar global*. A ella hay que encaminar la vista.

a) Su *origen* está claro y fué explicado antes: al totalizar un patrimonio jurídico-mercantil que se presenta como un todo con su destinatario—la clase—, el codificador le toma en la misma manera, y de la misma forma también quiere buscarle un destinatario, pero no por razón de privilegio.

β) Sus *riesgos y consecuencias perturbadoras* se han manifestado de distinta forma. Para hacerse cargo de ello, conviene desglosar en qué consiste o qué implica aquella técnica; consta de los siguientes momentos: 1.º Determinación de un sector extraju-

rídico bajo la idea de que lo que en él se produzca, de relevancia jurídica, merece trato especial. 2.º Que la especialidad de trato jurídico se contiene en el Código totalizador. 3.º Pero las especialidades consisten en concreto en lo que se contiene de índole dispositiva o normativa alrededor de lo jurídicamente relevante configurado ya en instituciones específicas. Estas instituciones reflejan ya en concreto cosas, personas relaciones jurídicas a través de una tipificación más o menos dogmática y se ordenan según un plan del codificador. El juego combinado de estos elementos implícitos en la técnica codificadora sirven para poner de manifiesto en qué manera arriesgan la posibilidad de construir un concepto auténtico, a condición de que se retenga como característica del concepto las indicadas en el planteamiento y antes repetidas.

2a) Poniendo en relación los elementos primero y tercero, tomando un régimen concreto de los existentes en el Código—elemento segundo—puede ocurrir que se descubra que, al concretar, el codificador ha contemplado supuestos desde un ángulo distinto o que no son de los del sector que globalmente anunció. Desde este momento surge una *contradicción que afecta al sistema*; esta formulación genérica, que pone de manifiesto la razón del hecho, tiene otra ya tradicional: el sistema objetivo preconizado para Códigos como el francés, italiano del 82 o el nuestro, se encuentra contradicho en el régimen de instituciones de obligaciones, en que se atiende en los preceptos concretos a la pertenencia del contrato a los de explotación de la clase de negocio de que se trate; la correspondencia y la armonía sistemáticas hubieran reclamado en ese caso el sistema preliminar subjetivo; la razón está en la superposición, al patrimonio heredado del período anterior, de la nueva fórmula y de preceptos consecuentes con ésta, dándose ambas tendencias en el mismo cuerpo legal.

Con el ejemplo anterior, y con su enmarque, resulta claro que la técnica indicada contiene la promesa anticipada del legislador de atenerse a un sistema y, luego, cuando pone en acto su función legislativa efectiva, puede no atenerse a él y manifestar otro. Este riesgo deriva de la anticipación; el sistema no anunciado podría no ponerlo el legislador y dejarlo al intérprete: en la medida en que el instante de mandar o dictar normas es el remitido, de ellas derivaría el intérprete la motivación efectiva y la verdadera teleología. Luego se verá si el codificador no tenía más opción técnica que esa global y anticipada.

En los Códigos la fórmula indicada ha seguido dos rumbos, a los que la doctrina ha llamado sistemas objetivo y subjetivo; conviene ver en qué manera el riesgo indicado se ha manifestado en ellos.

En el sistema objetivo las perturbaciones han sido de tres órdenes. Desde un punto de vista puramente técnico—es decir, aislando, de momento, la implicación de política jurídica del sistema—, este sistema ha querido cerrar el sector regulado mediante una

invención técnica infeliz: los actos de comercio. En realidad, aunque se ha querido ver su invención en el Código francés, la verdad histórica es que se debe a la doctrina que le siguió, aunque luego se haya seguido legislativamente. Su origen es una equivocación: los actos de comercio del Código francés son los «faits de commerce» o «rationae mercaturae» del período anterior; su destino es curioso; cuando la doctrina traslada su sentido histórico—operaciones económicas correspondientes a la actividad profesional de los comerciantes, queriendo significar, en general, su tráfico como sector separado de su vida civil, y, por tanto, aun como sector extrajurídico, que se regulará luego al dar la base subsuntiva de cada tipificación de instituciones jurídicas—al campo del Derecho, se encuentra con que no puede servir para acotar la materia mercantil (desde el siglo pasado se sabe en Alemania que «Handelsachen» es más que actos de comercio, y sobre ello vuelve la doctrina italiana generalizada del Código derogado) sino en la parte de obligaciones, y, después de una larga odisea, vuelven a ese sentido extrajurídico en la doctrina italiana inmediatamente anterior al «Codice Civile». Tampoco sirven para saber quiénes son comerciantes, en cuanto se les aísle como acto jurídico. Y resulta, así, que la perfección del concepto del Derecho mercantil que se hace consistir en el cierre del sector no encuentra posibilidad de satisfacerse; la razón es que el antecedente del acto de comercio, la «rationae mercaturae», contaba para el cierre con la clase más o menos cerrada de la sociedad, y aquéllos sin ésta quedan al aire.

Desde el punto de vista de la política jurídica, en su origen en el Código francés, no quisieron significar que el Derecho mercantil hubiera de regir el tráfico de no comerciantes de la misma manera que el de comerciantes, sino abrir la clase. Luego quiso significar también lo primero, pero no totalmente en el patrimonio recogido en los Códigos, en su detalle dispositivo: en la medida en que éste viene del período anterior refleja la autonomía y espontaneidad con que las necesidades mercantiles hacen valer sus exigencias; a ello superponen los Códigos su concepto deliberado y extiende la vigencia, sea o no adecuada; es el fenómeno de contradicción en el sistema interno antes indicado.

El sistema subjetivo recoge la continuidad histórica y, en principio, no motiva contradicción con el Derecho mercantil que se hereda, pero origina un motivo de objeción por hacer al sistema incompleto; entra en juego el segundo elemento: el suponerse que todo el régimen de especialidades de tratamiento de este Código. Cuando en el Derecho alemán se distingua entre «Handelssachen in materiellrechtlichen Sinn» y «Handelssachen in prozessualen Sinn» y cuando se recoge el concepto de «Nebengesetze», por referencia al Código del 61, que establece la Ley de Introducción considerándolas como mercantiles, en lo que son complementarias de las materias de aquel texto, se revela esa nota; es decir, que la misma ra-

zón de mercantilidad hay para materiales jurídicos que están fuera del Código. Al mantenerse como se suele hacer en el seno del texto de aquél, se corta injustificadamente el sistema, puesto que su fundamento teleológico subsiste fuera de él. Por otra parte, y ya, derivando de la actitud reverencial respecto del legislador: en la medida en que se sigue a éste en su técnica de totalización anticipada y no ha entrado en ella ciertas materias, por no aplicárseles el enlace formal (seguros, cambiario...), el plan disgregador prefiere un sistema externo al interno que de las maneras antes indicadas se manifiesta. Conviene recordar estas cosas para los que creen que el sistema subjetivo resolvería el problema de concepto; en realidad, siempre presentaría la dificultad del anticipo de la especialidad y de la totalización codificadora.

ββ) Ya las consideraciones precedentes, respecto del Código alemán, nos permiten dar en síntesis el riesgo del elemento segundo de la técnica codificadora. Por otra parte, hay que tener en cuenta lo que se dijo acerca de la ambición totalizadora del Código. Se trata de lo siguiente: si el Código promete que las especialidades se contendrán en él y no se salta sobre su pretensión de cierre de la mercantilidad, todo sistema de Derecho mercantil que quiera explicar el ordenamiento positivo, habría de sacrificar el material jurídico contenido en otras fuentes del ordenamiento, a pesar de que, orgánicamente, desde el punto de vista del sistema, la comunidad de inspiración teleológica pidiera su engarce con el contenido del Código. Es decir, el sistema sería *incompleto*.

γγ) Tomando el elemento primero—la idea de que lo que se produzca en el sector acotado requerirá trato especial—se pone la causa para la *falsa apreciación* del sentido funcional de las *especialidades mercantiles*. Este aspecto de la técnica definidora que se viene exponiendo, viene a contener una especie de promesa en blanco de que existirá especialidad en efecto. No se comprende cómo pueden existir actividades, hechos o cosas dentro de ese sector económico que, a pesar de estar dentro, no susciten especialidad de trato; hay un ejemplo tradicional del que servirse: el de la mercantilidad de los inmuebles. La dificultad del problema viene justamente de ese elemento técnico indicado: los inmuebles pueden verse envueltos en un tráfico mercantil en sentido económico, pero a pesar de la promesa en blanco del legislador luego no dictó normas especiales para este tráfico porque eran las adecuadas las comunes; habríamos de traerles al Derecho mercantil y, luego, volverles a llevar al Derecho civil para encontrar el régimen jurídico.

El ejemplo anterior nos pone en camino, si se une al plan que el codificador racionalista pone sobre los materiales que recoge, para explicar otras facetas del tema de la apreciación del sentido de la especialidad mercantil. Pero para mayor claridad es conveniente exponer de antemano que ésta no es imprescindible ni conviene a la función legislativa.

γ) La aclaración de que esta técnica *no es imprescindible o única, ni conviene a la función legislativa*, se pone de manifiesto a través de dos corrientes muy dispares. Una de ellas es una aportación de la doctrina italiana; otra, el ejemplo de los ordenamientos sin Código de comercio, desde determinado punto de vista, que se indicará.

La aportación mencionada es de la doctrina italiana, iniciada por ROCCO, del período anterior al Código civil; está reflejada en la distinción de elementos que se ha aprovechado hasta aquí; es la aclaración que fué comúnmente aceptada de que las normas de acotamiento de la materia mercantil en sentido global eran meramente delimitativas; es decir, manifiestan esa instancia preliminar de que se viene hablando; las normas de régimen—las que contienen la regulación concreta—aparecen luego en el seno de cada parte o de cada institución. Aquéllas constituyen una premisa mayor. De aquí se deduce que, en ese sentido, en esas normas hay que ver una *definición*, y en esta forma, sin más, puede atraerse sobre la técnica comentada toda la crítica tradicional acerca de los peligros de irrogarse el legislador esta función. Además, y es cosa muy interesante, de ello se deduce que al legislador se le ha de obedecer sólo cuando en concreto manda, pero puede prescindirse del aparato que creyera necesario para dictar normas si no se atenta a la observancia de éstas. A veces hay que salvar sus equivocaciones no dispositivas para dejar a salvo éstas. Luego se volverá sobre este punto.

Por otra parte, los ordenamientos sin Código de comercio separado, pueden ahora ser sometidos a apreciación desde la crítica a la técnica de instancia sustantiva preliminar. Ya hemos visto que esta técnica, por la promesa en blanco que contiene, da lugar a la existencia de supuestos de hecho dentro de la zona acotada, para los cuales luego no se cumple la promesa de trato jurídico especial. En el plano teórico, podría irse extendiendo la amplitud de supuestos hasta el extremo de un acotamiento que careciera luego de cualquier tipo de supuesto de hecho con trato especial; entonces los que piden la existencia de esta técnica, como requisito de existencia de Derecho mercantil, se encontrarían con un Derecho mercantil vacío, pero no se atreverían a decir que carece de sentido, porque se ha generalizado, y la verdad es que es entonces cuando se habría generalizado, porque se demostraría su innecesidad. En cambio, se admite la generalización cuando volvemos a encontrarnos el catálogo de las instituciones y el régimen de las mismas que están en el Código de comercio, en otro cuerpo si su demarcación no se ha hecho anticipadamente. La verdad es que se trata de una técnica de acotamiento no anticipada ni unitaria y que se ha dejado a la doctrina la formulación del fundamento desde el punto de vista teleológico donde buscar la conexión del sistema. Que aquella técnica es posible se demuestra desde el punto de vista histórico, porque la seguida por los Códigos no fué

deliberada, sino reminiscencia de la manera de tomar el patrimonio que en ellos se recoge (el ordenamiento dentro del ordenamiento como un todo), porque ya con los llamados actos de comercio absolutos se manifestaba la existencia de figuras creadas en el tráfico y que descubrirían que la exigencia de especialidad no tenía que ser de excepción a una figura paralela, porque el tráfico mercantil ha demostrado ir originando una tipificación de figuras que permiten el mecanismo ordinario de aplicación de las normas mediante delimitación de los supuestos de hecho en concreto; y, sin más remisión, por el hecho de volvernos a encontrar las figuras mercantiles en los ordenamientos sin Código separado (16). Pero conviene advertir, por último, que tampoco hay necesidad de la fórmula de mercantilidad anticipada en un Código separado, sino que la misma fórmula de estos otros ordenamientos podría seguirse. La ventaja que ofrecerían habría de depender de que el sistema de distribución reflejara, frente a la fragmentariedad desde el punto de vista de un plan basado en derecho común, la conexión desde el punto de vista de la realidad económica, constante explicación teleológica de las normas o instituciones completas.

δ) Por último, para salir de los inconvenientes que se han ido reseñando, conviene tener en cuenta que *al codificador, como definidor, no hay que seguirle*. Hay que hacer notar, primeramente, que una actitud positiva, inspirada exclusivamente en un Código, es una actitud positivista facciosa; el «codificador» no es lo que se suele llamar el legislador, cuando con esta expresión se significa la totalidad del ordenamiento, al que se le invoca así en una manera personificada; el «codificador», si se aísla su obra del resto del ordenamiento, queda en un legislador individual o colectivo de carne y hueso que legisló en un momento histórico determinado. Naturalmente, si lo está ha de considerarse en vigor su Código, pero esto no quiere decir que a costa de la vigencia de la obra coetánea y posterior del «legislador» general; es decir, del resto del ordenamiento.

La idea unitaria y deliberada del codificador, refleja en el sector acotado, puede estar en contradicción con el sector que refleje motivación disgregada que se encuentra inmanente en los preceptos concretos de regulación (y que, por tanto, también son del codificador) de instituciones en particular que se contengan en el Código. Esto puede deberse al origen histórico del material recogido o a cualquier otra causa. En todo caso plantean un problema de opción.

Esas mismas motivaciones de política jurídica orientadoras pueden encontrarse en disposiciones formalmente complementarias de instituciones del Código; pero que reflejen ideas distintas, ahora, del legislador no codificador, en cuyo caso, el problema de op-

(16) Esta materia ha sido tratada con detalle, y no se insiste sobre ella.

ción viene influido por la preferencia a favor de la disposición posterior ;

Mas, en cualquier caso, la doctrina tendría que convenir en que cualquier legislador pide obediencia en lo que manda en efecto, pero no en lo que opina o en la técnica que adopte, a no ser en la medida en que en ello vaya implícito un contenido dispositivo, pero sólo donde éste llegue. De esta manera, quiere decirse, que la idea unitaria y global sólo tiene que ser obedecida hasta el alcance de su contenido dispositivo ; pero no vincula al intérprete a seguirla como opinión sobre concepto del Derecho mercantil que se haya permitido expresar el codificador racionalista, contra el que pueda deducirse del conjunto del ordenamiento codificado y extracodificado, si ese concepto está inmanente en él. Más tarde se volverá sobre estos extremos.

Si se deja de lado la reverencia, mal fundada, al codificador, debe quedar propuesto el problema del concepto en el plano de la totalidad del ordenamiento, si bien con respeto a lo que de la labor del codificador sea norma positiva vigente y comprendiendo en aquel, pues no hay razón para discriminar el estatal, el autónomo y el autónomo delegado.

C) Vengamos ahora al *Concepto en Derecho español del Derecho mercantil*, teniendo en cuenta los datos contenidos en este capítulo.

1. Con carácter previo hay que recoger una síntesis acerca de las *características y alcance del intento definidor de nuestro Código de comercio*. Como habíamos visto con anterioridad, la impronta que, a la comprensión sistemática del ordenamiento positivo, dé la idea sobre el particular del codificador-definidor, viene a constituir pieza decisiva para las posiciones adoptadas por la doctrina ; habrá de verse enseguida que en nuestro Derecho se ha parado poco la atención en que no eran de extender en bloque, como se ha hecho, las aportaciones doctrinales extranjeras llamadas de orientación objetiva, si se busca con ello mantener la fidelidad a la intención del codificador ; es decir, ha faltado una interpretación rigurosamente positiva que buscara las particularidades, o lo que presentaba como diferencias específicas, el Derecho español.

a) Desde el punto de vista de la *motivación teleológica general* de las normas, no es exacto que el Código de comercio se haya propuesto deliberada y globalmente hacer de su contenido un Derecho general del tráfico, sin atención a la pertenencia de las instituciones a organizaciones comerciales de explotación de negocios. Lo único que quiso es que no se centrara la atención en un privilegio de clase (fórmula de clase abierta que ya conocemos para el Derecho francés), ni que predominara la atención legislativa sobre las personas. Esta conclusión se fundó antes, pero conviene aclarar que es por esto por lo que el Código no se ve a sí mismo incongruente, cuando unas veces, para acotar la mercanti-

lidad de las instituciones en concreto, recurre a criterio objetivo y otras a criterio subjetivo (o, mejor, malamente subjetivo).

b) Desde el punto de vista de su comprensión, nuestro Código ha expresado su deseo de no *totalizar* el Derecho mercantil. Es curioso que así haya sido, pero es evidente. La manera de expresarlo no puede decirse totalmente correcta; se ha valido de una fórmula más trascendente de lo que pueda parecer a primera vista. Fué muy acertado en el entender que aparecía en un momento de efervescencia evolutiva en la estructura económica. Pero al abrir la puerta a la evolución lo hizo por referencia a la atipicidad entendida en un sentido político, como ancho campo al desenvolvimiento del Derecho por vía no estatal o autónoma; este perfil de la atipicidad casa con el sentido que el liberalismo ideológico tiene en la época. A los fines interpretativos actuales, basta tomar de la idea del codificador su intención de dar entrada como patrimonio de Derecho mercantil al que se produzca fuera del Código por vía legislativa o autonómica.

c) En armonía con las ideas anteriores, resulta fácil comprender que la técnica de definición no es de cierre, aunque sea global, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos en los que se inspiró, o por lo menos en las direcciones doctrinales apoyadas en ellos. Justamente en esta técnica definidora abierta está la particularidad de nuestro Derecho, particularidad tantas veces señalada como defecto. La Exposición de motivos lo que dice claramente es que no quiere que para saber qué será mercantil en el futuro, o en lo no comprendido en el Código, se recurra al mismo, sino «al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados». Es decir, el codificador no ha querido fosilizar la zona extrajurídica económico-social acotada, sino dejar vivo su proceso evolutivo. Para ello se ha valido de una técnica cuya caracterización no ofrece dificultad a la ciencia actual: se trata de una técnica totalmente correcta de «cláusula general»; justamente la que, en buena técnica legislativa, sirve a estas finalidades de abrir el Derecho a la vida frente a definiciones o casuística. En consecuencia, lo que el codificador español ha querido es precisamente lo que es conforme a la conciencia que tiene de las transformaciones económico-sociales que se están produciendo en su época: que quepan en su concepto del Derecho mercantil. Por tanto, si tomamos el desglose, que en su momento se hizo de las fases implicadas en la técnica subsuntiva global preliminar, resulta que al renunciar al acotamiento cerrado del sector económico-social destinatario del Derecho mercantil que recoge (17), y al admitir mediante la atipicidad el desenvolvimiento jurídico-positivo fuera de su texto, es manifiesto que ningún intento definidor que constriña la reconducción a unidad sistemá-

(17) Al no prejuzgar sobre fundamento teleológico.

tica del total del ordenamiento está formulado con vinculación, como principio general, para el intérprete.

d) Todavía queda un último extremo cuya precisión es importante; es decir, hay que ocuparse de la *utilidad desde el punto de vista jurídico-positivo español de la doctrina de los actos de comercio*. No se trata de adoptar actitudes anticipadas o radicales, sino de examinar este tema desde las premisas que proporcionan las características especiales del ordenamiento español, y evitando las generalizaciones. Está ya aclarado que, desde el punto de vista de la teleología de las normas, no puede formularse para nuestro Derecho que el principio general deseado por el legislador haya sido hacer del Derecho mercantil un Derecho que atienda al tráfico desde un punto de vista apersonal e inorgánico. Se ha remitido al tratamiento contradictorio que luego emite en cada institución regulada. En consecuencia, el intérprete habrá de buscar las funciones que los «actos de comercio» llenan en concreto en nuestro ordenamiento.

’) En primer lugar, debe tomarse como exacto para nuestro país, como para cualquier otro, que los «actos de comercio» no agotan la «materia mercantil». Por esta sola razón no se les podría atribuir función definidora técnica. Si no queremos llegar a manejar palabras con sentido inadmisibles desde el punto de vista gramatical y lógico, tendremos que convenir en que hay en el Derecho mercantil positivo algo más que acto de comercio. Es perfectamente aplicable a nuestro Derecho lo consagrado por la doctrina que en otros lugares hemos recogido. Lo que pudiéramos llamar estatuto del comerciante y el Derecho de cosas mercantiles no son actos de comercio y sí son materia mercantil. Decir que el buque o la mercancía es acto de comercio es decir algo que, en el mejor de los casos, no sirve para nada, aparte de que, como he dicho, las palabras tienen un sentido y aplicar «acto», que se refiere a un movimiento de voluntad a una cosa es absurdo. Por tanto, el campo justo de los actos de comercio es el de las obligaciones mercantiles. El que el resto de la materia mercantil no haya preocupado a la doctrina y a la legislación, desde el punto de vista de la delimitación que estudiamos, se explica porque constituye materia privativamente mercantil, de la misma manera que el Derecho de familia y el de sucesiones lo es del Derecho civil, o porque la individualización de las cosas es técnicamente suficiente para atraer las *especialidades* mercantiles (pensemos en el deber de contabilidad, Registro y sus efectos, nombre y marcas comerciales, buque y derechos sobre el buque, etc.).

”) El llamado acto de comercio tampoco sirve en nuestro Derecho (manteniéndonos en una interpretación que guarde fidelidad a la intención del codificador), para arrastrar la calificación de comerciante. Ello se deduce de los artículos 1.º y 3.º del Código y la verdad incontestable de que no todos los actos que el Código menciona sirven para esa calificación: sería absurdo pensar que

cada vez que se consume un talonario de cheques ha nacido un comerciante. Un examen detenido del articulado pone en seguida de manifiesto que el Código no habla de «acto de comercio», sino de «comercio» (art. 1.º) o de «operación de comercio» (art. 3.º). Cuando el artículo 1.º habla de que son comerciantes «los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él *habitualmente*», quiere decir si se le quiere salvar que la persona que lo ejerce hace de ello su profesión (18). Además, al hablar de «comercio» y no de repetición de actos de comercio, piensa en comercio en el sentido del tráfico, y, al mismo tiempo, da la posibilidad al intérprete de salvar el terrible problema del número de actos necesarios para que haya habitualidad (19), ya que comercio es actividad mercantil organizada en el concepto del tráfico, que es aquí decisivo, ayudando incluso a poder llegar al comerciante por la forma. No desvirtúa esta interpretación el artículo 3.º cuando habla de operación mercantil, pues con esta expresión quiere decir que el *objeto del negocio* sea comercial. Este artículo está tomado del 17 del Código del 29, que decía: «Un establecimiento que tiene por *objeto* cualquiera de las operaciones que en este Código se declaran como actos positivos de comercio.» Por otra parte, la presunción debe surtir sus efectos inmediatamente—cosa que se dificultaría si la referimos a práctica frecuente de actos sin conexión—, ya que nos encontraríamos, en caso contrario, con que quien quizá ha hecho uso del crédito público, quedaría fuera de las normas que, en atención a ese uso del crédito, se dictan para el comerciante: contabilidad, quiebra, etc. Parece que hay aquí una razón de orden público en apoyo de la interpretación que se propugna. Parece ser que esta interpretación da el verdadero sentido del Código, si tenemos también en cuenta los artículos 1.º, número 2.º, 117 y 123 *in fine*.

La Jurisprudencia, en materia de actos de comercio, no ha logrado más éxito que la doctrina, y no ha podido suministrar orientaciones generales seguras. No puede hablarse de una doctrina jurisprudencial de líneas sistemáticas firmes y deliberadamente sostenidas. Con todo, tiene interés una reseña.

''') Desde un punto de vista procesal, a falta de una jurisdicción mercantil (y con la condición de que ésta se hubiera servido de la técnica global anticipada sustantiva según la reminiscencia histórica, que, por otra parte, hemos visto corregida y completada en el Derecho alemán), no es de atribuir función en nuestro Derecho a los actos de comercio. Las particularidades procesales se sirven técnicamente de las instituciones concretas a las que vienen referidas.

''''') La utilidad técnica de la doctrina general de los actos de

(18) Véase, aunque no pretendiendo interpretar el Código, sino corregirlo (interpretación modificativa), GARRIGUES, *Curso*, I, pág. 149.

(19) Problema insoluble que recuerda al del filósofo griego: quitando pedos a un hombre, ¿a partir de cuántos se puede decir que es calvo?

comercio, en nuestro ordenamiento, vierte sobre la aplicación de las normas generales sobre obligaciones mercantiles. Tal cosa se deduce de dos razonamientos; uno de ellos, antes indicado: que en tanto se entiendan por actos de comercio, actos jurídicos, hemos de ceñirnos al Derecho de obligaciones; otro: que al admitirse actos atípicos respecto de los típicos del Código, con la calidad de mercantiles, no bastan las normas de acotamiento remitidas por el codificador a cada uno de los que ha tipificado; hace falta saber cuándo será mercantil un acto no configurado en su texto.

Pues bien, esta materia nos sitúa ya en el plano de la doctrina *general*—inevitablemente *general*—de los actos de comercio. Pero lo que aún queda por saber es si el planteamiento ha de hacerse según los términos de la doctrina extranjera o hay exigencias jurídico-positivas españolas que le condicionen. Las hay, en efecto, y no es trabajoso encontrar en qué consisten. Podría, desde luego, tomarse para el Derecho español las rectificaciones de la doctrina francesa actual y de la italiana que procedió inmediatamente al «Codice civile», que volvían a enmarcar los actos de comercio en su sentido de «cláusula general», continuadora históricamente de los «faits de commerce» o de la «rationae mercaturae». Pero no es necesario valerse de ellas, aun fundando la legitimidad de hacerlo en las razones de origen y semejanza de sistemas, es decisivo el sentido que tiene la expresión «naturaleza análoga» del artículo 2.º, aclarada según la «Exposición de motivos», que dice claramente lo que es particular de nuestro Derecho: que el Código no quiere que la determinación de actos no previstos como mercantiles venga de una generalización de sus normas delimitativas, sino, según la técnica de cláusula general pura—que se liga precisamente a la doctrina anterior y a los precedentes históricos—, del sentido del tráfico sobre la mercantilidad.

Si se desea mantener la fidelidad al Código, los actos de comercio podrían clasificarse en: 1.º Mencionados y delimitados. 2.º Mencionados y no delimitados. 3.º Ni mencionados ni delimitados. En el *primer grupo* tenemos: Operaciones de Bolsa (arts. 74 y 75), compraventa celebrada en feria (art. 83), compraventa de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público (art. 85), actos y contratos en que intervengan agentes mediadores colegiados (art. 89), constitución de compañías mercantiles (arts. 116 y 123 del Código de comercio), mutualidades y cooperativas (art. 124), cuentas en partición (art. 239), comisión (art. 244), depósito (arts. 303 y 310), préstamo (arts. 311 y 320), compraventa (arts. 325 y 326), permuta (art. 346), cesión de créditos no endosables ni al portador (art. 347), transporte (artículo 349), seguro (art. 380), fianza (art. 439), libranzas, vales y pagarés (art. 532), cartas órdenes de crédito (artículo 567). En el *segundo grupo* se cuentan actos que son

desdoblamiento o derivación de otros de los anteriores (ejemplo, transmisión de cuotas sociales) de una situación jurídica mercantil (autorización a la mujer comerciante, convenio de los acreedores con el quebrado, por ejemplo); el importante grupo de los que en la clasificación tradicional se llaman actos mercantiles por naturaleza (letra de cambio, negocios del Derecho marítimo). No tiene objeto una enumeración, ya que basta la mención en el Código, y, en cada caso, puede verse si están efectivamente mencionados. Con respecto a estos dos grupos no hay problema grave: en los del primero se agrupan las normas generales de los contratos mercantiles y las especialidades del Derecho mercantil, antes de recurrir al Derecho civil (20). En los del segundo grupo se aplican, desde luego, las normas generales sobre contratos mercantiles del título IV, libro I del Código, las especialidades dictadas para ellos, si existen, y, en su caso, examinada la naturaleza jurídica y las características que dé para el acto de esa naturaleza el Código, las normas que rijan para aquél según una recta interpretación.

Nos quedan por ver los del *tercer grupo* y, aquí, lo primero que tenemos que saber es si son de comercio y, luego, ley aplicable. Si son de comercio, vale en cuanto a ley aplicable lo que se ha dicho para los del segundo grupo. ¿Cómo se sabe si son de comercio? Entiendo, por las razones que antes se dieron, que sería una interpretación equivocada del Código aquella que pretendiera encontrar un concepto de acto de comercio por procedimientos sintéticos, pretendiendo inducir un concepto unitario de los varios que el Código menciona o de los criterios de diferenciación. En nuestro Derecho el Código quiere que para saber qué actos son de naturaleza análoga, *no se recurra a él*, pues considera que ni puede enumerar ni dar una regla. Por tanto, no es lícito al intérprete buscarla en su articulado por ninguno de los procedimientos indicados. El legislador deja «la calificación según vayan apareciendo en la escena mercantil, al buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados» (Exposición de motivos). Luego se verán las consecuencias de este criterio legal.

La jurisprudencia, a pesar de que el Tribunal Supremo remite la calificación al juzgador de instancia, en reiteradas sentencias (Sentencias 29-XI-1897, 4-VII-13, 11-X-18, 10-XI-24, 13-III-36), es lo cierto que, como la calificación lleva consigo el determinar la ley aplicable, no ha podido evitar el problema. Un *primer grupo* de sentencias puede formarse con aquellas que califican actos delimitados en el

(20) Independientemente del problema de cómo se aplica este Derecho, problema que se superpone al que estudiamos sin modificar ni el planteamiento ni la solución. Esta cuestión es un tema de fuentes.

Código y los llamados tradicionalmente objetivos, tecnicismo que es recogido a veces concretando los principios sobre jerarquía de fuentes contenidos en el Código. Aquí, no hay problema (Sentencias de 27 junio 1941, 30 de enero 1936, 8 abril 1926, 1 mayo 1926, 12 junio 1926, 29 noviembre 1927, 11 mayo 1927, etc., etc.). Forman un *segundo grupo* las sentencias que, siquiera sea indirectamente, pretenden dar unas características de los actos de comercio, con ocasión muchas veces de calificar actos sobre los que no se dictaron normas delimitadoras por el Código, Aquí la jurisprudencia ha sido desafortunada. Es demasiado vago decir: «para determinar la verdadera naturaleza de los contratos es preciso atender a los antecedentes que los motivan, causas de su celebración y propósitos en que se inspiraron los contratantes al otorgarles» (Sentencia 7 abril 1926). Pero no es menos cierto que todos estos elementos son extrajurídicos. Cuando se ha pretendido una recepción de los principios doctrinales, se ha puesto de manifiesto la inconsistencia de éstos: así, el fin de especulación o lucro ha sido unas veces admitido como decisivo (Sentencias 8 septiembre 1929, 16 febrero 1933, 12 abril 1907 a *sensu contrario*) y otras rechazado (Sentencia de 8 julio 1907: no hay analogía en el caso del que se dedica a un arrendamiento de cosas, por más que se proponga el lucro, porque «no todo lo que tenga el carácter de especulación constituye acto de comercio»). Con carácter omnicompreensivo, la Sentencia de 8 de octubre de 1929 ha hecho una mezcla útil pero que asustaría a un objetivista. Se refiere a una suscripción de acciones, y dice: «que es de naturaleza mercantil se demuestra: 1.º en que las partes que la convinieron son dos entidades mercantiles importantes que se dedican a la especulación y venta de valores; 2.º que la contratación se refiere a actos de comercio, y 3.º en que su naturaleza económica se distingue en todo del acto o contrato común y ordinario, pues estos últimos se encaminan a la producción de la riqueza, no atienden más que al valor en uso de las cosas, lo constituyen *hechos aislados* que pueden ser onerosos o lucrativos, mientras que los mercantiles atienden al valor permutable de las cosas, se encaminan a la circulación de la riqueza, han de ejercerse con habitualidad o *profesión*, y necesariamente tienen que ser onerosos (véase en contra la Res. 31 julio 1928), puesto que en la intención de lucro estriba el fin subjetivo del comercio». Una aplicación poco útil y confusa del criterio de accesoriidad, si bien parece que con el fin de hacer repercutir en una letra de cambio su causa, se acepta en la sentencia de 6 de mayo de 1931.

Pero son interesantes algunas sentencias que no han podido por menos de aceptar las realidades del tráfico. Así,

la Sentencia de 26 de septiembre de 1927 dice que la compra de suministros tiene un carácter especial de mercantil (considerando quinto); la de 26 de junio de 1929 tiene que calificar de contrato de servicio mercantil un contrato que creaba una situación jurídica que no encajaba ni en los supuestos de la comisión ni podía equiparar al interesado a un factor, porque una de las partes se obliga en él a ejecutar un trabajo personal o serie de actos relacionados en un negocio mercantil (21).

Son también de interés aquellas que califican un acto de mercantil o por su mención en el Código o por aceptación de los usos y costumbres mercantiles, ya que ponen de manifiesto cómo, en esta cuestión de calificación de un acto de comercio, para decidir la ley aplicable, no se ha dado un solo caso que haya llegado al Supremo de acto que no haya sido configurado por el uso, supuesto que no era de los delimitados en el Código, con lo que, prescindiendo, como lo hice antes de la posible antinomanía entre el artículo 50 y el 2.º del Código, resulta que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la cuestión de los actos de comercio, que tanto ha apasionado a la doctrina, servía sólo para aplicar a algún caso algunos de los artículos (los de *ius cogens*) del título IV del libro 1.º del Código, título que precisamente es criticado por no recoger ciertos principios generales de figurasidad en materia de obligaciones mercantiles que se contienen en otros Códigos. Para la precisión de este problema es conveniente anticipar que la jurisprudencia, como haré notar, no se atiene para la calificación de comerciante al acto aislado. Las sentencias a que me refiero son: sentencia de 3 de diciembre de 1926, que declara mercantil una compraventa de mercaderías sobre muestras; sentencia de octubre de 1929, antes citada, sobre suscripción de acciones, en que se dice: «tiene la naturaleza jurídica de ser mercantil, más bien preparatorio que principal innominado, si se tiene en cuenta la legislación vigente con el nombre de emisiva (?) de acciones y suscripción si se aceptan los usos y costumbres comerciales» (considerando 4.º), y la de 24 de abril de 1929, de la que copio el considerando 2.º: «Considerando: que definido por el Código de comercio el contrato de cuenta corriente, al que hace algunas referencias que demuestran su admisión en la vida mercantil..., no puede negarse que el celebrado entre comerciantes es un verdadero acto de comercio «sui generis» que, esté o no especificado, produce

(21) Al lado de esta sentencia, una de 7 de abril de 1926, por no poder encajar el caso en las reglas demarcadoras de la comisión, renunció a calificar de mercantil un corretaje, perfectamente admitido como comercial en el lenguaje del tráfico.

relaciones jurídicas que han de regirse por el Código mercantil; en su defecto, por los usos de comercio, y, sólo a falta de ambos, por la legislación común, como lo establece el artículo 2.º»

Cuando el Tribunal Supremo ha ido a la *calificación de comerciante*, no se ha preocupado de determinar cuántos actos de comercio son necesarios para que nazca un comerciante, sino que, con expresión más o menos disimulada, siempre hace referencia al *negocio* de que se trate. En el fondo, en todas las sentencias se encuentra el espíritu de la profesión, en forma tal, que una sentencia reciente parece dar pie para admitir un concepto de comerciante no en sentido material (objeto del negocio), sino formal, volumen y forma de llevarlo, con lo cual la separación entre acto aislado y negocio, en nuestro Derecho, cobraría mucho valor; es la sentencia de 13 de marzo de 1936, cuando dice que hay que «aquilatar el volumen del negocio y repercusión del mismo en orden a su trascendencia jurídica» (considerando 2.º), que, puesta en relación con la de 3 de junio de 1891, que dice que la herencia «pro indiviso» de un comerciante, al frente de la cual se pone a uno de los herederos, por acuerdo de todos ellos, con atribuciones tan amplias como las que correspondieron al fallecido, queda sometida a la condición de comerciante; y la de 14 de junio de 1883, que se apoya en la interpretación de la presunción del artículo 3.º, al referirse al artículo 17 del Código del 29 y a las prescripciones de la Ley de 30 de julio de 1878 (modificativas del Código en cuanto a la inscripción en matrícula de comerciantes), ponen de manifiesto cómo la organización de un negocio en forma comercial fuerza ineludiblemente al juzgador a aplicar instituciones mercantiles protectoras del crédito. Sobre esta dirección se volverá más tarde.

Otras sentencias tienen valor en cuanto califican de mercantiles ciertos negocios: el negocio de hospedaje (sentencia de 14 de junio de 1941), empresa de teatros (sentencia de 16 de febrero de 1933), café-bar (sentencia de 15 de octubre de 1940). Se excluye al industrial-empresa (sentencia de 12 de abril de 1907), al que se dedica a la industria de alquiler de coches (sentencia de 8 de julio de 1907); mientras una sentencia anterior al Código (sentencia de 3 de mayo de 1831) considera comerciante al sastre que compra telas para revenderlas en la misma forma o en otra diferente. Es comerciante el que se dedica a la elaboración de productos químicos (sentencia de 21 de abril de 1911), el que se dedica constantemente a la compra de frutos del país para su reventa en el extranjero (sentencia de 19 de junio de 1896), el establecimiento de perfumería (sentencia de 18

de enero de 1904), prestación de servicios de asistencia médico-farmacéutica (Res. de 1 de agosto de 1922). Ninguna dice: es comerciante el que celebró 35 depósitos, libró 45 cheques o 50 letras, o compra habitualmente a un comerciante determinado.

2. La situación general de los materiales codificados de nuestro ordenamiento queda explicada en el apartado anterior; importa ahora la operación con ellos y con los que están fuera del Código a los fines de concepto y sistema. De este tema se ocupa este apartado, que podríamos intitular en la siguiente forma, para dar una idea anticipada de su intención: *concepto y sistema en el Derecho español; justificación, posibilidades y límites de un sistema basado en la empresa.*

El punto referente a la *justificación* no es, ni más ni menos, que el de fundamentos por virtud de los cuales pueda deducirse que vale, para el Derecho de nuestro país, el concepto del Derecho mercantil como Derecho de las empresas.

En este momento hay que recoger el cabo que habíamos dejado en las transformaciones de estructura económico-social, producidas en el siglo XIX, y recordar que el concepto viene representado por una función entre esa realidad y su correspondencia con la teleología immanente en un sector del ordenamiento jurídico, que permita demostrar la vigencia en el mismo, del sistema que en aquella función se fundamenta.

a) Que la *estructura económico-social de nuestro país* se corresponde con la de cualquier otro de los que se conviene en llamar en la actualidad occidentales—lo que constituye el primer término de la función—no es cosa que precise de una demostración puntualizada y puede aceptarse por razones de evidencia. Consecuentemente, debe admitirse, de no tener buenas razones para destruir en bloque las aportaciones, pacíficamente incorporadas a la cultura actual, de la Teoría económica, de la orientación económica institucionalista y de la Historia de la economía, que el empresario es pieza esencial del sistema económico, que constituye un concepto de la economía y que es el heredero del viejo comerciante en cuanto resume generalización de una fórmula de organización económica espontánea: actividad aleatoria organizadora en previsión de la demanda del mercado; esta nota estructural o de organización es la que en la historia permanece, y con ello en el plano de la economía en que estamos queda limpiamente al descubierto que el comercio, en sentido de género de actividad, no fué sino ocasión de un esquema organizativo, que es lo verdaderamente relevante.

b) Pero no basta con la continuidad expuesta; se precisa contrastar—ya en el campo del Derecho—la vigencia del sistema en el ordenamiento; es decir, que aquella realidad está detrás de las normas de un sector del ordenamiento—ahora el español—, ex-

plicando su teleología. Aquí el tema de *justificación* conviene que sea tratado al mismo tiempo que el de *posibilidades y límites*.

La *demonstración* se basa en tres fundamentos: Primeramente tenemos la «correlación de fases históricas» que, de suyo, viene pre-juzgada por la significación, en la estructura económico-social del empresario; siendo éste el sucesor del comerciante en la economía, debe ser—un deber ser histórico—al empresario a quien se atribuya la necesidad de derecho especial. Pero no sería bastante razón si esa necesidad no estuviera, en realidad, implícita en el ordenamiento; aquí hay una razón de «legitimidad sucesoria»: en la medida en que gran parte del patrimonio jurídico que se contiene en los Códigos—y entre ellos el nuestro—viene del periodo de formación autonómica resulta que las exigencias de las empresas actuales, en cuanto fueron históricamente anticipadas en sus antecesoras históricas, están presentes en la teleología de las normas concretas, a las que el codificador quiso superponer su ideología o su plan. La salida a la contradicción de sistemas fué expuesta antes y luego, aún, se volverá. Hay, por último, una demostración de «vigencia actual», en la medida en que se manifiestan y se hacen valer las exigencias de las empresas, a los bordes del Código de la misma manera que en su seno (en la legislación constitucional, en la especial, en la jurisprudencia y en el Derecho de formación autónoma o autónomo-delegada).

Si penetramos en el Derecho que está en el Código, puede advertirse inmediatamente que las normas que se suelen llamar del «status» de comerciante reflejan más bien, como decía ya WIELAND, que es el conjunto de los elementos constituyentes de la organización de la empresa lo relevante; no importa al Derecho especial como tal, la aptitud o probabilidad de éxito personal del comerciante, puede serlo un incapaz, o un inhábil, se puede ser comerciante de distintos comercios, y cada uno exigirá de nuevo la observancia de las normas referentes a contabilidad, publicidad, etc.; si prescindimos del Derecho de cosas, prácticamente ausente del Código, y pasamos al Derecho de obligaciones, nos encontraremos no sólo con especialidades por contraste (en las que tanto se para la atención y que podemos saltar, para evitar caer en zona polémica), sino con verdaderas tipificaciones, desde el punto de vista dogmático, que no se explican sino por las empresas (contratos de transporte, contratos de seguros); en materia de títulos-valores, si se detiene la atención en la posibilidad de que aparezcan en un tráfico no comercial, se hace imposible la comprensión de sus funciones en el mecanismo económico para hacer flexible la relación entre empresas, fundamentalmente a los efectos de liquidez y seguridad, y, por tanto, metodológicamente, se comete un error de planteamiento, al dejar en segundo término la explicación teleológica.

Si, fuera del Código, atendemos al Derecho constitucional español vigente—que no es preciso detallar—o al de cualquier país,

en cuanto está generalizado, en nuestro tiempo, que la economía libre es un presupuesto metodológico de estudio de la economía (no el dogma ideológico según el cual la economía libre, por sí misma, originará la perfección del sistema) que permite la fundamentación científica de las medidas de orientación, nos encontramos con una tendencia evidente hacia la institucionalización jurídica del empresario. Si atendemos al Derecho especial encontraremos completadas las tendencias ya manifestadas en el Código; es palmario que la demostración no precisa de una nota recopilativa con lo referente a propiedad industrial, arrendamiento, tipología de empresas, etc. En la jurisprudencia tenemos ya el reconocimiento de la empresa como bien jurídico que constituye ya una doctrina firme cuya significación ha sido ponderada por la doctrina (22). Si examinamos el Derecho de formación autónoma —y es preciso, tanto para aceptarle como para hacer juicio de sus peligros— nos encontraremos con la empresa en materia de condiciones generales, en la conformación de tipificaciones contractuales, etc.; es decir, todo ese sector de Derecho vivo que quedaría sin comprensión posible si se tratara de examinar desde el plan del codificador.

Ahora bien, no puede eludirse que frente a los datos precedentes nos encontremos con que el Código conoce aún al comerciante y desconoce al empresario de la economía, y por ello no se propone trasladarle al Derecho; en las instituciones jurídico-obligacionales ha decidido sobre la aplicación de las mismas, en concreto y deliberadamente, de tal manera que extiende la vigencia de ellas fuera del tráfico de las empresas correspondientes a los tipos contractuales que regula, como si fueran adecuadas a este tráfico; en materia de títulos-valores tiene, en cambio, conciencia de que la susceptibilidad de extensión del régimen, cuando se utilicen fuera del tráfico mercantil, no quiere decir que no sea en el tráfico donde tienen su adecuación y su sentido (ésta es la significación, a los fines de teleología, de los viejos actos de comercio absoluto).

Con el conjunto de los elementos de juicio expuestos tenemos los presupuestos—que explican la contradicción y su salida—entre exactitud y perfección del concepto del Derecho mercantil en el Derecho español, por razón de su historicidad, en lo que tiene de común y de diferente respecto de otros ordenamientos; si el concepto quiere ser descriptivo y completo desde el punto de vista del sistema resulta contradictorio; si quiere centrarse en una razón de sistema interno «rationae materiae» resultaría incompleto. La salida a esta situación contradictoria nos es conocida y tomando las particularidades del Derecho español puede concretarse en la siguiente forma:

El Derecho mercantil español «debe ser»—en el sentido de co-

(22) Vid. Comentarios de Polo en R. D. P., 1943, págs. 317 y ss.; 1946; 559 y ss., a Sents. de 13 marzo 1943, 7 diciembre 1945 y 23 marzo 1946.

responderencia a la realidad económico-social de la actualidad, un Derecho «*rationae materiae*» *derecho de las empresas*. Lo es, ciertamente, tomando el Código con el conjunto del ordenamiento si se atiende a la nota cualitativa de organicidad sistemática inmanente y no deliberada, tomando la explicación teleológica de las normas que tratan especialmente a aquella realidad en razón a que la definición de los Códigos no es vinculante a estos efectos, en general, y especialmente en nuestro Derecho, porque no existe intento totalizador ni definidor global en el Código. Pero, si aun no siendo totalizador, se tiene en cuenta el contenido del Código, entonces, habrá de entenderse aquel concepto cualitativamente exacto pero incompleto. Ahora bien, es incompleto si se entiende que no son de excluir del Derecho Mercantil las normas contenidas en el Código que cualitativamente no puedan entroncarse a aquel sistema. Para decidir esta cuestión tenemos como regla dos fundamentales: de un lado, la continuidad histórica, da lugar a la aplicación de la terminología: es Derecho Mercantil lo que se contiene en él; pero esta razón no sería decisiva; pueden despreciarse las normas que aun en el Código y terminológicamente mercantiles no lo son, por no venir explicadas por las empresas y caer fuera del sistema. Es, en cambio, decisivo el que las normas de esfera de vigencia y de concepto de las instituciones, dispuestas con respecto a cada figura, no aplican aquéllas sólo a las empresas; en este no aplicarse sólo a las empresas hay a su vez, con cierta generalización, que distinguir: no se aplican sólo a las empresas porque el Código ha superpuesto a la teleología espontánea explicativa de la especialidad de tratamiento, una teleología deliberada, presuntiva, «a posteriori», aunque no case con aquélla; pero se da una inescindibilidad porque la teleología inmanente demuestra que estas instituciones están explicadas por las exigencias de las empresas. Las razones que reiteradamente se han expuesto, exigen que se atienda a aquéllas, como se vió en su momento, a los fines de la unidad de sistema y que, simplemente, se observen las segundas en lo que tienen de mandato. Es decir, la salida consiste en *servir* al ordenamiento en su inmanente teleología, tomando a ésta como base de sistema directivo de la interpretación y en *observar*, por razones de seguridad jurídica, los preceptos contradictorios con aquel sistema, pero sin apoyar a éste sobre aquéllos.

De esta manera el Derecho Mercantil español se *podría definir como el Derecho de las empresas y de las normas que extienden la vigencia del contenido de aquel Derecho fuera del tráfico de las empresas*.

El fundamento de la exactitud de este concepto se propone sobre la base de que se acepten las ideas del planteamiento, la historicidad del Derecho Mercantil y, como secuela de ello, la correlación de fases entre realidad económico-social regida y vigencia de sistema jurídico en el ordenamiento.

c) Desde un punto de vista negativo, que viene a desarrollar los presupuestos indicados, conviene recordar como *observaciones* algunas supuestas exigencias conceptuales que son, no obstante, irrelevantes:

Primeramente, la de que el concepto constituya función del legislador. Sobre ello no hay que insistir y basta recordar su sentido de técnica no única. En íntima relación con la precedente nota, está aquella que quiere hacer depender la exactitud del concepto de la posibilidad de dar con una fórmula técnica unitaria, de cierre de la materia mercantil; este presunto requisito tropieza con las siguientes objeciones: que las zonas limítrofes no constituyen temas que pidan necesariamente un sí o un no totales a la respuesta respecto de su mercantilidad, que es incongruente tratar esas zonas limítrofes en la misma forma que las centrales o hacer depender la exactitud del concepto de la generalización global del tratamiento de éstas a aquéllas; que en la medida en que las características de esas zonas no constituyen en la realidad económico-social elementos homogéneos con las centrales, es natural que la técnica jurídica necesite valerse de fórmulas no consistentes en definiciones, sino en casuística o cláusulas generales que reflejen que no se trata de la regularidad de una circunferencia, sino de líneas quebradas.

También conviene salir al paso de la idea de que el apoyo en la empresa requiere, para fundar el concepto, que éste se haga acompañar de una formulación de motivaciones generales de la especialidad de trato. Esta tendencia volvería a enfrentarnos con el tema de los principios generales; en prurididad las exigencias de las empresas se ponen en acto en particular y en concreto y originan especialidades que varían en comprensión y en profundidad; el sistema lo único que requiere es la constancia en la explicación económico-jurídica, en correspondencia con la realidad tratada. Sobre este punto conviene insistir; nos enfrenta con dos temas que son origen de frecuentes confusiones: el del sentido de la especialidad y el de tensión entre los sistemas de las distintas disciplinas (las llamadas Ciencias) jurídicas. En un ordenamiento unitario, como los contemporáneos, la especialidad no es de fundamento excepcional por circunstancias anormales o de base privilegiada; proviene de razones de justicia materiales exigidas por los supuestos de hechos regidos. El qué de la especialidad puede ser una institución completa una norma que haga excepción a otra regla más general, etcétera. La comprensión de la institución o de la otra regla exige su estudio propuesto desde los supuestos regulados. Lo que ocurre, a veces, es que así como la especialidad de la excepción salta a la vista en el seno de una institución

completa, originariamente nacida y desenvuelta por razón de las exigencias de aquella realidad, no se suele parar mientes en la cadena de exigencias concatenadas que llevan hasta grupos de normas a la institución anudadas, que sólo se explican por haber surgido con ocasión del nacimiento de aquélla y que se unen a la misma por un motivo de inescindibilidad. Por ejemplo, que la S. A. surge como una fórmula al servicio de grandes empresas es evidente, pero con ello se da ocasión a toda una estructura jurídica en la que hay partes que sólo mediatamente—por pertenecer inescindiblemente a esa estructura—se pueden decir motivadas por la exigencia de la gran empresa, por ejemplo, la doctrina y régimen de acuerdos, que se presenta análogamente en una Asociación. Por otra parte—a los efectos de tensión con otros fundamentos sistemáticos—, si se salva la diferenciación de fines y momentos, no hay inconveniente en reconstruir la unidad del ordenamiento desde un punto de vista distinto, con tal de que se sepa que cualquier corte contiene un fraccionamiento por la limitación de los instrumentos humanos de conocer. La relatividad de las disciplinas no es obstáculo a la validez de su existencia. Utilizando el mismo ejemplo anterior: el Derecho de Sociedades puede construirse en un sistema general, si se sabe, dentro de él, distinguir la línea de las especialidades mercantiles.

Igualmente, cuando se proponen las empresas y su tráfico como realidad material justificadora y definidora del Derecho Mercantil actual, conviene que se evite caer en la idea de que con ello se cree haber encontrado la fórmula técnica unitaria acotadora; este punto de vista refleja una incompreensión de lo que se propone. Si así fuera volveríamos a desnaturalizar el tema de concepto trasladándolo de su plano teleológico, al técnico o instrumental. No se trata de proponer una técnica de utilización universal, en cualquier ordenamiento; no decide el concepto que se dé esta fórmula al legislador que se proponga ser codificador, ni es imprescindible para uno u otro; ambos se encontrarán con las empresas indeliberadamente al tratar de dictar normas de justicia a las realidades de hecho que se le vayan presentando. Lo único que quiere decirse es que en los sistemas económico-sociales contemporáneos, las empresas y su tráfico explican un sector de normas de los ordenamientos teleológicamente. La traslación en formulas técnicas—tema muy importante pero no para el concepto—y la mayor o menor comprensión cuantitativa del ordenamiento serían características de cada uno. Podrá darse relevancia a la posición económicamente institucional del empresario aun respecto de su pura actividad ocasional, podrá centrarse la

atención—como es lo correcto—en la permanente organización de elementos materiales y personales y partir de ellos para decidir que su titular sea el empresario para el Derecho con fórmulas más o menos afortunadas y no por ello podrá pasarse de afirmar que la traslación ha sido más o menos acertada. Igualmente, cuando ante la situación jurídica actual se encuentran dificultades para la subsunción dogmática de la empresa en sentido objetivo (bien jurídico, patrimonio con afectación más o menos acentuada aunque no separado, «universitas», etc.) o de la naturaleza de la situación jurídica del empresario (posición de «status», cargo privado...). Asimismo, respecto del ordenamiento español actual no debe proponerse el problema desde el punto de vista de si la empresa ha vertido en una determinada técnica legislativa o de si en las categorías dogmáticas es de aceptar una calificación; lo que es relevante es la explicación detallada de la manera en que están las empresas en nuestro Derecho. Es decir, se trata de una gran tarea interpretativa y crítica que debe pender, de una parte, de la fidelidad al derecho vigente, si bien buscando el descubrimiento de los fines verdaderamente perseguidos por las normas concretas y, en su caso, según una prudente interpretación modificativa y, de otra, de una constante observación de la realidad económico-social en su permanente proceso evolutivo para fundar la crítica y promover la legislación justa.

Realmente, en esta materia había mucho más que decir, si esta fuera sede adecuada; habríamos de ver la falta de correspondencia del concepto de comerciante (y la insuficiencia técnica de su fijación) con las normas que luego le son de aplicar; la existencia de un régimen de contabilidad desbordado por las exigencias actuales, frecuentemente inobservado; Derecho registral insatisfactorio, parte general de obligaciones que omite justamente las particularidades importantes para conservar reglas que se dictaron invadiendo el Derecho común... Es decir, habríamos de ver que, en cuanto el intérprete contemple la estampa de la realidad económico-social con los ojos del Código y en la medida en que excluya de su tarea la función crítica y de observación, con fines de Derecho constituyente, promueve el desfase del Derecho Mercantil y con ello dificulta la comprensión del sentido fundamental de su concepto.

Tampoco debe, por último, pensarse que, cuando se habla de exigencias de las empresas y su tráfico, quiera decirse que se trata de aceptar las de un sector social según una determinada ideología, con la expresión exigencias quiere decirse simplemente que ahí, y según sus datos, la Justicia ha puesto o debe poner un Orden.

D) No es preciso extenderse en justificaciones de la necesidad de ocuparse de las RELACIONES ENTRE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA ECONOMÍA, tema que se aborda en las líneas que siguen:

Aunque pueden omitirse aquellas razones de justificación, no ocurre otro tanto con lo referente a márgenes del tratamiento que aquí se intenta. No me parece necesario hacer por mi cuenta la reconstrucción de la situación doctrinal en esta materia; la labor realizada ya en nuestro país en ese orden (23) no necesita de complementos. Por otra parte, aunque no recabe para mí ninguna autoridad por haber tratado ya de adentrarme en este sector (24), me parece que podría considerarme autorizado por ello para ir directamente a la exposición de mi punto de vista. Además, como el sistema de planteamiento y de revisión que se ha formulado para tratar del problema de concepto del Derecho Mercantil, es aprovechable como apoyo informativo y de fondo, resulta posible sin merma de rigor esta exposición resumida.

1. Hay que partir del recuerdo de *algunos extremos relevantes del tema de las relaciones entre Economía y Derecho*, tratando de prestar atención a los plantamientos actuales, a la vista del progresivo afinamiento de la Ciencia económica en su objeto y en su método. La teoría económica actual construye su concepto partiendo de la posición clásica según la cual tendría por objeto «el estudio del comportamiento humano en cuanto relación entre los fines y medios escasos de uso alternativo» (ROBBINS); de forma abreviada, se indica que se ocupa de las relaciones formales entre cantidades limitadas destinables a usos alternativos. Esta postura clásica debe aceptarse como fundamental porque, en las revisiones de concepto y método actuales, por quienes no aceptan aquella idea, no se la suprime, sino que se la complementa, respondiendo a un proceso de crítica del realismo de la ciencia económica como ciencia social, imputándose a aquella dirección metodológica su abstracción; de aquí, la necesidad de considerar la estructura de la sociedad que se tiene en cuenta, la presión sobre sus instituciones de los núcleos sociales, los cambios en las necesidades. En todo caso, permanece como esencial de su objeto no los fines sino las relaciones mismas entre los medios escasos que obligan al sujeto económico a una elección (25).

(23) Por el Prof. POLO, en Rev. D. M., mayo-junio 1946, págs. 333 y ss.

(24) *Derecho inglés de la economía de guerra*.

(25) Basta a nuestro fin esta idea concisa, que es suficientemente comprensiva; el desarrollo del problema de concepto no podría intentarse siquiera. Para tener buena orientación pueden verse: MARCHAL, *Cours*, cit. págs. 281 y ss.; CASTAÑEDA, *Lecciones*, cit. en la parte de Preliminares, y

Los *resultados* de la Ciencia económica no dan trozos o el total de un orden social regido por leyes de fatalidad mecánica. Pero las «leyes» económicas correctas contienen una verdad estadística; deducen de la consideración de grandes cantidades relaciones permanentes. La idea valorativa de un orden *económico* providencial y natural según el naturalismo racionalista es falsa; cosa distinta es que se parte metodológicamente del supuesto de máxima fluidez pensando en conductas de hombres, o grupos de hombres, moviéndose sin ninguna coacción que les sea externa. Sobre estas bases, la *Política económica* se hace posible como ciencia que indica los efectos que se producirían de una determinada inmixción en el juego económico. Nótese que tampoco propone los fines que habiendo sido extraños a la Teoría económica, lo siguen siendo para la ciencia de la Política Económica.

El Derecho, por el contrario, tiene un contenido ético fundamental que, en virtud del valor justicia, jerárquiza fines haciendo juicio de los mismos desde aquel criterio; de aquí sus disposiciones. Lo específico del Derecho consiste en una decisión de lo que se impone o permite como justo (26).

De aquí se deducen los puntos de interés en el tema de relaciones:

Las ramas de la Ciencia económica no se proponen fallar sobre los fines que son para ella datos; no hace juicio desde ningún criterio de valor y, por tanto, tampoco desde el de la Justicia. Por otra parte, si desbordaran ese límite nos encontraríamos con que sus resultados no serían de aceptar por invadir el verdadero Orden providencial total e indivisible

Se han ido seleccionando ideas aceptadas con bastante generalidad y que nos sean suficientes; en este momento se ha añadido la concepción cristiana que no se intenta demostrar científicamente por su envergadura; importa, sin embargo, puntualizarla con el siguiente texto: «Si bien es verdad que la ciencia económica y la disciplina de las costumbres dependen, cada una en su esfera de principios propios, sería, sin embargo, un error afirmar que el orden económico y el orden moral se hallan tan alejados el uno del otro, son tan extraños entre sí, que el primero no depende en modo alguno del segundo. Sin duda alguna, las leyes económicas fundadas en la naturaleza de las cosas y en las

DAUPHIN-MECNIER. *La doctrina económica de la Iglesia*, trad. de ARROYO, 1952, que en sus primeros capítulos hace una muy cuidada revisión con rigurosa base filosófica.

(26) Véanse mayores desenvolvimientos en BATAGLIA, *Diritto ed economia*, en «*Scritti giuridici in onore de Carnelutti*», I, 1950, recogiendo las ideas de CARNELUTTI y DEL VECCHIO, en págs. 208 y ss., y CHESA, *Diritto ed economia*, en N. R. D. C., 1952, I, págs. 168 y ss. Se recogen estos trabajos porque parten de ideas actuales sobre Economía.

aptitudes del alma y del cuerpo humano nos dan a conocer qué fines, en dicho orden, quedan fuera del alcance de la actividad humana, qué fines, por el contrario, pueden proponerse, así como los medios que han de permitir realizarlos, a su vez, la razón deduce claramente de la naturaleza de las cosas y de la naturaleza individual y social del hombre el fin supremo que el Creador asigna al orden económico entero. Pero únicamente la Ley moral nos exige perseguir en los diferentes campos entre los cuales se divide nuestra actividad, los fines particulares que les vemos impuestos por la naturaleza o más bien por Dios, autor El mismo de la naturaleza y de supeditarlos todos armoniosamente combinados al fin supremo y postrero que asigna a nuestros esfuerzos todos» (Quadragésimo Anno) (27).

No teniendo fatalidad mecanicista el llamado orden económico, la misma *susceptibilidad* para ser objeto de una Política económica, de cuya legitimidad científica nadie duda, sirve de base a la posibilidad de subordinación de la realidad económica a la Justicia. Esta posibilidad práctica es suficiente a nuestros fines. La dificultad que ofrezca a la técnica jurídica y todo el campo de relaciones, tomando en consideración la verdad estadística de las leyes económicas, debe ser estimado en su grandísima importancia censurar su frecuente desconocimiento, etc., pero podemos ahora prescindir de su desarrollo.

Tampoco es necesario complicar en la cuestión el tema referente a la superposición de campos mediante un trazado escrupuloso de límites, no toda la moral se hace Derecho, no todas las normas del Derecho inciden sobre materia económica; aunque se dé la amplitud contenida en la idea de que interesa a la Economía las relaciones electivas de medios escasos, aunque no se refieran a la idea vulgar de riqueza, siempre quedaría que donde no haya esa escasez o la elección no habría interés para aquella Ciencia.

2. Vengamos al *concepto del Derecho de la Economía y a su planteamiento*. Y primeramente tratemos de aclarar algunos extremos que pudieran originar confusión.

Hay que puntualizar algunos datos de índole histórica. Cuando se afirma que este Derecho surge como Derecho de guerra, con la primera guerra europea, y permanece luego, como Derecho de paz, debe entenderse que la preocupación por el mismo de la doctrina jurídica, bien intentando fijar su concepto, bien tratando de construir sus instituciones, es lo que data *primordialmente* de entonces.

(27) Para el estudio detallado de estas cuestiones generales, nos volvemos a remitir al libro de DAUPHIN-MEUNIER.

Pero no creo que haya que dar a este fenómeno demasiado valor. Que la existencia de un material legislativo dictado por razones económicas, o el que se hayan producido autónomamente instituciones jurídicas por razones económicas, es tan antiguo como la Humanidad, no necesita de muchas demostraciones; tampoco el que los órganos sociales depositarios del poder efectivo, en cada época, hayan dictado disposiciones intentando la dirección de la economía, es cosa que haya de demostrarse. Lo que sí interesa es, de una parte, que un sistema económico, el capitalismo liberal del siglo pasado, que partía de la idea de un «orden» económico natural de funcionamiento libre y automático, ha pasado a ser un «sistema» económico básico, pero «manejable» por la Política económica, y que ésta se ha puesto en marcha, y, de otro lado, que la Ciencia económica—a pesar de las imputaciones de esterilidad—está en condiciones de suministrar una base científica a la visión de la Economía como no se ha dado en ninguna época anterior (28).

De los perfeccionamientos de la Teoría económica y de la Ciencia de la Política económica se ha derivado que un gran número de problemas sociales, iluminados por ellas, hayan dejado al descubierto la evidencia, captable por inmediata intuición, de injusticias que, sin su auxilio, aparecían encubiertas, creándose la apariencia de que el juicio, inexistente por innecesario, procedía de ellas. Hay que evitar dejarse sorprender por este hecho y cometer el error de método de atribuir a aquellas ciencias la competencia para decidir sobre fines y para fallar sobre justo e injusto. No será nunca exagerado el llamamiento a la utilización auxiliar por el jurista de las aportaciones procedentes de ese campo, pero igualmente equivocado sería para los juristas—de nuestro país muy especialmente—seguir a quienes a falta de otras salidas se amparan en esta forma de positivismo sociológico-económico.

Por último, en esta parte de aclaraciones no está de más una última: el material de Derecho positivo que se presenta al jurista no ofrece, al efecto del trabajo sobre él, la dificultad de venir encerrado en fuentes o en formas técnicas, que fuercen en una determinada dirección el acotamiento de una disciplina por razones externas y técnicas.

Con estos antecedentes el tema de *concepto* de Derecho de la Economía entiendo que debe plantearse tomando en consideración las siguientes orientaciones:

Si se desea hacer labor de jurista, el estudio debe versar sobre

(28) No creo que sea preciso insistir en el detalle de ese marco de ideas generales. Cualquier libro de historia de la Economía sería suficiente, pero, en todo caso, el trabajo de BRUNETTI, *Il Diritto della Economia*, en N. R. D. C., 1949, II, págs. 7 y ss., da una visión histórica intentando marcar los trazos de la economía medieval, del mercantilismo, etc.

lo específicamente jurídico y, por tanto, no entender fallado el problema de justicia por una razón de política económica ;

si se desea añadir a la contemplación del conjunto de los supuestos sociales de hecho una particular consideración del ángulo económico, que antes no fuera posible por falta de suficiente desarrollo de las diversas ciencias económicas, entonces habrá de tenerse en cuenta (siempre sobre la base de ser lo específicamente jurídico lo que se refiere a la justicia) que tanto desde un punto de vista crítico del Derecho en vigor, como de las soluciones a que llevaría su interpretación, como de la renovación del ordenamiento, todo corte sería arbitrario ; es de suyo evidente que la atención a este aspecto afectaría a todas las ramas de la enciclopedia jurídica con las que se estudia el Derecho de una comunidad ;

Habría de verse la renuncia al fallo judicial por la duración y coste de los procesos, habría de verse el sistema hereditario y el régimen de la propiedad, y la forma de emitirse el derecho y su agilidad y seguridad en función de la movilidad de los supuestos económicos...

si se hace un acotamiento a un sector determinado, entonces es claro que la legitimidad del título Derecho de la Economía no se funda y que, más bien, debería hablarse de Derecho de la Economía en ese sector determinado. Pero en esos cortes puede verse otra explicación ; se trataría de llamar Derecho de la Economía a todo el que se dictara rompiendo con el supuesto del sistema económico liberal, aunque se presentara fragmentariamente ; es decir, Derecho de la política económica ; este supuesto merece una consideración más detenida. Ya antes se advirtió que la Ciencia económica no juzga de los fines ni decide sobre justo o injusto ; por tanto, respecto del momento legislativo no puede admitirse como Derecho el que se ampare en esta renuncia positivista a sus fines por muy poderosos que sean los medios económicos auxiliares. En el momento interpretativo y, por tanto, desde el punto de vista de su aplicación se justificaría formar una rama jurídica sobre esa base si la unilateralidad de la consideración de los fundamentos económicos de las normas (una vez admitida su justicia o no siendo manifiestamente injustas) fuera suficiente. Pero no lo es porque el supuesto de una economía funcionando sobre la hipótesis de una sociedad virgen de Derecho e instituciones es falsa. La comprensión del nuevo Derecho dictado por razones de política económica será completa cuando se vea sobre la realidad de una Sociedad con sus instituciones y Derecho precedentes.

Desde la Ciencia económica se formulan también objeciones de notable interés a la posibilidad de una ciencia que tome como base las medidas legislativas de política económica. Se dice, fundadamente, que la Ciencia de la política

económica no puede confundirse con el conocimiento de las medidas de esta índole de uno u otro Estado; aquella está en un lugar intermedio entre este objeto, que es más bien «policía económica», y la Teoría económica que estudia los efectos de la aplicación de unos medios a determinados fines, pero a éstos los considera materia política; sólo así puede aspirar a la validez general. Consecuentemente, un Derecho de la Economía que quiera apoyarse sobre la Política económica, entendida en la forma usual, debe ser consciente de que en realidad no se apoya sobre una ciencia, sino sobre la circunstancialidad de una política económica determinada (29).

Si a las consideraciones precedentes añadimos la existencia de un aparato de disciplinas jurídicas existentes ya y cuyo valor científico no se ataca, resultará claro que un Derecho de la Economía que con referencia a todo el ordenamiento o a una parte pretendiera basarse en razones económicas exclusivamente dejaría de ser Derecho.

Entiendo, por tanto, que el problema del concepto del Derecho de la Economía debe desglosarse en dos direcciones. De una parte, en una ampliación del temario del problema de relaciones entre Derecho y Economía que contuviera una revisión de la materia de las disciplinas, que se extienden sobre el Derecho en su conjunto, aprovechando las aportaciones de la Ciencia económica como otro dato. En esta forma interesa a la Teoría general del Derecho, la Política jurídica, la Historia del Derecho, la Filosofía. De otra, el mismo tipo de labor debiera abordarse en las demás disciplinas en su esfera propia. Este último punto necesita de algunos desarrollos.

El efecto conservador que producen el Derecho positivo y, sobre todo, la Ciencia (30), se pone de manifiesto muy particularmente en las disciplinas de Derecho positivo; su historicidad fundamental queda en segundo término por la pretensión de permanencia que se deriva de aquel efecto y no presentan flexibilidad para absorber las mutaciones en el ordenamiento. Claro está que el ritmo varía con la mayor o menor aproximación al Derecho natural. Pero lo que aquí interesa es que, como consecuencia del fenómeno indicado, la resistencia a modificar los cuadros sistemáticos y conceptuales ofrece una apariencia de estratificación de ordenamientos donde hay, en realidad, lentitud en la absorción de las nuevas normas y en la revisión de las categorías científicas para su comprensión.

Así se explica una subyacencia del Derecho mercantil bajo el

(29) Vid. PACINI, *A proposito de una recente concezione del Diritto dell'economia*, en R. D. C., 1945, I, págs. 161 y ss. . .

(30) Este punto ya se vió en el concepto del Derecho mercantil.

Derecho de la economía, que ha sido frecuentemente observada, aunque su explicación y su temporalidad pasen desapercibidas. Se ha hecho muy notable a la doctrina alemana por el contraste de las dos zonas del país (31).

3. El tema de *relaciones con el Derecho mercantil* debe ligarse al de *absorción de normas dictadas por razones económicas*, porque es, más bien, esto último lo que interesa.

Las disposiciones de tipo económico pueden contar con las instituciones existentes y con su operación, a través de la configuración doctrinal, sin obligar a una revisión. En otras ocasiones incidirán sobre ellas, obligando a revisar los conceptos científicos. A veces, las primeras necesitarán de una nueva comprensión doctrinal que, a su vez, puede obligar a una revisión del sistema. En definitiva, lo que procede—a pesar de su dificultad—es el esfuerzo científico de comprensión de los fines de las normas y su juicio desde el plano jurídico y contrastar, a la vista de su puesto en el conjunto del ordenamiento, la permanencia de la validez o la necesidad de revisión de los conceptos del sistema y de la técnica en los puntos afectados (32).

E) La aparición en el Derecho positivo y en la Ciencia jurídica del Derecho aeronáutico y la importancia de la tendencia italiana, en el sentido de su unión con el marítimo, aconsejan proponer el inexcusable tema de relaciones globalmente; hay que tratar, pues, de DERECHO MERCANTIL Y DERECHO DE LA NAVEGACIÓN.

1. Primeramente hemos de ocuparnos de la relación entre *Derecho mercantil* y *Derecho marítimo*, en los términos en que hoy viene planteado el tema.

Que existe una gran masa legislativa motivada por el tráfico marítimo de toda índole, es cosa de suyo evidente; que hay una bibliografía abundantísima y una especialización científica de hecho o si se quiere que hay por lo menos una división del trabajo explicable desde luego, por la razón «económica» de la amplitud de la materia, tampoco requiere de demostración; que en nuestro Derecho positivo hay un libro tercero del Código de comercio que trata del comercio marítimo, también es simplemente un hecho. A estos habrán de añadirse luego otros; de los indicados y los que vayan apareciendo conocemos ya sus antecedentes. En el cuadro de esos datos se plantea el problema acerca de si el Derecho marítimo constituye una disciplina. Conviene hablar en estos términos para atraer las ideas generales expuestas en el planteamiento.

a) De los datos expuestos se puede deducir, que si aislamos

(31) Puede verse en el *Kommentar* de GESSLER y colaboradores, en páginas X y ss., una descripción en síntesis.

(32) Cosa distinta es que se evite dejarse influir por la circunstancia de las normas, pero aquí no cabe sino el criterio de ponderación.

el referente a la existencia del libro del comercio marítimo de nuestro Código, los demás dan base suficiente para plantearse el problema en *términos generales*, antes de venir a las particularidades que presente en nuestro Derecho.

Si hacemos una apreciación con base exclusivamente en el argumento de autoridad resulta evidente que podría afirmarse que, con respecto al Derecho marítimo, hoy está generalizada y aceptada la idea que se expresa con los términos «particularismo» y «autonomía». Estos dos términos—francés e italiano—(33) nos encaminan hacia el eje de lo que hoy se debate—prescindiendo del tema de relación con el Derecho aeronáutico que se verá luego—: el qué pueda ser fundamento de una disciplina especial (tema que aflora como es explicable, sin más, aquí de nuevo) y en concreto cuál sea para el Derecho marítimo.

Conocidos los antecedentes históricos habría de añadirse aquí, para completar la información, una reseña evolutiva de la tesis de la autonomía y del particularismo y sus contradictores. Pero un apartado concebido en estos términos sería superfluo hoy ya; en cualquier libro está recogida la iniciación por PARDESSUS de la tesis particularista, complemento de las notas por DANJON, la impresión que hace a RIPERT, el entrecruzamiento de normas de Derecho público y privado, la contradicción de BONNECASE a la tesis sobre el fundamento maximizado del relativismo de las separaciones de disciplinas, la llamada a una escuela italiana por SCIALOJA en la R. D. C. (1928) que culminará luego con el «Codice de la Navigazione del 42» (34). Mayor interés tendría la comprobación de que, en efecto, está generalizada la idea autonomista en la doctrina; pero tampoco es preciso un sistema de lista, pues basta examinar los nuevos libros o nuevas ediciones de obras de Derecho marítimo.

Cuando se busca cuál sea el fundamento de la autonomía del Derecho marítimo un sector de la doctrina, indudablemente la más estimable, se preocupa de encontrar en aquel fundamento, además, la coherencia del sistema. Esto nos lleva a proponer a la cuestión un elemento adicional: la legislación marítima examinada «grosso modo» con las categorías mentales que provienen de las disciplinas jurídicas de la actualidad nos suministra lo que se suele llamar Derecho marítimo penal, procesal, militar, internacional... y con la cuestión de autonomía ha de ligarse la de sí en el Derecho escindido han de comprenderse todas esas materias.

(33) Prácticamente no contienen cosa distinta; la expresión italiana a lo que aspira es a precisar lo que se debate (así, en SCIALOJA, en su conocido trabajo, en R. D. C., 1928, pág. 2).

(34) Si se desea una lista puede verse en SANDFORD PAPI, *Istituzioni di Diritto della navigazione*, I, pág. 23, en nota.

’) Hay un sector doctrinal que concede atención menor al problema de la coherencia sistemática y, de manera más o menos amplia y con fundamentos más o menos fragmentariamente fundados, trata al Derecho marítimo sobre la base del objeto sobre que versa concebido en forma genérica (35). Es decir, todo lo que incide sobre tráfico marítimo sería objeto de la disciplina; se eluden materias de suyo muy alejadas, derecho penal, derecho de Marina de guerra... Con esta manera de proceder se demuestra que la nota de combinación de Derecho público y privado, que se había hecho resaltar, es instrumento insuficientemente afinado para la solución del problema.

Conviene advertir que se ha generalizado mucho la idea de que para RIPERT aquella nota era la decisiva como fundamento de la autonomía—para él del particularismo—; en realidad para este autor lo decisivo es el proceso evolutivo de la legislación y de la economía en su complejidad (36).

’’) Otro apartado conviene formular con la dirección que, en mayor o menor medida y con mayores o menores adiciones, toma como fundamento la decisiva aportación de SCIALOJA que basa la especialidad en las exigencias de lo que llama «transporte autárquico» y luego se vale de la tradicional distinción entre Derecho público y privado aplicándola al Derecho marítimo, resolviendo en esta forma el problema de sistema. Un texto de aquel autor sirve para recoger fielmente su idea. «Las situaciones particulares y especiales exigencias del tráfico marítimo derivan todas de este elemento de hecho fundamental. El *riesgo de la navegación* que une en una formidable solidaridad de intereses las personas que han confiado al buque sus bienes y su vida; la *lejanía de la nave*, confiada, tanto para las cosas privadas como para las públicas, a la autoridad y pericia de uno solo frente a todo evento; estos elementos de hecho, tan fuertes y diversos, es inevitable que den a sus normas reguladoras de creación original o de adaptación, una característica o precisa impronta» (37). El fundamento para valerse de la distinción entre Derecho público y privado suele ser, fundamentalmente, positivo: la permanencia del Derecho marítimo en la fuente formal Código de comercio (38).

(35) No se precisa hacer una enumeración de autores: podemos apoyarnos en la significación de la autoridad y recurrir a RIPERT, en *Droit Maritime*, ed. 1950, 53. y, de hecho, SCIALOJA, en su *Corso*, I, 1943, quizá influido entonces por la base que daba la legislación por él dirigida.

(36) Vid. su *Droit M.*, I, cit., pág. 51, y en *Précis*, ed. 1949, págs. 12 y 13.

(37) SCIALOJA, *Sistema del Diritto della navigazione*, 3.ª ed., vol. I, Roma, 1933, pág. 12. Pero este texto se reproduce por el autor desde 1928 hasta el *Corso* del 43.

(38) Esta tendencia se presenta en los libros generales de Derecho mercantil que tratan el Derecho marítimo y, en ciertas autoridades, en libros in-

Se ha hablado, antes, de la influencia de la idea de SCIALOJA sobre el fundamento de la autonomía del Derecho marítimo y conviene aclarar que, a veces, los autores expresan cuál ha sido su inspiración y otras no. Pero una cuidadosa revisión descubre que es más notable de lo que pudiera parecer a primera vista.

'''') Por último, hay que consignar las aportaciones que se esfuerzan en precisar el fundamento del sistema, primordialmente. Desde este objetivo tratan también, afinando, la razón de la especialidad. Así, partiendo de la exactitud de que el transporte autárquico es el hecho técnico origen de la especialidad del Derecho marítimo, se añade que ese concepto opera sólo en forma aproximada; lo decisivo sería la explotación del buque con todas las implicaciones de carácter organizativo que ello supone: «la actividad organizada inherente al empleo del buque (y de la aeronave) en base al destino que le es propio, encaminada a la consecución de un resultado económico, ligado a la satisfacción de una necesidad propia del que actúa o asumida por él como propia y acompañada de la incidencia del riesgo» (PESCATORE) (39).

Se pretende con esta definición centrar el objeto del Derecho marítimo en la navegación, cualquiera que fuere su objeto, independizándola del transporte al mismo tiempo. A su vez, la idea central de empleo del buque o explotación del buque, acompañada de las exigencias de organización que lleva consigo, va sirviendo para atraer el sistema los institutos del Derecho marítimo. En este punto de conexión de fondo con el sistema se centra otra tendencia, según la cual, de la atracción que producen sobre las normas las categorías de otras disciplinas, fundamentalmente las inspiradas en razones formales, habrán de excluirse cualquiera que fuese su carácter, según ese criterio (procesal, penal, etc.) aquellas que imprescindiblemente se necesitan para la comprensión íntegra del instituto regulado, en su causación, por el hecho técnico que motiva la especialidad; el criterio se formula, en síntesis, diciéndose que es decisiva la inescindibilidad de las normas (DOMINE-DÓ) (40).

Se ha recogido de esta última tendencia lo que se entiende idea central; podrían hacerse los desenvolvimientos, reproduciéndolos, en el orden que exige el plan que venimos siguiendo, pero no es necesario y es preferible utilizar más tarde lo que sea preciso.

dependientes; así, BRUNETTI, en su *Diritto Maritimo Privato*, 1928-35 (aun en su *Manuale* de 1947 separa netamente la parte administrativa), y aunque con salvedades respecto del Derecho público, WÜSTENDÖRFER, *Neuzeitliches Seehandelrecht*, ed. 1947, pág. 16.

(39) *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, en R. T. D. C., 1951, I, pag. 416.

(40) *Introduzione al Diritto della navigazione*, 1945, págs. 32 y ss.

b) Vengamos al estudio del *problema en el Derecho español*, tomando en consideración el hecho de la existencia del libro del comercio marítimo del Código (41).

’) La *estimación crítica* de la cuestión general es relativamente fácil. Las posibles dudas acerca de la razón de autonomía se aclaran si se atiende a separar entre *ocasión y fundamento* de las normas del Derecho marítimo. No cabe duda de que, históricamente, ha sido el comercio el que dió ocasión a que naciera el Derecho marítimo; pero también es evidente que el contenido de las normas, propiamente especiales, no atienden a las necesidades del comercio, sino a las exigencias propuestas por la navegación, de aquí que la explicación de la especialidad—exacto conocimiento de las normas, atendiendo a la penetración en las mismas de las características de los supuestos de hecho—que proponen los problemas de justicia que resuelven, esté justamente centrada en la dirección que marca la escuela italiana. Lo que ocurre es que, de la misma manera que se ha puesto de manifiesto un entrecruzamiento de normas de Derecho público y privado y la existencia de una tensión entre la atracción que ejercen las disciplinas existentes que se trata de resolver con los distintos criterios que se expusieron, hay también una conmixtión de normas jurídico-mercantiles y jurídico-marítimas que tienen que ser tratadas en la misma forma.

Estas tensiones nos encaminan igualmente en el tema de relación entre fundamento y sistema; los intentos de afinar en la demarcación de las motivaciones de la especialidad están condicionados, a partir de un cierto grado, por las características de cada ordenamiento positivo.

’’) En nuestro ordenamiento, el *libro tercero del Código* propone un dato importante, sin género alguno de dudas, pero no hay que exagerar su importancia.

Ya sabemos el momento histórico a que corresponde esta unión en los Códigos de comercio; esta referencia es bastante para que no sea preciso extenderse en el desenvolvimiento de las siguientes ideas: 1.ª Que, en la medida en que la unión formal no prejuzga sobre el contenido, resulta que la particularidad se conserva en las instituciones en atención a las exigencias de la navegación por mar y que, por otra parte, el intento privatizador no se consuma sino imperfectamente; está claro que no todo el Derecho privado del Código es mercantil ni que todo es Derecho privado (42); 2.ª También desde el punto de vista histórico se evidencia, sin necesidad de ulterior demostración, que la comprensión del Derecho

(41) Téngase, además, en cuenta que no se vuelven a desarrollar las ideas generales que nos sirven de criterio, pues vuelven a ser las que en el curso de toda esta parte de *Concepto* se han venido utilizando. Es posible, por tanto, una exposición de síntesis.

(42) No es preciso entrar en el detalle enumerativo de las figuras de Derecho civil marítimo, procesal, etc.

marítimo no puede esperarse del estudio exclusivo del Código. No se trata sólo de la importancia del Derecho vivo (43), sino de toda la aportación que, nacida por las vías de la producción internacional, constituyen Derecho interno o normas de vigencia efectiva a través de las distintas técnicas que sirven a las exigencias de la internacionalidad del tráfico marítimo, aparte claro está, de las normas que no se contienen en el Código.

De todo ello resulta:

Que la unión formal no debe ser dato en que apoyar interpretaciones que violenten la verdadera «ratio» primordial de las normas e instituciones.

En la materia en que esta consideración adquiere más relevancia, que es en lo referente a sistema para llenar lagunas, entiendo que sintetiza las directrices acertadas la siguiente: habrá que distinguir en las disposiciones de Derecho marítimo: *a*) Las que afectan a materias e instituciones peculiares del Derecho marítimo privado (naviero, capitanes de buque, derecho de abandono, averías, abordaje, etcétera). *b*) Las que afectan a instituciones que, aún siendo originarias del Derecho marítimo, se han generalizado al Derecho mercantil terrestre (seguro marítimo). *c*) Las que afectan a instituciones del Derecho marítimo que representan una desviación de la correspondiente institución del Derecho civil (condominio de un buque) «... el carácter peculiarísimo de la mayor parte de las instituciones del Derecho marítimo aconseja no acudir al Derecho terrestre, sea mercantil o civil, sino cuando la virtualidad propia de las normas jurídico-marítimas esté realmente agotada. Antes de pasar a otro grupo de normas, debe ponerse en práctica la interpretación analógica de las normas especiales del Derecho marítimo como sistema de Derecho especial, a menos que se trate de normas realmente excepcionales, que, por su misma naturaleza, impidan toda extensión analógica. Habrá que examinar en cada caso si la aplicación de principios jurídicos generales extraños al Derecho marítimo no repugna a la naturaleza técnica «sui generis» de la institución marítima de que se trate» (GARRIGUES).

Que en la medida en que lo jurídico-mercantil o es aislable y entonces no interesa, o se subordina a la «ratio» jurídico-marítima, no es de extender al Derecho marítimo el sistema basado en un fundamento distinto.

Que desde el punto de vista de las tendencias entre Derecho marítimo y la atracción de las demás ramas del Derecho, ha de

(43) Cosa sobre la que llamo la atención SCIALOJA (en el trabajo citado de R. D. C., 1928), pero valiéndose de EHRlich, con posibilidad de dar lugar a equívocos metodológicos, dada la postura de este autor en la materia.

entenderse criterio director el de las exigencias de la interpretación y del fundamento inmediato y primordial de las disposiciones, desterrándose, por tanto, la distinción entre Derecho público y privado en los límites exigidos por aquel criterio. Nótese que en esta formulación propuesta se trata de penetrar en la última razón que está detrás de las ideas que vienen pretendiendo acotar los límites del sistema científico; cuando se habla de «inescindibilidad, conexión intrínseca e inmediata con la materia especial» (DOMINEDÓ), o del presupuesto específico, que atrae la norma que se presenta con un nexo instrumental de ligamen directo y específico (PESCATORE), lo que en realidad queda manifiesto es que hay que atender a un criterio que en sus límites es relativo, de predominio, que sólo podrá hacerse valer con salvedades.

2. Para asegurarse en la comprensión del planteamiento debemos tratar bajo un sólo apartado las relaciones de *Derecho mercantil*, *Derecho marítimo* y *Derecho aeronáutico*.

Se prescinde del proceso formativo del Derecho aeronáutico, de su concepto, terminología, etc., porque aunque se trata de nociones de gran valor pedagógico, desde el punto de vista de este estudio sólo servirían para llenar páginas, oscureciendo lo esencial. Bástenos decir que en su desenvolvimiento han desempeñado un papel primordial organismos internacionales y acuerdos de este tipo; que es una rama jurídica que se ha formado desde poco después del principio de siglo; que desde el punto de vista legislativo se ha ido desarrollando, en general, en leyes sueltas, y que en el orden científico está todavía lejos de la madurez.

a) Si el problema de *autonomía* hubiera de proponerse sin tomar en consideración al Derecho marítimo, podría decirse que, en la actualidad, está generalizada la corriente que concede. De momento, podemos prescindir de los problemas de fundamentación de la misma, porque irán saliendo luego en sus lugares oportunos.

b) La fundamental dificultad se ha producido, en la *relación entre Derecho marítimo y aeronáutico*, en particular en Italia, por la publicación del Código de la Navegación, que une la materia aceptando la orientación de SCIALOJA (43 bis).

(43 bis) En este lugar conviene referir, brevemente, la formación de ese Código, advirtiendo que la cuestión discutida del sistema no debe empañar sus demás méritos. Ya en 1923, la ley de 20 de diciembre, que dispuso la reforma de los Códigos, incluía, entre éstos, al de la marina mercante, nombrándose una comisión, en 3 de junio de 1924, que elaboró un proyecto (1931) que abarca tanto lo comprendido en el Código de comercio como en el de la Marina mercante, pero que reflejaba la falta de apoyo científico, ya que el Derecho marítimo en Italia hasta que le impulsó SCIALOJA, haciendo un llamamiento para una escuela italiana de este Derecho («Rivista del Diritto commerciale», 1928, cit.), pertenecía casi al dominio exclusivo de los prácticos.

Antes del Código de la navegación, en Italia y, en general, en la doctrina de los países que no cuentan con ese hecho legislativo, es fácil observar dos tendencias construidas, de un lado, por los que temen que la unión al Derecho marítimo sea peligroso, por no ser posible la adaptación de las instituciones, o, por lo menos, una rémora para el desenvolvimiento del nuevo Derecho (44), y de otro, los que, como SCIALOJA, creen que, en el momento actual, el Derecho de la navegación aérea constituye una adaptación de las instituciones del Derecho marítimo (45). La primera de las tendencias va progresivamente fortaleciéndose a medida que se desarrolla este Derecho y se profundiza en el tema general de fundamento de disciplinas especiales.

En esta forma, se une esta tendencia con la de aquellos que se pronunciaban contra el hecho del primer auxilio que fué prestando a este Derecho el Marítimo desde sus conceptos e instituciones (46).

) El Código italiano de la navegación ha originado posturas contradictorias. La que parece reflejar la idea del Código es aquella que mantiene que la unificación no es meramente formal, sino sustancial y que el sistema de integración de lagunas, así como el tratamiento separado de las instituciones no es sino el reflejo de la falta de elaboración científica (47).

El propio Scialoja, en 1940 («Rivista del Diritto della navigazione», 1940, I, página 219), llama la atención sobre los daños derivados de no haberse afrontado el problema de la codificación del Derecho aeronáutico, propugnando su unión en el amplio marco del Derecho de la navegación. Estas ideas son, justamente, las que se reflejan en el nuevo Código, que, por lo demás, venía ya impuesto como Código unitario por GRANDI, en el discurso que pronunció en 1939 ante la Asamblea legislativa, en que manifestó que el DUCE así lo quería (FERRARINI: *Introduzione al Codice della navigazione*, en «Archivio Studi corporativi», pág. 388).

(44) Véase en este orden de ideas, BRUNETTI: *Diritto marittimo privato* citado, t. 1, pág. 57 y s., en que recoge la doctrina italiana hasta la fecha de la edición. Entre los especialistas, véase a AMBROSINI en varias publicaciones, cuyas ideas verterán en sus *Instituciones* (publicadas en Argentina en 1949), en prólogo y páginas 73 y ss., y FRAGALI (*Principii di Diritto aeronáutico*, Padova, 1930, págs. 19 a 24, y en *Autonomia e singolarità del Diritto aeronáutico*, en «Rivista de Diritto aeronautico», 1932, pág. 30). Puede verse también la voz *Luftfahrrecht*, en el «Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für Zivil und Handelsrecht», de SCHLEGELBERGER, bajo la que se contiene una interesante síntesis de HIRSCHBERG).

(45) *Sistema* cit., pág. 22. También, en Francia, RIPERT, al que cita LE GOFF: *Traité théorique et pratique de Droit aérien*, Paris, 1934, pág. 13.

(46) Así, KAFTAL se quejaba de que se introdujera en materia aeronáutica todo el bagaje jurídico anterior, porque entendía que estábamos en presencia de un fenómeno jurídico que no tenía ningún lazo de unión con el pasado. Por su parte, AMBROSINI, en las *Instituciones* cit., págs. 86 y 87, recoge textos de Mc NAIR de semejante significado.

(47) Véase sobre esta materia la controversia entre FERRARINI: *Introduzione*, cit. en «Archiv. di Studii corporativi», fas. 3, 1941, págs. 371 y s., y en «Rivista del Diritto commerciale», julio-agosto, 1942, pág. 192 y s., *La ma-*

Una actitud ponderada se ha observado por la doctrina alemana, aunque contraria a la unión. Así, WEGERDT (48) habla de que el «Codice della navigazione» no se puede tomar como modelo en su totalidad y que la unión del Derecho marítimo y del aeronáutico ha llevado a la regulación de materias que no se hubiesen abordado en una codificación independiente. SCHEUNER (49), comentando la unificación italiana, propugna por una codificación independiente que facilitará—dice—el futuro desenvolvimiento del Derecho aeronáutico, y acentúa que el contacto hay que buscarlo no sólo con el Derecho marítimo, sino en otros modelos, como el Derecho ferroviario, sin olvidar que el Derecho de tráfico no forma un todo cerrado, sino que, en último término, tiene que acudir al Derecho civil.

''' Con independencia de las posturas consignadas, que había que dar con fines informativos, lo que interesa es el fundamento de la separación. Se ha buscado ir caracterizando por el sistema de «notas» al Derecho aeronáutico. Se han indicado las de «politicidad» e «internacionalidad» como muy destacadas (50).

De una parte, porque las notas no constituyen base adecuada para la distinción de disciplinas, como se indicó, y, de otra, porque reflejan, en este caso, con claridad su conexión con el verdadero eje de la cuestión podemos prescindir de su detalle. Lo que en efecto tiene importancia es que la *navegación* como fundamento presenta una apariencia falsa de igualdad con la marítima; se trata de un oscurecimiento terminológico porque la rapidez, el medio, etc., hacen que la idea del Derecho marítimo de una lejanía que pide la nota autárquica decae en este Derecho; la rapidez y el vuelo sobre mar o tierra sobre grandes espacios, juntamente con la afectación inmediata a problemas de soberanía, son los elementos peculiares de especialidad, los que a su vez se reflejan en las notas que suelen darse (51).

teria aeronautica del codice della navigazione, y AMBROSINI: *Il Codice della navigazione e il Diritto aeronautico*, en «Rivista di Diritto commerciale», 1942, paginas 129 y s.

(48) *Gegenswarts-und zukunfft aufgaben des Luftrechts*, en «Z. A. für deutsche Rechts», 15 marzo 1943, págs. 65 y s.

(49) *Entwicklungsliemien des modernen Verkehrsrechts*, en la misma revista anterior, 1 de marzo de 1943, pag. 50.

(50) Esta última es generalmente expuesta en los libros y muy fundadamente. En íntima conexión con ella, está la del origen de la legislación, que incide en la materia de fuentes como resultado de la parte tomada por los organismos internacionales. Basta ver cualquier libro, y sólo a título de ejemplo nos remitimos sobre estos particulares a RIESER-LACOUR: *Precis de Droit aerien*, 1951, págs. 19 y s. y 37 y ss., y SHAWCROSS-BEAUMONT: *Air Law*, 1945, paginas 11 y ss.

(51) Estos temas en las págs. 73 y ss. de las *Instituciones*, de AMBROSINI, están expuestos con preferencia, por otra parte, a la doctrina reciente y no se hace preciso mayor información.

Pero no debe olvidarse un dato muy importante, y es el de grado de desarrollo de esta materia; es decir, no se cuenta con una vieja tradición histórica, formando un cuerpo arraigado en la vida jurídica de los pueblos, ni se puede decir que en el momento presente están agotadas las posibilidades de la materia técnica sobre la que el Derecho considerado incide. Consecuentemente, la agilidad de tratamiento ha de ser adecuada a la necesidad de no contemplar con prejuicios deformantes esta nueva rama jurídica. La solución debe ser la que propone LE GOFF (52): proceder por aproximación y comparación enfrentando los fenómenos nuevos con otros que hayan recibido su tratamiento en las demás ramas jurídicas, sin prejuicios ni posiciones rígidas. Esta solución es la que mejor conviene a la novedad de este Derecho.

c) Con cuanto antecede no habrá que insistir en que proponerse globalmente el tema de *si son «mercantiles»* las instituciones del Derecho aeronáutico no tiene sentido. Lo que sí, en cambio, lo tiene es que en esta forma vuelve a aparecérsenos un problema de fundamento y sistema; si se aísla ésta o la otra institución y se predica su mercantilidad, puede ocurrir que se haga con desconocimiento de la especialidad motivada por el fundamento técnico de las normas especiales, como en el Derecho marítimo; si, además, se intenta aislar lo que constituyera Derecho mercantil aeronáutico, volveríamos a encontrarnos con los problemas de «inescindibilidad» de que se habló en el Derecho marítimo; por último, si en un todo se une el complejo de disposiciones del ordenamiento que versan sobre navegación aérea, volveríamos a encontrarnos con la posibilidad de un Derecho penal, procesal, administrativo, etcétera, aeronáuticos unidos con arbitrio meramente externo. Conviene no trasladar del Derecho marítimo el contenido material de la especialidad, sino aprovecharse de las observaciones generalizables al nuevo Derecho sobre fundamento y sistema, pero atendiendo al distinto contenido de la razón de especialidad. Y, por último, de nuevo, habrá que tener en cuenta el grado de desenvolvimiento de esta disciplina, lo que aconseja una visión de conjunto para no discriminar anticipadamente con prejuicio.

d) Si, ya para el Derecho marítimo, podría invocarse la necesidad de división del trabajo por razón de amplitud de la materia, si se contempla también el aeronáutico, la cosa se presenta con caracteres de evidencia.

Pero las anteriores consideraciones, que pueden ser bastante para amparar el que del Derecho aeronáutico no se dé sino una exposición en síntesis en un programa, no lo son desde otro ángulo de trascendencia gravísima. Se trata de decir, para nuestro país, lo que podría trasladarse por paráfrasis del llamamiento de SCIALOJA de 1928: en nuestro

(52) Ob. cit. lug. cit.

país es preciso que el rigor del método científico-universitario se lleve a los Derechos marítimo y aeronáutico, a través de una especialización en cátedras nuevas (con la distribución que corresponda) si queremos que, en efecto, la patria nada menos que del Consulado del Mar, tenga en el Derecho marítimo y aeronáutico la posición que le corresponde.

