

# Desarrollo y expansión del Derecho mercantil

RAFAEL JIMENEZ DE PARGA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: I. El desarrollo del Derecho mercantil. A) La consolidación "formal" del ordenamiento jurídico-comercial. a) Factores políticos, económicos y sociales. b) Factores jurídicos. 1) El Código de comercio francés de 1807. 2) El "Algemeines Deutsches Handelsgesetzbuch" de 1861. 3) El Código de Comercio italiano de 1882. 4) Especial consideración del proceso en España. Los Códigos de comercio de 1829 y el vigente de 1885. B) Conclusiones derivadas de la consolidación "formal" del ordenamiento jurídico-mercantil.—II. La expansión del Derecho mercantil. A) Factores políticos, económicos y sociales. b) Factores jurídicos. 1) Vuelta a un sistema subjetivo. 1') El H. G. B. Alemán de 1897. 1") El "Codice civile" italiano de 1942. 2) Conclusiones básicas en que se sitúa la cuestión. B) La unificación del Derecho privado como expresión de la "expansión". a) Planteamiento. b) Realizaciones legislativas. c) Intentos extra-legislativos. d) El particularismo del sistema inglés.

## I. EL DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL

### A) LA CONSOLIDACIÓN "FORMAL" DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-COMERCIAL

#### a) *Factores políticos, económicos y sociales*

Un conjunto de acontecimientos de singularísima importancia en la Historia se agolpan en los últimos años del siglo XVIII. Termina una era y se abre el pórtico de la historia contemporánea. La revolución del 89 no es un movimiento nacional, sino continental. Se alteran las instituciones europeas en su estructura básica. Es una revolución que afecta a los niveles primarios de la convivencia y del orden establecido (1).

(1) Las investigaciones más recientes y de mayor rigor se orientan en el sentido propuesto aquí, es decir, considerando la Revolución Francesa como un fenómeno europeo. Vid., entre otras, LEFEVRE, *La Revolution française*, edic. 1951, cap. primero; y GODECHOT, *La grande nation*, París, 1957, 2 vols.

Los "inmortales principios" que inspiran la gran transformación que se opera pueden sintetizarse así (2). La soberanía de la nación aparece como el dogma supremo. "La nación existe ante todo y es el origen de todo" (Sieyès). Racionalismo, utilitarismo o individualismo se convierten en los instrumentos básicos de operar y clasificar a los fenómenos, a las conductas y a los hombres.

De la soberanía de la nación deriva la soberanía de la ley. "Del artículo 5 al artículo 11 de la Declaración el término de Ley se repite once veces", observa Touchard (3). Adquiere el concepto de ley un "talante" religioso, pues "esta majestad de la ley se encuentra reforzada por el carácter religioso de una declaración hecha en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo". "Los derechos del hombre, además de naturales e inalienables, son sagrados y ningún hombre puede ser inquietado por sus opiniones", apostilla el artículo 10 de la misma Declaración.

Pero estas manifestaciones ideológicas son consecuencia de un replanteamiento de la estructura económica y de la distribución de poder que se opera con el movimiento revolucionario. La revolución supone la conquista del poder por la burguesía. Desde esta posición social y políticamente dominante se consigue una situación en la que las ideas dominantes son las traídas y propagadas por la burguesía. Operacionalmente "lo demás" queda marginado. Se camina hacia lo que Toynbee ha consagrado con la expresión "la revolución industrial", como manifestación económica y "práctica" (Ferguson) de la revolución francesa. Ello implica un triple fenómeno: 1) cambios en la técnica de fabricación, transporte y comunicación, incluyendo la continua sustitución de las herramientas manuales por la maquinaria mecánica; 2) el nacimiento del sistema fabril y la consecuente sustitución de la producción domiciliaria en pequeña escala por la producción en gran escala en la fábrica; y, 3) reacciones provocadas por el nuevo sistema tecnológico y fabril en todo el mundo civilizado (4).

Las obras de dos británicos se proyectan en el continente. David Hume coloca los cimientos de un pensamiento económico que culminará en A. Smith. Las aportaciones del primero en "Del comercio", "La balanza del comercio", "El interés", "La emulación comercial", etcétera, se convierten en dogma de la época. Escritos en torno a los años 1752 y siguientes, llegará el impacto de su fuerza a principios del XIX (5). Por su parte, la aportación doctrinal de Smith culmina

(2) No parece necesario que en un trabajo de esta naturaleza se pretenda un análisis completo de los acontecimientos históricos del momento. Bastan unas precisiones elementales que nos sirvan de guía en nuestra reflexión. Es oportuno repetir que no nos proponemos "hacer historia", sino captar las coordenadas esenciales que afectan al objeto de nuestro estudio.

(3) J. TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, edic. española, Madrid, 1961, pág. 360.

(4) FERGUSON, *Historia de la economía*, edic. esp. 1958, pág. 78.

(5) Es imposible aquí intentar explicar la repercusión de HUME. Nos

con la aparición del "Ensayo acerca de la teoría de las naciones", que matizando sus anteriores manifestaciones se convierte en el manual por excelencia y el breviario de consulta (6). Todo este panorama produce una apertura hacia un comercio mundial. La nacionalización política tiene como cobertura la expansión comercial, pues los grupos dominantes necesitan para su fortalecimiento un tráfico sin límites de fronteras. El sistema capitalista, que comienza a ser una realidad, impone sus exigencias, destacando de entre ellas ésta de comercio abierto y expansivo.

Este haz de factores produce el natural impacto en el orden jurídico. A la hora de "hacer historia" es el Derecho un instrumento inigualable. Y como la historia que interesa hacer a las clases dominantes es más que nada económica o de control económico —lo demás vendrá por añadidura, dirá Mireaux en su "Philosophie du libéralisme"—, sobre el ordenamiento "disperso" jurídico-comercial recaerá el mayor esfuerzo legislativo. Sobre esta temática discurrirá el apartado que sigue.

#### b) Factores jurídicos

Se ha escrito con precisión: "El momento de la decisiva estatificación y desprofesionalización del Derecho mercantil —su codificación separada frente a la codificación civil— se produce lógica y significativamente cuando la revolución burguesa, rotas las trabas gremiales, pretende terminar con los privilegios de clase, impone la libertad de profesión y promulga el Derecho de la buena fe y la equidad, es decir, *su Derecho*" (7). Exacto. La clase dominante —la burguesía— impone sus intereses, enmarcados en normas positivas, sus exigencias como orden posible, su Derecho como presupuesto de la "seguridad y la estabilidad".

La codificación es la gran tarea jurídica que se afronta (8). Un

---

remitimos a E. JOHNSON, *L'économie synthétique de Hume*, en "Revue d'Histoire économique et sociale", 1931.

(6) Quizá sea suficiente recordar aquel pasaje de la novela de Regnault Warin, cuando dice: "...acudían a Palacio con las Aventuras de Fábulas y las obras de Smith..." (*Le cimetière de la Madeleine*, vol. II).

(7) RUBIO, *Introducción al Derecho mercantil*, pág. 157).

(8) G. ARBOLEYA, *Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna*, en "Rev. Est. Pol.", núm. 57, págs. 21 y 22). Escribe: "Ese Derecho no nace de la vida..., sino de la norma que imprime cuño a la materia... Este estilo se caracterizará, primero, por tener su centro en el precepto como enlace de supuesto y consecuencia; segunda, porque los preceptos se enlazan como órdenes rígidos y dialécticos; tercero, porque el conjunto es una totalidad: obra conclusa de la razón. Ninguna Novela de Justiniano, ni el Código de su Codificación, ni un Fuero de la Edad Media, ni la Ley de Partidas, ni las recopilaciones se parecen en nada a esto que va a surgir. Un Código moderno tiene mucha más semejanza con algo diferente: con un tratado de geometría, por ejemplo". El Código se apoya en tres factores, según GUTZWILLER, *Nationalismus und Internationalismus im Recht*, 1958: a) factor natural: los datos de la realidad; b) los residuos del pasado: la tradición; y, c) el espíritu del tiempo.

derecho codificado es un derecho seguro y estable, es un derecho controlable desde los resortes del poder. Pero la tarea no se afrontará por la vía de la codificación mercantil, sino por el cauce de un código general que ordene y discipline la vida en su conjunto. Por ello, tiene plena razón Rubio cuando concede especialísima importancia —en este aspecto— al “code civil”, por el que se consagran los principios de la revolución en marcha: el liberalismo individualista inseparable del capitalismo comercial secular y del capitalismo industrial que comienza (9). En expresión feliz de Thaller, el “Derecho civil, perdiendo su rigidez, deja de ser una legislación de textos inflexibles y de preceptos inmutables para moldearse según lo exigen la protección de los intereses, la autonomía de la voluntad y la concepción del orden público entendidos de manera distinta. El Derecho comercial podrá *entonces* someterse al gobierno de un Derecho civil que ha adoptado estos métodos liberales”. Ello porque, “el Código civil ha despojado al derecho privado de aquel rigor, mezcla de legislación romana y de costumbres, del antiguo Derecho privado. Sus autores lo consideran como la carta general de las obligaciones, y tres años después de su promulgación el Código de comercio rechazó cuanto pudiera referirse a una reglamentación de conjunto de los contratos, considerando el trabajo ya hecho” (10).

### 1) *El Código de comercio francés de 1807*

El “Code” se fundamenta en un triple supuesto económico: un incipiente capitalismo; la proclamada creencia de la utilidad del sistema de libre competencia; y, el libre acceso a la propiedad. Desde la perspectiva particular de nuestro análisis se produce una doble y fundamental consecuencia: cualquier ciudadano puede ser comerciante y la cualidad de tal se adquiere con el ejercicio de la profesión y no por el hecho de pertenecer a una corporación (art. 1 del cuerpo legal citado). Esta doble consecuencia tiene una capital importancia para el desarrollo histórico del Derecho mercantil. En primer lugar, porque queda quebrado el sistema de las limitaciones para ser comerciante. En segundo término, porque aparece la categoría del “acto objetivo” de comercio. Quiere decirse con ello que la calificación del acto no viene dada por el sujeto que lo realiza, sino por su propia naturaleza. No serán actos de comercio los que realicen los comerciantes, sino que éstos realizarán actos que por sí pueden ser calificados como actos de comercio. El significado y alcance del nuevo sistema ha sido centrado en su justo término por el profesor Girón, cuando se pregunta (11) si la función del acto de comercio en el “Code” se circuns-

(9) RUBIO, *ob. cit.*, pág. 158.

(10) THALLER, *De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes dans le Droit commercial*, “*Livre du centenaire*”, I, págs. 233 y siguientes. Citado, también, por RUBIO.

(11) GIRÓN, *El concepto del Derecho mercantil*, A. D. C., 1954, página 736.

cribe a fijar la competencia de los Tribunales, o si su función es acotar la materia mercantil.

Planteado así el problema, ha tenido dos soluciones bien distintas. La doctrina inmediata a la Revolución interpretó los artículos 1.º, 631, 632 y 633 del "Code" como la suplantación del llamado sistema subjetivo por el objetivo; esto es, el Derecho mercantil deja de ser el Derecho de los comerciantes para convertirse en el propio de los actos de comercio. La moderna doctrina ha revisado esta interpretación clásica para mantener que el Código francés sólo ha dado un paso: el mínimo y necesario para desprender el acto del sujeto que lo realiza, pero sin desconectar totalmente el binomio sujeto-acto (12).

Esta segunda dirección doctrinal (13) es la que ofrece una interpretación más acorde con los preceptos citados del "Code". Esta misma dirección desembocará en la tesis que para nosotros contiene la clave de la aportación del cuerpo legal que comentamos: los actos de comercio en el "Code" no tienen carácter "sustantivo", no acotan la materia mercantil, fijan la competencia de los Tribunales (14). En esta línea hay que situar a Broseta cuando afirma (15) que del "análisis de estos preceptos se desprenden las siguientes observaciones: 1) que en el art. 1.º se define a los comerciantes como sujetos que realizan habitualmente, es decir, profesionalmente, actos de comercio, con lo cual se sigue en realidad el sistema tradicional anterior; 2) que en el artículo 631 se refiere a los actos de comercio para declarar que los litigios o conflictos surgidos sobre ellos quedan sometidos a la competencia de los Tribunales de comercio; 3) que los artículos 632 y 633 califican *ex lege* ciertas operaciones como actos de comercio, con la indudable finalidad de establecer las que, partiendo de esta naturaleza, se someterán a la competencia de los Tribunales de comercio, cualquiera que sea la condición o naturaleza de las personas que los ejecutan". De estas consideraciones concluye que la función del acto de comercio en el "Code" es doble: establecer quiénes y mediante qué requisitos adquieren la condición de comerciantes y delimitar objetivamente la competencia de los Tribunales de comercio. En efecto, esta es —cabalmente— la doble función del acto de comercio en el "Code". Sirvió como criterio de calificación de la profesión de comerciante; o dicho en otras palabras, quien realizaba tales operaciones con habitualidad (profesionalidad) era comerciante y marcó los límites objetivos de la competencia de los Tribunales (16).

---

(12) Artículos 1.º, 631, 632 y 633 del "Code" napoleónico.

(13) HAMEL y LAGARDE, *Traité...*, págs. 164 y sigs.; RIPERT, *Traité...*, núm. 8; GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, pág. 183.

(14) ESCARRA, *Principes de Droit commercial*, I, núm. 82. Para este mismo autor esta manifestación doctrinal constituye la tesis dominante en la moderna doctrina.

(15) BROSETA, *Empresa, Derecho, obligaciones...*, pág. 15.

(16) RIPERT, *Traité...*, ob. cit., pág. 127, afirma: "el "Code" de 1807, al regular la competencia de los Tribunales de comercio, ha mantenido el principio de que estos Tribunales son competentes para las contiendas entre comerciantes. Pero no queriendo crear una jurisdicción profesio-

Tal es la *función* del acto de comercio en el "Code". Ahora bien, esta no es sólo la *significación y alcance* del sistema establecido en 1807. Su proyección ofrece un compás más abierto.

La significación del "Code" se extiende en un doble campo. Por un lado, supone consolidar formalmente el ordenamiento jurídico-mercantil. No se trata ya de una consolidación "dispersa" de que hablábamos antes, sino de una consolidación formalmente estructurada y conceptualmente coherente. En expresión brillante del profesor Girón, supone la "investidura de Código que se da al Derecho mercantil" (17). Por otro lado, la "progresiva" extensión o desarrollo ("generalización" u "objetivización") de las instituciones que integran el ordenamiento jurídico-comercial. Veamos cada una de ellas.

La consolidación formal del ordenamiento jurídico-mercantil a través del recurso técnico del Código ofrece una muy especial significación. Ya hemos señalado, con carácter general, qué supone en la evolución de la historia del derecho la aparición de los códigos. Específicamente, para el proceso histórico del Derecho mercantil supuso la culminación de una evolución que arranca desde muy atrás y que se cierra con la fórmula técnica del Código. Evolución que produce esta "unidad racionalista y cerrada" que llamamos código. Es algo nuevo y diferente —formal y sustancialmente—, sin precedentes, que abre una etapa que aún perdura —quizá en crisis— en la historia del derecho. Admitimos con Ripert que los redactores del "Code" volvieron sus miradas hacia las Ordenanzas de 1673 y al proyecto de revisión de Miromesnil (18). Pero su obra no es un paso más, sino que supone un giro radical. El "Code" abre la etapa de la codificación con toda su carga histórica y toda la influencia que posteriormente se despliega (19).

---

nal, ha añadido que conocerán también de las contiendas relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas (art. 631). Desde este momento se vieron obligados a establecer cuáles son los actos de comercio, lo que han hecho en el art. 632 para el comercio terrestre y en el 633 para el marítimo. Es, pues, exclusivamente, para regular de nuevo una cuestión de competencia y para no establecerla únicamente en atención a la condición de las personas, por lo que el "Code" ha presentado la noción de un acto que será de comercio entre toda clase de personas".

(17) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 736. Aun proclamando la brillantez de la expresión, conviene diferir en un punto: no es tanto la investidura del Derecho mercantil —como ciencia— sino la del disperso ordenamiento jurídico-comercial. Producido este supuesto se facilitará el nacimiento formal de la disciplina científica. Creemos que el Derecho mercantil ni ha estado, ni está vestido en forma de Código. Lo que se reviste bajo la vestidura de Código es el ordenamiento jurídico-Comercial.

(18) RIPERT, *Traité...*, ob. cit., pág. 15. Parece especialmente influido por LEVI-BRUHL en sus trabajos publicados en los "Ann. de Droit Comm.", en 1931 y 1933, acerca de las Ordenanzas y el Proyecto Miromesnil.

(19) Entiéndase que valoramos en su justa medida la realidad, en cierto modo codificadora, del Derecho territorial del Estado prusiano (Allgemeines Landrecht) de 5 de febrero de 1749, con entrada en vigor el 1 de junio de aquel año. Se regulaba el Derecho privado, el político, el eclesiástico, el penal y el mercantil (incluyendo cambiario, marítimo y seguros) en la parte segunda, título 8, artículos 475-2.464. Los comer-

Pero quizá sea la progresiva generalización de las instituciones jurídico-mercantiles que se opera, el impacto esencial del nuevo sistema. El fenómeno ha sido puesto de manifiesto por Rubio, quien ya en 1947 hablaba de que, al producirse la llamada generalización, el Derecho mercantil se convirtió en el Derecho general del tráfico, constituyendo el núcleo del Derecho patrimonial moderno (20). Después, en 1969, se manifiesta concluyente: "Pero en el "Code" laten una idea y un propósito certeros, impuestos por la madurez histórica que, en su momento, el Derecho mercantil ha adquirido ya: el de dar definitivamente a éste su carácter de Derecho general del tráfico extra-profesional, aplicable a los comerciantes y no comerciantes" (21). Este fenómeno se hará incontenible en potencia y continuo en el tiempo. El texto clásico de Goldschmidt lo resume así: "El Derecho mercantil ocupa frente al civil una posición de adelantado para la reforma de este último. Desarrollado bajo la presión de las clases más preparadas y perspicaces en el mundo económico, los grandes comerciantes industriales, los navieros y los financieros, tienden a conducir el Derecho civil entero y mientras, de un lado, reduce su propio ámbito, de otro, aumenta por medio de normas nuevas que surgen de las nuevas necesidades del comercio. Se podría comparar con un glaciar, en sus zonas inferiores los hielos disueltos se mezclan con los restantes sedimentos, en las altas van formando, en cambio, renovados nevados" (22).

## 2) *El Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861*

La significación de este cuerpo legal es profunda a los efectos de comprobar el fenómeno de formación de un ordenamiento jurídico-

ciantes se regulan en los artículos 475-712; la letra de cambio en los artículos 713-1.249; billetes y efectos mercantiles en los artículos 1.250-1.304; los mediadores de comercio en los artículos 1.305-1.388; los porteadores, navieros y cargadores en los artículos 1.389-1.765; la avería gruesa en los artículos 1.766-1.933; los seguros en los artículos 1.934-2.358; el préstamo a la gruesa en los artículos 2.359-2.451; los porteadores en los artículos 2.452-2.464. La obra es, sin duda, importante, a la que prestaron su decisiva colaboración hombres como BUSCH, SIEVEKING, MOJLER, GARDETZ. Ahora bien, coincidimos con REHME en que el Allgemeines Landrecht "no puso fin a la diversidad jurídica en Prusia". Estábamos en la etapa de la "consolidación dispersa", según venimos defendiendo.

(20) RUBIO, *Sobre el concepto*, ob. cit., págs. 337 y sigs.

(21) RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 158. También cfr. BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 60 y anteriores.

(22) GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte...*, ob. cit., pág. 12). Este texto está citado por RUBIO. Para cfr. el fenómeno de la generalización conviene citar las aportaciones de RIPERT, *La commercialisation du Droit civil français*, 1934; BONNECASE, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit civil in Studi in onore Vivante*, I, pág. 149; LORDI, *Contratti civili contratti commerciali*, en R. D. C., 1942, pág. 140; GARRIGUES, *Qué es y...*, ob. cit., pág. 52; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 57; RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 160; RIESSER, *Desr Einfluss handelsrechtlichen Ideen aufden entwurf einer BGB den Deutsches Reich*, 1894; PISKO, *Handelsgesetz als Quellen des Bürgerliches Recht*.

mercantil consolidado (23). Supone la consagración del criterio del acto de comercio como delimitador de las obligaciones y contratos mercantiles. Deja de ser un elemento para fijar la competencia de los Tribunales, para convertirse en el vértice de "lo" contractualmente mercantil. Al situarlo, sistemáticamente, a la cabeza del título I del libro IV ("De los actos de comercio") quiere indicarse la orientación que venimos señalando (24).

Junto con el "Code" francés, supone el centro alrededor del cual gira el proceso de desarrollo de la disciplina, puesto que consolida un ordenamiento al que le imprime una sustantividad apreciable. El sistema del Código consigue una indudable apertura del ordenamiento. Son calificados contratos mercantiles la venta con fines de reventa, el suministro, el seguro con prima y el transporte de personas o cosas. Pero, sin duda, la cuestión esencial, a estos efectos, se contenga en el título 1.º cuando al regular a los comerciantes, se preceptúa que se entiende por tales los que ejercen como profesión una empresa o una actividad mercantil (25).

### 3) *El Código de comercio italiano de 1882*

La significación de este cuerpo legal se puede reducir a un aspecto: haber constituido el aglutinante de una legalización mercantil dispersa. Y como resultado de este innegable hecho se produce otro efecto positivo señalado por un sector de la doctrina, "constituir la base para la doctrina de este país" (26), (27).

Esta aglutinación a que nos referimos se debe a una doble causa. Por un lado, a la señalada y general propia de todo código. Pero de manera especial, porque ubica el acto de comercio como centro del sistema. Ya no se situará el concepto del mismo en el libro destinado a las "obligaciones mercantiles", sino a la cabeza del código (artículos 3 a 6).

---

(23) Estudimos en este estudio la interesante evolución de los proyectos de este Código, así como la historia de su formación. Cfr. REHME, *Historia universal del Derecho mercantil*, págs. 199 y sigs.; GOLDSCHMIDT, *Handbuch...*, ob. cit., párr. 10 y sigs.; idem, *Kritik des Entwurfs eines HGB die preussischen Staaten*, 1857; también las apreciaciones de MOSSA, *Historia del Derecho mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948, páginas 19 y sigs.

(24) En este mismo sentido, GIRÓN *El concepto de...*, ob. cit., página 744; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 61.

(25) MOSSA, *Historia del Derecho mercantil*, pág. 20, en este mismo pasaje se cita. SCHREIBER, *Grundgedanken zum System eines Künstigen Handelsrecht*, Berlín, 1928, en Acta del primer congreso de profesores de Derecho Mercantil.

(26) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 744; ROCCO lo ha sometido a una crítica dura: considera que fue un mosaico de disposiciones, con decisiva influencia del Código de 1842 (el "Albertino"), que era, por otro lado, calco del francés. El propio GIRÓN considera que también estaba influenciado por el holandés del 38.

(27) No debe olvidarse su recepción en Rumania y Bulgaria, como prueba de su bondad.

4) *Especial consideración del proceso en España. Los Códigos de comercio de 1829 y el vigente de 1885*

1') *Ideas generales*

Es clásico el texto de Campomanes contenido en su ensayo sobre "Educación popular": "Para evitar la incertidumbre de las leyes mercantiles... (la necesidad) de establecer una Ordenanza general en los juicios de comercio, estimando de suma importancia fijar reglas invariables de juzgar el consulado o juzgado de mercaderes que decida las causas concurrentes en hecho de mercadería" (28). Esta necesidad, que era ya apremiante en el último tercio del siglo XVIII, se convierte en supuesto necesario y lógico en el primer tercio del XIX. El desarrollo del comercio, el control de los núcleos del poder por la incipiente burguesía, la exigencia de un acercamiento a fórmulas europeas impuestas "como ideas dominantes" por los europeístas del interior y por los españolizantes del exterior, hacen irresistible la corriente codificadora de las dispersas normas jurídico-mercantiles. Con expresión certera y clara ha resumido la situación desencadenada el profesor Rubio en los siguientes términos: "Se trata, pues, de una doble motivación. En lo esencial, la formación histórica del Derecho mercantil como ordenamiento nuevo de una instituciones creadas con arreglo al espíritu del capitalismo moderno, para las que resulta insuficiente e inadecuado el derecho tradicional. Recogido en las ordenanzas consulares y alrededor de los centros mercantiles, se encuentra ya agrupado desde el siglo XVIII y la codificación no hace más que insistir en el mismo estado de cosas. Apenas puede concebirse que las tendencias codificadoras hubieran desarticulado el único derecho que encontraron realmente codificado. Se limitan, por tanto, a procurar para esta sistematización un criterio racional y objetivo y, sobre todo, a terminar de arrancarle cuanto aún conservasen las viejas ordenanzas de cuaderno de privilegios de la clase mercantil. La codificación separada, con la pretensión de delimitar objetivamente una materia de comercio, podrá ser —lo es con certeza— técnicamente equivocada. Pero representa un hito fundamental e imprescindible en el proyecto de expansión del espíritu y las instituciones capitalistas, desde los núcleos originarios de artesanos y mercaderes, hasta los sectores de la economía moderna imposibles —aún cuando ello fuera equitativo— de reducir por delimitación profesional, al modo como pretenden las doctrinas recientes más autorizadas" (29).

Una doble puntualización parece necesaria efectuar a este texto, sin duda, importante e ilustrativo de la situación del problema. Ante todo, estimamos que la codificación —en puridad— no estaba realizada con anterioridad al Código del 29, aceptándose el juego de pala-

---

(28) CAMPOMANES, *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*, Madrid, 1775, pág. 262.

(29) RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 109.

bras. Me explico. La codificación, venimos defendiendo, es un fenómeno distinto de la ordenación y articulación de normas generales sobre una determinada materia. La codificación es la culminación —utilizando la expresión del propio profesor Rubio— de un “fenómeno general que arrancando del racionalismo y reformismo del setecientos produce” una consolidación formal y coherente del conjunto de normas que disciplinan un sector económico determinado. En este sentido, y sólo en este sentido, la tarea codificadora en España se materializa con la terminación del Código del 29, por lo que se refiere a las “causas ocurridas en hecho de mercadería”. En segundo término, importa destacar del pasaje anteriormente citado del profesor Rubio la idea de que “representa un hito fundamental e imprescindible en el proyecto de expansión del espíritu y las instituciones capitalistas”.

Centrada así la cuestión, habrá que observar que la fórmula de código para “lo” mercantil, en España era la única salida lógica y natural, a la vista de los resultados de las denominadas compilaciones generales (La Novísima, por ejemplo) y de la presión doble de los españoles que querían importar novedades externas y de los extranjeros deseosos de exportar a España fórmulas ensayadas. La presión convergente dio su fruto y, naturalmente, fue el modelo francés, el cual impresionaba más a los de dentro y era el que dominaba como realidad legislativa (30), el que se tuvo presente en nuestra primera tarea legislativa de corte codificador de la materia mercantil (31).

### 1”) *El Código de comercio de 1829* (32)

En el aspecto que a nosotros viene interesando para nuestra reflexión sobre los niveles básicos de nuestra disciplina, hay que registrar que el Código del 29 no sólo no resuelve con claridad el problema de cuál es el vértice del sistema, sino que —al contrario— lo complica.

(30) RUBIO, *Sáinz de Andino...*, ob. cit., pág. 108, insiste especialmente en el dato de la existencia de unas Ordenanzas de comercio, como factor decisivo de la codificación independiente. Parece aceptable como factor coadyuvante, pero no como decisivo. Nosotros hemos apuntado motivos marginales a los de la realidad legislativa, pues la decisión —entendemos— no estaba condicionada por este dato de hecho, sino por la demanda de satisfacer intereses de grupo sociales con poder formal y capacidad de manipulación en los centros del poder formal. Pero debemos confesar que la propia autoridad del profesor RUBIO se robustece con citas de LYON-CAEN, *De l'influence...*, ob. cit., pág. 219, y de THALLER, *Attraction exercée par...*, ob. cit., pág. 230, que recoge en la nota 64 del capítulo II de su obra anteriormente citada.

(31) MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la novísima recopilación*, Madrid, 1820, pág. 28, puntualizaba: “...el Código dinamarqués de 1683, el más antiguo de su clase, el sueco, el Federico, el sardo, el teresiano, el francés, que a mi juicio aventaja a todos...”.

(32) Parece necesario recordar que no es oportuno efectuar aquí y ahora un análisis exhaustivo del Código. Nos remitimos, concretamente, a la obra ya citada del profesor RUBIO, *Sáinz de Andino...* y la amplísima bibliografía contenida en la misma.

Tres ejemplos lo prueban: para Rubio (33) el sistema se hace claramente objetivo; para Girón (34) la tendencia es subjetiva, y para Garrigues (35) la objetividad se manifiesta en el aspecto jurisdiccional. Si tal es el panorama de los modernos enfoques de la cuestión, parece oportuno detenerse en los puntos claves de este cuerpo legal.

En efecto, el artículo 1.199 preceptúa que la jurisdicción especial se extiende a todos los litigios que, procedentes de negociaciones, contratos, operaciones mercantiles mencionadas en el Código, se han reputado actos de comercio por reunir los caracteres que a éstos asigna el Código. Por su parte, el artículo 1.201 fija que no serán competentes tales Tribunales, si las demandas intentadas contra los comerciantes o por ellos mismos no proceden de actos de comercio. El artículo 1.200 establece que los no comerciantes se someten a la jurisdicción especial cuando los litigios versan sobre actos de comercio. El artículo 1 reputa comerciantes a quienes reúnan un doble requisito: estar inscritos en la matrícula de comerciantes y tener por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado. Por otro lado, el artículo 2 declara que no son comerciantes los que accidentalmente realizan una operación de comercio terrestre, sin perjuicio de quedar sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones, a las leyes y jurisdicciones mercantiles.

Entendemos que pueden formularse dos principios fundamentales. En primer lugar, que la categoría de acto de comercio adquiere carácter sustancial, alejándose —en consecuencia— de la naturaleza procesal que predicábamos del acto de comercio en el “Code”. En segundo término, la figura del comerciante aparece calificada, no sólo por el dato externo de la “matriculación”, sino, también por la realización (habitual) de actos de comercio. De estos dos principios, concluimos con el maestro Garrigues que “el acto de comercio, la actividad específica mercantil, es la que atrae la jurisdicción mercantil y es esta jurisdicción la que aplica el Código de comercio” (36). El Código del 29 acoge un sistema objetivo, sin desconocer —pues ello es imposible, apostillamos— al comerciante.

### 1”) *El Código vigente de 1885* (37)

La unanimidad doctrinal parece total. El Código vigente consagra un sistema objetivo. El artículo 2 expresa la operación quirúrgica de separación entre el sujeto y el acto.

(33) RUBIO, *Sáinz de Andino...*, ob. cit., pág. 133). También LANGLE *Manual de Derecho mercantil*, I, pág. 202 y en *Orla de mercantilistas...*, ob. cit., pág. 14.

(34) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 145.

(35) GARRIGUES, *Tratado*, ob. cit., I, pág. 185.

(36) GARRIGUES, *Tratado...*, ob. cit., pág. inmediatamente también citada anteriormente.

(37) Tampoco es lugar oportuno de analizar la estructura y contenido de este cuerpo legal. Nos remitimos para ello a cualquier manual de la disciplina.

Frente al Código del 29 que “parece ser el propio y peculiar de una serie de ciudadanos, el proyecto —dice la Exposición de Motivos—, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren”. Y continúa: “Por eso se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no la calificación de mercantiles con independencia de las personas que en ellos intervienen”. En estos términos se expresa el legislador al redactar la Exposición de Motivos. Pero es más: “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 frase enumera o resume todos los actos y contratos mercantiles conocidos hasta ahora, y tan flexible que permite la aplicación del Código a las combinaciones del porvenir..., fiándose más que en la ciencia en el buen sentido, ha declarado que son actos de comercio todos aquellos que menciona el Código y cualquiera 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”.

No hay duda, pues: el legislador ha querido consagrar definitivamente el criterio de la calificación del acto de comercio en sí, por su naturaleza intrínseca, por su contextura interna, con independencia de la persona que los realice. Sistema que aplica al Código que presenta el legislador y que desea se perpetúe por obra y gracia de los jueces, magistrados y el hacer de los comerciantes, dejando la puerta abierta de la calificación, por vía de la analogía. Es un sistema de acto de comercio objetivo constitutivamente abierto.

Esta consagración del sistema objetivo *se manifiesta* en dos direcciones (38): por un lado, en que resultan aislados los actos de comercio definidos, no sólo por su ejercicio en el tráfico, sino por su disposición en el Código; por otro lado, por los factores de calificación de los diversos negocios jurídicos-mercantiles, rehuendo al máximo el dato subjetivo y profesional.

Y esta consagración del sistema objetivo *se consigue* (39): por la afirmación de cuáles son actos de comercio, abandonándose la simple presunción, y por el sentido amplio que se otorga al concepto del acto, comprensivo de negocios jurídicos.

Los datos fundamentales están en la pista de nuestra reflexión. Hasta ahora hemos registrado el simple hecho, extrayendo del mismo la consecuencia esencial, a modo de apunte. Un proceso lógico, coherente comienza a formularse.

---

Lo que sí parece oportuno señalar es que el Código de 1885 “ha acentuado la hostilidad hacia cualquier diferenciación estamental y ha llevado hasta sus últimas consecuencias económicas y jurídicas el liberalismo ochocentista” (RUBIO).

(38) RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 431, a quien seguimos en este punto.

(39) GARRIGUES, *Curso...*, ob. cit., I, pág. 123.

## B) CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA CONSOLIDACIÓN “FORMAL” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-MERCANTIL

La consolidación formal del ordenamiento jurídico-mercantil, síntesis final del movimiento codificador, ha conducido a aquél a una situación dinámica (como fruto de su dialéctica interna), que se concreta en las siguientes coordenadas fundamentales:

*Primera.*—El ordenamiento jurídico-mercantil gira en torno al comercio. Gira en torno produciendo un doble efecto: fija la circunferencia del círculo y lo dinamiza desde el centro.

*Segunda.*—El contenido del círculo lo constituyen los actos de comercio, pudiéndose formar otros círculos concéntricos, por la fuerza expansiva de que legislativamente se le dota. El círculo contiene posibilidades de expansionarse, creándose otras circunferencias concéntricas.

*Tercera.*—El ordenamiento aparece como un conjunto de normas especiales, no por el sujeto destinatario de las mismas, sino por la naturaleza de la materia. El centro de gravedad de la especialidad se ha deslizado desde la persona hacia el acto.

*Cuarta.*—La propia dinámica interna del sistema “perfecto”, operando a modo de contradicción, lejos de robustecer un concepto unitario, lo desintegra, pues la acentuación del acto potencia paralelamente al sujeto que lo realiza.

*Quinta.*—El despegue (“take-off”) del ordenamiento jurídico-mercantil es un hecho. La escalada de la “generalización” de sus instituciones se convierte, de resultado de un proceso de expansión, en condicionante de su desarrollo, no en el sentido de elemento obstaculizador, sino como factor configurador. La “disciplina legal” se dispersa y la “disciplina científica” se desintegra en “saberes concretos”.

Tales son las conclusiones que deben servirnos de punto de arranque de una nueva etapa.

## II. LA EXPANSION DEL DERECHO MERCANTIL

### A) LA DISPERSIÓN “REAL” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-MERCANTIL

#### a) Factores políticos, económicos y sociales

La evolución económica de finales del XIX puede concretarse en tres tendencias acusadas: expansión, especialización e integración (40). Estas tendencias se convierten en pilares de la marcha económica del XX. La *expansión* es el signo común del sistema económico. De lo local a lo provincial; de la provincial a lo nacional y de lo nacional a lo internacional. En el comercio internacional se fusiona al mundo conocido en una sola unidad económica y al hacerlo—observa Birnie—está ope-

(40) Nos interesa destacar como obra clave la de A. BIRNIE, *Historia económica de Europa*, 1944. Es un análisis económico, con todas sus implicaciones de los últimos ciento cincuenta años.

niendo una fuerza poderosa unificadora a la influencia separatista del nacionalismo político (41). Así pudo afirmarse que “a pesar del desafortunado papel que ha representado a veces (el comercio), provocando rivalidades nacionales, ha sido un gran agente civilizador en la historia y una poderosa influencia sobre la solidaridad internacional”. La *especialización* se manifiesta desde el ejercicio de la propia actividad que se torna en un trabajo especializado, hasta la multitud de variantes que surgen, se entrecruzan y funcionan en el comercio. La *integración* se advierte como presupuesto del mismo despliegue comercial y como catalizador de la división de funciones y actividades. “El resultado general de todas estas tendencias integrantes es combinar funciones económicas que han sido divididas en el curso de la evolución económica de los últimos siglos” (42).

Sobre tres elementos fundamentales hay que montar la evolución.

En primer lugar, sobre las medidas monetarias, la actividad de la banca y la actitud inversionista; en segundo término, sobre la “universalización de la gran empresa”; y, finalmente, sobre un aparato estatal instrumental para conseguir los objetivos de la expansión e integración económica en marcha. En efecto, las medidas monetarias, la actividad bancaria y la actitud inversionista sirven de palanca fundamental del desarrollo que se lleva a cabo en los sesenta últimos años (43). Por otro lado, la empresa se erige en la organización prototipo. Las actividades económicas o se hacen empresarialmente o caminan al fracaso, es la divisa del momento. Desde nuestra perspectiva de observación, se ha denominado el fenómeno como “universalización de la empresa” (Girón), Y a este fin ha escrito: “Por encima de estas divisiones lo que importa fundamentalmente para nuestro fin es la universalización de la empresa, que sustituye a la tipología de épocas anteriores; en el conjunto de la vida económica dejar de estar ya el comerciante, como en una posición especial... A todas estas actividades es común el instrumento de organización que es la empresa... Las características de la empresa —organización en términos de precios— se hace independientemente del género a que se dedique... Pero todas las actividades —apostilla— económicas aparecen sometidas al mismo mecanismo funcional del sistema capitalista” (44). Desde la perspectiva más general que la específica nuestra, se ha escrito que “la historia del capitalismo es la historia

(41) El propio BIRNIE recoge los famosos versos de COWPER:

The band of commerce was designed,  
To associate all the branches of mankind.  
And if a boundless plenty be the robe,  
Trade is the golden girdle of the globe.

Los mismos versos fueron comentados por ELLSWORTH, *The international Economy*, New York, 1962.

(42) BIRNIE, *Historia...*, ob. cit., pág. 34.

(43) Cfr. BIRNIE, *Historia...*, ob. cit., págs. 115 y sigs.; también ELLSWORTH, *International...*, ob. cit.; STRACHEY, *Contemporary Capitalism*, Londres, 1956; y el propio SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, ed. esp., 1961, págs. 95 y sigs.

(44) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 734.

de las empresas organizadas” porque “sólo en la empresa concebida con vida autónoma está asegurada la continuidad del proceso económico correspondiente hoy al principio de la ganancia” (45). Finalmente, es el aparato jurídico-político (la organización estatal) la atornilladora de este proceso irreversible, expansivo, integrador y especializado (46).

Esta estructura se corresponde con una auténtica “civilización”. A esta capa de la realidad social, en conjunto, se la ha denominado la superestructura sociopsicológica del capitalismo (Schumpeter), usando un término acuñado por la literatura marxista en boga; (Goldmann, Adorno, Lukacs) (47). Y en el cuadro de esta superestructura se enmarca el ordenamiento jurídico-mercantil, cauce y respuesta de las exigencias económicas.

Basta con señalar el fenómeno. Más adelante se insistirá sobre el mismo.

## b) Factores jurídicos

### 1) Vuelta a un sistema subjetivo:

#### 1') El H.G.B. alemán de 1897

Dos hechos fundamentales ponen en marcha, de manera firme, la reforma del Código comercial: por un lado, la promulgación de la Ley de 20 de diciembre de 1873, que sometía a la competencia de la legislación del Imperio la totalidad del Derecho civil y, por otro lado, la entrada en vigor del Código civil e, incluso, su propia elaboración legislativa. En efecto, desde 1895, o sea, antes de la promulgación del Código civil, se trabajaba en la reforma del de comercio, sobre un anteproyecto de cuatro libros, distribuidos en 414 artículos. Este trabajo, tras notables retoques (48), pasó a constituir el “Anteproyecto de un código de comercio con exclusión del derecho marítimo, con la correspondiente Memoria, elaborado en el Departamento de Justicia del Reich, edición oficial” (49). En la página tres de la Memoria se puede leer: “La unificación y la reforma profunda del derecho privado que trae consigo el Código civil, hace necesario también una revisión del Código de comercio... ..Su finalidad consiste, por un lado, en poner de acuerdo a los preceptos del Código de comercio con el contenido del nuevo cuerpo legal, y, por otro, en realizar en la Ley Mercantil aquellas mo-

(45) SOMBART, *Der modern Kapitalismus*, II, pág. 100.

(46) WRIGHT, *The power elite*, 1957.

(47) Antológicas son las páginas a este respecto escritas por SCHUMPETER, *Capitalismo...*, ob. cit., págs. 167 y sigs.; GOLDMAN, *Sciencies...*, ob. cit.; ADORNO, *Prismas. La crítica de la cultura y la sociedad*, Barcelona, 1961; LUKACS, *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin, 1953.

(48) Se compuso una amplia comisión integrada, entre otros, por GIERKE, BOLZE, RIESSER, SIEVENING, presididos por NIEBERDING. La comisión celebró 21 reuniones entre el 21 de noviembre y el 18 de diciembre de 1895. Cfr. REHME, ob. cit., págs. 213 y 214.

(49) Se editó por J. Guttentag. Berlin, 1895.

dificaciones y adiciones que la experiencia de esos treinta años largos, transcurridos desde que entró en vigor, ha evidenciado que son razonables. Las mociones formuladas por los círculos y clases profesionales, la jurisprudencia de los Tribunales, la bibliografía doctrinal, tan extensa y rica, del derecho mercantil, y la nueva legislación extranjera, ofrecían para esta segunda parte del cometido, un abundante material". En noviembre de 1896 pasó al Consejo Federal que, después de ciertas modificaciones, lo presentó al Reichstag como Proyecto de Ley (22 de enero de 1897), quedando aprobado el 7 de abril de este año y sancionado por el Consejo Federal el 10 de mayo de 1897, apareciendo —tras la promulgación por el Emperador— en la Gaceta oficial el 21 de mayo del mismo año (50). Comenzó a regir el 1 de enero de 1900.

La significación fundamental del cuerpo legal que comentamos no es otra que la reinstauración del llamado sistema subjetivo. La razón de esta "vuelta" al sistema subjetivo hay que buscarla —es posición dominante de la doctrina — en la aparición del Código civil. Hasta ese momento el C. de c. anterior representó el ordenamiento general del tráfico jurídico, siendo reabsorbidas estas normas generales por el civil, por lo que el de comercio *vuelve* a su temática genuina (51). Para el propio Gierke la vuelta al sistema profesional supuso el reencuentro con la sede originaria y auténtica del ordenamiento jurídico-mercantil, moldeándose como un derecho "especial profesional".

Constituyen preceptos esenciales del sistema los números 1, 2, 343 y 344. En el artículo 1 (52) se califica de comerciante al que "se dedique a un tráfico mercantil", procediéndose, a renglón seguido, a fijarse qué actos pueden considerarse como propios del tráfico mercantil. Independientemente de esta categoría, se incluye en el artículo 2 (53)

---

(50) REHME, *Historia...*, ob. cit., pág. 215. Recientemente, RAISCH, *Geschichtliche...*, ob. cit., págs. 105 y sigs.

(51) LEHMANN, *Handel und Gewerbe*, pág. 15 de la ed. de 1942; GIERKE, *Der Entwurf...*, ob. cit., pág. 449; ambas posturas aceptadas y recogidas por GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 774.

(52) Art. 1: "Comerciante, en el sentido de este Código, es el que se dedica a un tráfico mercantil. Como tráfico mercantil se considera cualquiera que tenga por objeto uno de los que a continuación se detallan: 1) La compra y reventa de bienes muebles (mercaderías) o valores públicos, industriales o mercantiles, siendo indiferente el que aquéllas se revendan sin previa modificación o que, con ese objeto, se preparen o mejoren; 2) La preparación o modificación de mercaderías para otros, en cuanto exceda de los límites puramente industriales; 3) Las empresas de seguros a prima fija; 4) Los negocios de banca y cambio; 5) Las empresas de transporte de mercancía o viajeros por mar o por tierra, o destinadas al comercio de cabotaje, así como el negocio de remolque de buques; 6) Los negocios de comisión, agencia de transportes o almacenes de depósito; 7) Los de agente de comercio o corredor; 8) Los editoriales y otros artísticos de igual índole; 9) El negocio de imprenta, en cuanto traspasa los límites puramente industriales".

(53) Art. 2: "Toda empresa que por su índole y volumen exija estar organizada en forma comercial, aun cuando no reúna los requisitos del artículo 1, párrafo 2.º, se estimará mercantil a los efectos de este Código, siempre que el empresario aparezca inscrito en el Registro de Comercio. El empresario está obligado a gestionar la inscripción con arre-

como comerciante a “toda empresa que por su modo de ser y por su amplitud exija estar organizada en forma comercial”. Por su parte, el 343 declara como contratos mercantiles todos los que celebra un comerciante en el ejercicio de su tráfico, presumiéndose mercantiles—artículo 344—los actos jurídicos celebrados por un comerciante (54).

Sobre esta trama de preceptos el sistema se nos muestra claramente subjetivo, ubicándose en el centro del mismo al comerciante. A un comerciante en la ruta de la empresa; o lo que es lo mismo, a un empresario dedicado al comercio. Ahora bien, como ha visto Girón, en el propio Código hay base para distinguir al “pleno” de los “pequeños comerciantes” (Vollkaflaute y Minderkaufleute). Esta base puede encontrarse en el artículo 4, que exonera a los pequeños comerciantes de las disposiciones sobre la razón social, libros comerciales y de las específicas sobre la “procura” (es decir, que sus apoderamientos no han de otorgarse bajo la forma de la “prokura”). Tampoco pueden constituir sociedades colectivas o comanditarias (55).

El sistema, por consiguiente, aparece con gran sincronía. Gracias al Código civil (BGB) se han precisado los principios generales del tráfico económico, que impulsados por el ordenamiento jurídico-mercantil (“generalizados”, se ha dicho) han pasado a constituir un conjunto de normas válidas con carácter general y, consiguientemente, con radicación en el Código civil. Cerrado, así, el sistema con gran coherencia y solidez, produjo, sin duda, una “progresiva expansión de normas e instituciones mercantiles” (Ascarelli) (56).

1”) *El “Códice civile” italiano de 1942.*

La significación de este cuerpo legal (en el hilo de argumentación de nuestra reflexión) se centra en un punto: el eje del sistema se monta sobre el empresario. En efecto, el artículo 2.082 define al empresario y no a la empresa. Prescribe: “Es empresario el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la produc-

---

glo a las disposiciones que rigen la misma, cuando se trata de casas comerciales.” El antecedente de este precepto hay que buscarlo en el artículo 865, 4, del Código suizo. Cfr. GESSLER-HEFERMEHL-HILDE-BRAND-SCHRODER, *Kommentar zum HGB*, I, 1950, pág. 21, otorga a este precepto el valor de “cláusula general”.

(54) Art. 343: “Son contratos mercantiles todos los que celebre un comerciante en el ejercicio de su tráfico. Los contratos detallados en el art. 1, párrafo 2.º, serán también contratos mercantiles cuando los celebre un comerciante, aunque no pertenezcan al tráfico a que aquél se dedique ordinariamente”. Art. 344: “Los actos jurídicos celebrados por un comerciante se considerarán en caso de duda como pertenecientes a su tráfico. Los documentos extendidos por un comerciante acreditativos de obligaciones del mismo se estimarán como expedidos en el ejercicio de su tráfico, si no se deduce lo contrario de su contexto”.

(55) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 799. Cita a WURDINGER, *Kommentar zum HGB*, I, 1951, pág. 122.

(56) Para una valoración del sistema Vid. WIELAND, *Handelsrecht...*, ob. cit., págs. 24 y sigs.; GARRIGUES, *Tratado...*, ob. cit., I, pág. 183; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., págs. 70 y sigs.

ción o cambio de bienes o servicios". Más aún: el artículo 2.195 ordena que: "Están sujetos a la obligación de inscripción en el Registro de empresas *los empresarios* que ejerzan: 1) una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios; 2) una actividad intermedia en la circulación de bienes; 3) una actividad de transporte por tierra, agua o aire; 4) una actividad bancaria o aseguradora, y, 5) otras actividades auxiliares de las precedentes. Las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas comerciales, se aplican, si no resulta otra cosa, a todas las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercen".

Debe observarse la orientación claramente subjetiva del Código, sustituyendo al comerciante por el empresario y al acto de comercio, consecuentemente, por actividad mercantil. Esta mutación no es accidental, sino de repercusión trascendental (57).

En el ordenamiento italiano se consagra con estos preceptos una tendencia ya acusada y, a su vez, se convierte en avanzadilla de una corriente importante, que gravitará en el desarrollo posterior de los acontecimientos y de sus interpretaciones (58).

## 2) Conclusiones básicas en que se sitúa la cuestión

De la consolidación "formal" del ordenamiento jurídico-mercantil se ha caminado hacia una dispersión "real" del mismo. Nos explicamos. La codificación, en su etapa de las primeras realizaciones, produjo una consolidación formal del ordenamiento jurídico-mercantil, haciendo gravitar el centro del sistema en el acto de comercio, configurando al ordenamiento como la síntesis de un conjunto de normas especiales por la materia que regulan y dinamizando el desarrollo de las instituciones mercantiles. Este hecho de la "generalización" como efecto del desarrollo dinámico, sitúa al conjunto de normas e instituciones mercantiles en una fase de constante y progresiva expansión, comportando —como resultado natural— el relanzamiento del sujeto que realiza los actos y utiliza las instituciones. En torno a ese sujeto —comerciante bajo organización de empresa o empresario, a secas— se construye el punto clave del arco. Y el mismo fenómeno dispersa, fáctica y realmente, al ordenamiento consolidado. Dispersión que se produce en un doble plano: en el de la utilización de las instituciones integrantes del ordenamiento jurídico-mercantil y en el de la calificación de los actos propios del comercio, pues basta la participación de ese sujeto para que éstos queden en la órbita de la disciplina y más aún: la sola participación de tales sujetos es bastante (se presume) para que sean calificados como actos mercantiles.

(57) En esta línea, ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di diritto privato*, RDC, 1927, pág. 507; CASANOVA, *Le imprese commerciali...*, ob. cit., pág. 28.

(58) Hay que puntualizar que en el Proyecto de Codice di commercio de 1940, elaborado bajo la presidencia de ASQUINI, se arrancaba con un primer artículo redactado en estos términos: "La ley considera mercantil toda actividad organizada en empresa que tenga por objeto...

El ordenamiento jurídico-mercantil se ciñe a su temática genuina (los principios generales del tráfico son hechazados al jurídico-civil); se dispersa entre la realidad jurídica como fuente de respuestas técnico-jurídicas a las exigencias peculiares del tráfico económico; se ubica en el centro del círculo al sujeto que impulsa las actividades catalogadas de comerciales, no reduciéndose éstas a las legislativamente registradas sino a todas en que participe; se disloca (el término es de Tawney) el saber científico-mercantil para polarizarse en saberes concretos que pretenden aprehender las distintas y variadas realidades técnicas-legislativas que han emanado del consolidado ordenamiento jurídico-mercantil.

Un intento para atenuar esta dispersión lo constituye el movimiento unificador, cuyas pretensiones están lejos de las realidades concretas conseguidas.

Pero, de todas formas, su análisis parece imprescindible aquí y ahora.

## B) LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO DE OBLIGACIONES COMO EXPRESIÓN DE LA "EXPANSIÓN"

### a) *Planteamiento*

Una cuestión previa es necesario dejar aclarada desde este momento. Nos referimos al enmarcamiento sistemático de este fenómeno en esta etapa de nuestra autoreflexión. No creemos oportuno abordar el fenómeno jurídico de la unificación en su totalidad. Para el objeto que pretendemos en este estudio de nuestra autoreflexión sobre los niveles básicos de la disciplina, basta con registrar de hecho, sin profundizar en la polémica abierta en torno a la unificación. Será en su momento oportuno cuando se procederá a estudiar esta vertiente. Aquí es suficiente, para detectar los datos determinantes del proceso formativo de nuestra disciplina, con registrar —como decíamos— los puros datos fácticos, su significación y alcance sustanciales. Y nada más, por ahora.

Pues bien, "a nuestro juicio —escribe con rigor el profesor Garrigues— la generalización del Derecho mercantil no conduce a su muerte, sino al doble resultado de la unificación del Derecho de obligaciones y de la reducción del ámbito del puro Derecho mercantil como Derecho especial" (59). Líneas anteriores nos referimos nosotros —como una de las conclusiones básicas en que se situaba la cuestión— a que el ordenamiento jurídico-mercantil se ciñe a su temática genuina y más adelante titulábamos este apartado con el rótulo, quizá, expresivo de la "unificación como expresión de la expansión". En efecto, una salida natural de la generalización (expansión) es la unificación. Pero, ¿cuando hablamos de generalización (expansión), a qué nos estamos refi-

---

(59) GARRIGUES, *Qué es y qué...*, ob. cit., pág. 55.

riendo? Nos referimos, concretamente, a cuatro hechos fundamentales (60).

En primer lugar, a una “creciente emigración de normas e instituciones”, nacidas en el ordenamiento mercantil, hacia el de carácter “civil”. El fenómeno se acusa claramente: en las normas sobre obligaciones y contratos integradas en el ADGHB del 61 que se trasplantan —sin rechazo— al BGB (61). También se manifiesta en el “Codice”, en que se integran los principios de la presunción de la solidaridad de las obligaciones, la productividad de intereses de pleno derecho, el predominio de la apariencia sobre el derecho, etc., etc. (62).

En segundo término, el fenómeno se manifiesta en la creciente “difusión del espíritu comercial”. Nosotros a este hecho le denominábamos, en páginas anteriores, como la superestructura sociopsicológica del capitalismo, utilizando la expresión en boga de un sector doctrinal amplio. Basta insinuar, porque son textos clásicos, las páginas brillantes a este respecto de Ripert, Garrigues, por citar a dos maestros de autoridad sin fronteras.

En tercer lugar, el reflejo del fenómeno opera en la “progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles”. En efecto, en las realidades legislativas de doble Código estadísticamente funcionan los contratos mercantiles y en las de Código único, éste se integra de normas importadas de los anteriores Códigos mercantiles. Antes denominábamos a este hecho, el trasplante sin rechazo.

Finalmente, el fenómeno ofrece, a nuestro entender, un reflejo doble de singular interés y —quizá— escasamente señalado por la doctrina dominante. Nos referimos al hecho de que la dinámica económica impone una actuación empresarial a quien realiza actividad comercial o mercantil (por otro lado, incluso exigida por normas legales en determinados casos), por lo que la generalización opera a nivel subjetivo y, además, esta manera de actuar o de desarrollar la actividad provoca unos círculos concéntricos de ampliación de las cotas jurídico-mercantiles que van desde la inclusión en estas esferas de la propia organización estatal (el Estado es hoy un empresario “pleno”) hasta la atracción a estos círculos de los particulares tradicionalmente excluidos.

---

(60) Seguimos en este punto, paso a paso, a BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 201. Desde esta perspectiva es necesario citar a A. BERCOVITZ, *En torno a la Unificación del Derecho Privado*; en Estudios Homenaje al prof. De Castro, Madrid, 1976, págs. 153 y sigs. Puntualiza Bercovitz, con indudable acierto, el sentido de la unificación analizando el constante trasvase de normas civiles a cuerpos legislativos llamados “comerciales” y viceversa.

(61) Ha sido puesto de manifiesto por RIESSER, *Der einfluss Handelsrechtlicher...*, ob. cit., a quien además utiliza por vez primera la expresión “comercialización del Derecho civil”. También, MÖLLER *L'unification interne du Droit privé dans la République fédérale allemande*, página 54, presentada, como ponencia al Congreso Internacional de París sobre unificación, en 1954.

(62) Cfr. ASCARELLI, *Sviluppo storico del Diritto commerciale e significato dell'unificazione*, en Saggi di Diritto commerciale, 1955; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1962, pág. 14.

Pues bien, esta expansión—sin precedentes—dispersa el ordenamiento de tal modo, que el recurso de la “unificación” puede ser el cauce de un retorno a la consolidación “formal” del mismo.

Pero conviene ya desentrañar los mecanismos concretos—a nivel legislativo—que se han utilizado, así como los intentos extra-legislativos que se han producido.

#### b) “Realizaciones” legislativas

Dos son los ejemplos clásicos citados por la doctrina. Por un lado, el Código suizo de las obligaciones de 1881, revisado en el 1912 y 1936, y, por otro lado, el “Código” italiano del 42.

El *Código de las obligaciones de 1881* (63) rige en Suiza junto al llamado Código civil, que se ocupa de las personas, familia, sucesiones y derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles. Por el contrario, el Código de las obligaciones integra las normas de la teoría general de las obligaciones y contratos, la disciplina de los contratos en especial, las sociedades, los títulos valores, registro, nombre comercial y contabilidad (64).

Se han señalado (65) dos posibles causas “de fondo” como determinantes de este singular proceso legislativo. En primer lugar, debido a la penetrante influencia germánica, se temió que el espíritu subjetivo del HGB sirviera para fortalecer—aún más—a la potente clase de los comerciantes suizos, por lo que había que huir de un Código de comercio “de clase”; y, en segundo término, la innegable comercialización del Derecho privado suizo, produjo el efecto de que los instrumentos de los comerciantes se convirtieran en generales.

Pero, sea cual sea la causa o concurso de causas, lo importante es compulsar el impacto que el sistema ha producido para el estado del problema. Pues bien, podemos afirmar que el sistema suizo no supone en profundidad una unificación de los sectores jurídicos que regulan tradi-

(63) Como bibliografía de base, Vid. HIS, *Handelsregister Geschäftsfirmen und Kaufmännisches Buchführung*, 1940; ROSEL, *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, 1920; WIELAND, *Handelsrecht...*, ob. cit.; GUHL, *Das Schweizerische Obligations enrecht*, 1944; RAISCH, *Geschichtliche...*, ob. cit., págs. 65 y sigs., y conviene citar, entre nosotros, las apreciaciones de GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., págs. 753 y sigs.; RUBIO en su Introducción, pág. 223 y sigs., puntualiza que “en Suiza lo que se llama por la literatura y por la práctica Derecho mercantil son simplemente aquellas normas concebidas dentro del Derecho privado común para ajustarse a ciertas relaciones que acostumbramos a llamar comercio”; BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 206.

(64) Conviene puntualizar que en 1898, con ocasión de la reforma constitucional, se planteó la posibilidad de establecer la dualidad Código civil-Código mercantil. El nuevo Código civil se publica en 1907, con entrada en vigor en 1912, procediéndose al ajustamiento del llamado Código de las obligaciones al nuevo cuerpo legal, dictándose —al efecto— “la ley federal complementaria al Código civil, libro V”, que consagra la separación del Código de las obligaciones. Posteriormente, como hemos dicho ya, sufrió una modificación en 1936.

(65) RUBIO, *Introducción...*, ob. cit., pág. 230.

cionalmente el ordenamiento civil y comercial. O dicho con las palabras, con la autoridad del Guhl: "El Derecho de las obligaciones somete a los comerciantes en lo fundamental al Derecho civil común y trata los negocios de la circulación económica y los del tráfico civil según principios jurídicos iguales. *Ocurre, sin embargo*, que la atención a las necesidades del comercio se manifiesta en dos direcciones: ya las instituciones del tráfico civil prevén disposiciones de excepción para el tráfico mercantil, así, artículos 104 (intereses en caso de mora), 190 (consecuencias del incumplimiento en la compraventa mercantil), 191 y 215 (estimación del daño en el tráfico comercial), 212 (estimación del precio en la compraventa), 313 y 314 (productividad de intereses en el préstamo); ya las instituciones se configuran especialmente para el tráfico comercial, pero haciéndolas accesibles al restante tráfico mediante el cumplimiento de disposiciones rígidas de carácter formal: así, la Prokura, según el artículo 458., las sociedades colectivas y comanditarias, de acuerdo con los artículos 552 y 594. En lo demás, es misión de la aplicación del Derecho la atención a los comerciantes en la manera que se considere apropiada" (66).

Esta valoración del sistema —desde dentro— y la observación crítica que nosotros podemos formular —desde fuera— lleva a la conclusión que la unificación no es ni formal ni sustancial. No es formal porque se limita a eliminar la existencia de dos Códigos tradicionales (el comercial y el civil); no es sustancial porque subsisten normas típicamente mercantiles para comerciantes, "siendo preceptos inaplicables cuando el contrato se estipula fuera de este tráfico profesional" (Broseta). ¿Qué queda, pues, del sistema? Fundamentalmente, una técnica legislativa singular y un cauce por el que se puede llegar más fácilmente a una efectiva, real y sustancial unificación.

La publicación del *Código civil italiano de 1942*, ya comentado desde otra perspectiva, ofrece para el proceso de unificación una singular significación. Así lo ha entendido un sector importante de la ciencia mercantilista italiana. Para Rotondi, el Código supone la materialización de la unificación sustancial que, desde 1923, venía defendiendo (67). En la misma línea hay que situar a Ferri, quien en la segunda edición de su "Manuale" (1959) vino a ratificar lo que ya escribió en 1950, "la unificación operada en 1942 entre los Códigos civil y mercantil". Más decididamente lo ha defendido Ascarelli, para el que la desaparición del Código de comercio en 1942 debe interpretarse "no sólo en el sentido de la desaparición de un cuerpo separado de leyes (lo que sólo tendría una importancia formal), sino en el de la unificación del derecho de obligaciones. No existen actos de comercio y por ello

(66) GUHL, *Das Schweizerische...*, ob. cit., págs. 21 y 22.

(67) ROTONDI, *Per la riforma delle legislazioni privatistica e il Codice civile*, 1944; *Studi di Diritto Commerciale e di Diritto generale delle obbligazioni*, 1961, págs. 3, 28 y 75; y, muy recientemente, en el traducido trabajo aparecido en 1965 y publicado en R. D. M., 1967, págs. 301 y siguientes bajo el título *La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y mercantiles en Italia*.

ya no existe una contraposición entre acto civil y acto de comercio” (68).

Esta corriente enlaza con la posición primera del maestro Vivante, cuando tan apasionadamente defendió la unificación en su prólogo del Tratado, allá muchos años antes, y de manera directa cuando escribía: “... la fusión es un deber de quien estudia y de quien enseña, un deber científico y didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tender a construcciones unitarias; y considero que es también un deber judicial porque la Magistratura no puede cumplir su función social si no tiende hacia el equilibrio de los intereses y hacia la unidad de las reglas dictadas para su tutela”. Pero frente a esta posición se alzaron voces no menos autorizadas, que culminaron en el texto tantas veces citado de Graziani cuando escribe: “un plumazo del legislador puede mudar los nombres y reagrupar diversamente las normas, pero es importante para sustraer un complejo de normas a una particular disciplina, si esta particular disciplina, propia de tales relaciones, responde en aquel determinado momento histórico o una efectiva exigencia” (69).

Teniendo en cuenta los datos de hecho (que expusimos al analizar más atrás la estructura y contenido básico, a nuestros efectos, del Códice) y la polémica en torno a los mismos, hay que preguntarse con Broseta, 1) si ha desaparecido del Código civil italiano toda distinción entre actos civiles y actos mercantiles; y, 2) si el Códice ha realizado una sustancial unificación del Derecho privado (70). Ambas contestaciones deben ser negativas. Veamos.

El artículo 2.195 fundamenta la respuesta negativa a la primera cuestión planteada. En efecto, sólo determinados empresarios están obligados a la inscripción en el registro de empresas, siendo la actividad que realizan el dato determinante para la calificación de empresarios mercantiles con obligación de inscripción. Por lo que se refiere a la segunda cuestión de las planteadas, la respuesta negativa se ampara en el hecho doble de que la unificación sólo afecta a las obligaciones y contratos y que permanece un estatuto especial para los empresarios individuales y para los sociales, amén de otras especialidades de segundo grado.

La unificación se nos aparece, una vez más, como una simple técnica legislativa que hasta la fecha ha sido aplicada con medida y efectos parciales. El movimiento pro-unificación ha estado mejor orquestado que llevado a la práctica. La doctrina ha sabido montar los argumentos positivos, pero las realizaciones concretas y prácticas aparecen

---

(68) ASCARELLI, *Introducción*, ob. cit., pág. 121; también, en sus *Lezioni*, 1954, págs. 83 y sigs.

(69) GRAZIANI, *Manuale di Diritto Commerciale*, 1961, pág. 7. Enlaza esta posición con la mantenida por MOSSA, *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, I, 1942, pág. 123; MESSINEO, *Manuale de Diritto...*, ob. cit., pág. 21; VALERI, *Autonomía e limite...*, ob. cit., págs. 21 y sigs.; LA LUMIA, *Corso di Diritto commerciale*, 1950, págs. 18 y sigs.; BRACCO, *L'impresa nel sistema del Diritto commerciale*, 1960, pág. 21.

(70) BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 215.

muy desfasadas comparativamente a la brillantez de los argumentos. Y, por ello, contiene gran interés —tanto casi como las llamadas “realizaciones” legislativas— compulsar los intentos *extra-legem*. En definitiva, unos y otras discurren en la zona gris del querer y no poder.

c) *Corrientes extralegislativas* (71).

La que, quizá, ofrezca más solidez y contextura argumental es la perteneciente a los juristas germanos, Riesser, con agudeza, hablaba de la generalización de las normas e instituciones mercantiles producida en el BGB (72), siendo, anteriormente, Endemann el que se mostraba abiertamente defensor de la unificación (73). Pero corresponde a Moller la antorcha del movimiento unificador (74). Su actitud quiere ser, ante todo, “positivista”, en el sentido de extraer unas conclusiones de los textos positivos vigentes. Observando el BGB nos dirá que el artículo 366 (protección de la buena fe) es un ejemplo de ello, desde el momento que se presume aplicable a las relaciones entre no comerciantes por vía de analogía; el artículo 376 (cálculo del daño) también aplicable a no comerciantes; observando el transplante de principios típicamente mercantiles al HGB —como comprobamos anteriormente— y, finalmente, argumenta Moller, la propia Ley reguladora del contrato de agencia de 1953 (con aplicación general a cualquier empresario) son manifestaciones claras del proceso de unificación. Esta argumentación metodológicamente “positivista” conduce a las siguientes conclusiones: 1) El ámbito propio del Derecho civil se ve progresivamente invadido por instituciones y principios hasta ahora privativos de los comerciantes; 2) La generalización afecta a los usos y costumbres mercantiles; 3) Los ciudadanos —en general— quedan afectados por una “comercialización de la existencia”; 4) El espíritu mercantil no es ya especial de unas determinadas personas, sino que se ha hecho general; 5) La especialidad de las normas mercantiles es casi nula actualmente; 6) De “*lege ferenda*” no se pretende mantener un Derecho mercantil especial para los comerciantes, y, 7) El Derecho

---

(71) Aplicamos aquí el término “extra” en el sentido de marginalidad, no en el sentido de más allá de la ley, ni contra la ley. Sino neutralmente: fuera y al margen del texto positivo. En esta línea es un loable intento el trabajo llevado a cabo por la Comisión de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, que preside el profesor Garrigues, sobre unificación de procedimientos concursales. Aquel trabajo, finalizado el verano de 1959, y en el que intervinieron Plaza, Cabanillas, Vacas, Díez Picazo y Olivencia, no ha tenido, por ahora, la suerte que merecía por su valor científico. Puede ser que se convierta en un instrumento de trabajo de la urgente y necesaria unificación de este sector del ordenamiento jurídico español. En esta línea se trabaja ahora intensamente.

(72) RIESSER, *Der einfluss...*, ob. cit.

(73) ENDEMANN, *Handbuch...*, ob. cit., I, pág. 16.

(74) MOLLER, *L'unification interne du Droit dans le République Fédérale allemande*, págs. 73, 74 y 75.

civil ensancha su ámbito, robustecido por principios provenientes del ordenamiento mercantil.

Estas conclusiones—apretadamente recogidas por Broseta—son sintetizadas por este mismo autor de la manera siguiente: “De todo ello, concluye, la existencia de graves síntomas en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina que le inclinan a pesar en la conveniencia de abandonar la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, de elaborar un amplio Código civil general y de regular por leyes especiales ciertas materias como el Derecho de sociedades, seguros y el Derecho marítimo” (75).

En otra latitud, se registra una singular tendencia pro-unificación. Frederic (76) pone las bases de este movimiento en los Países Bajos. Mantiene los principios de la comercialización del Derecho civil, estatuto profesional del comerciante, jurisdicción mercantil por razón de las personas y unificación inspirada en la aplicación de las normas mercantiles, pues lo cierto es que éstas se muestran mejor adaptadas a las exigencias de la práctica que las de carácter civil, tanto para la esfera puramente civil como para la actividad mercantil.

También en España se produce el impacto de este proceso. Dos representantes de reconocida e incuestionable autoridad avalan la corriente unificadora, sin detrimento de las especialidades de la disciplina mercantil. Nos estamos refiriendo a los profesores Vicente y Gella y Langle. Para el profesor Vicente y Gella (77) se manifiesta en estos términos precisos: “Reguladoras de una y otra rama de relaciones análogas, no puede por menos de reconocerse una afinidad esencial entre ambas. Esta no sólo se advierte por la existencia en los dos campos de instituciones idénticas, sino también por el hecho de que las normas de orden civil se aplican a los negocios mercantiles, y ello no de modo supletorio únicamente—lo que las haría derogables por el uso—si no en rango primario, como sucede con los principios en orden a la capacidad de las personas—no comerciantes—para realizar actos de comercio, o los que se refieren al nacimiento y extinción de las obligaciones, requisitos generales de los contratos, etc. Porque el Derecho civil rige también las relaciones mercantiles, y porque el Derecho comercial obtiene de aquél las directrices fundamentales de su propia formación, se impone afirmar la identidad sustancial de uno y otro”. Y añade: “Pero esta identidad sustancial ni es una razón para negar la existencia del Derecho mercantil, ni siquiera para desconocer que éste forma, no dentro, sino independientemente de aquél, un sistema propio...”.

Por su parte, Langle recomienda la emigración de los principios jurídico-mercantiles tradicionales al ordenamiento civil general. “La celeridad de las operaciones, la exacta aplicación de las cláusulas contractuales y la puntualidad en los pagos, no pueden ser el monopolio

---

(75) BROSETA, *Empresa...*, ob. cit., pág. 219.

(76) FREDERIC, *L'unification du Droit commercial. Essai de solution pragmatique*, en R.T.D.C., 1962, págs. 203 y 232.

(77) VICENTE Y GELLA, *Curso...*, ob. cit., pág. 81.

de la ley mercantil” (78). También en esta misma dirección concluye Bercovitz, en su reciente estudio sobre la unificación del derecho privado. “En resumen, debe afirmarse la conveniencia, a la vista de las circunstancias actuales, de proceder a la unificación del Derecho privado”. Y recuerda en esta línea de pensamiento, las conclusiones del Congreso Jurídico Español, celebrado en 1886, expuestas por Luis Silvela, sobre la oportunidad de la unificación. (Me remito al trabajo de Bercovitz, ya citado en páginas anteriores).

Y es que parece innegable el grado alto de éxito que entre los mercantilistas viene teniendo el movimiento unificador. Escarra reconoció —hace más de veinte años— cuando resumía el Coloquio de París, que había prevalecido la tendencia unificadora. Y añadía: “A pesar de las divergencias de puntos de vista del coloquio es deseo unánime el que disminuya el particularismo del Derecho mercantil y que su ámbito sea modificado. Este paso hacia la unificación tendría, por lo demás, la ventaja de aproximar el Derecho francés a la mayor parte de las legislaciones extranjeras y, en consecuencia, la de contribuir a un acercamiento internacional de los derechos y acaso facilitar la unificación, al menos parcial, en el futuro”.

#### d) *El particularismo del sistema inglés* (79)

Con extraordinaria dificultad y con relativa rigurosidad puede incluirse al sistema inglés entre las realidades legislativas producto de la unificación. El sistema inglés es peculiar en sí y frente a los sistemas continentales. Su singularidad es de origen más que de evolución. Esta está condicionada por un hecho de capital trascendencia: la absorción de ley mercatoria en el Common Law —utilizando la expresión de Girón—. Todo lo demás vendrá determinado por este hecho. Y, por consiguiente, de este dato hay que arrancar.

Lleva razón este mismo profesor (80) cuando afirma que en el sistema inglés no se produce la confusión entre Derecho civil y Derecho mercantil. Con un doble argumento defiende la tesis: 1) porque subsisten normas que atienden a las particularidades del tráfico; 2) porque funcionan instituciones disciplinadas para el tráfico mercantil.

Y en esta misma línea hay que situar la aportación de Burin de Roziers (81) que entiende existe en el sistema inglés un ordenamiento autónomo que podríamos denominar jurídico mercantil. Frente a las opiniones de Curtis (82) o de Arminjo-Nolde-Wolf (83), firmes en

(78) LANGLE, *Manual...*, ob. cit., pág. 65.

(79) Para los temas básicos relativos a la evolución Vid. JENKS, *A short History of english Law*, 1934; ROCKWELL SANBORN, *Origin of the early english maritime and commercial Law*, 1930; HOLDSWORTH, *A History of english Law*, 1937.

(80) GIRÓN, *El concepto...*, ob. cit., pág. 763, también, en *Introducción al Derecho mercantil...*, ob. cit., págs. 28 y sigs.

(81) BURIN DE ROZIERS, *La distinction du Droit civil et Droit commercial et le Droit anglais*, 1959.

(82) CURTIS, *Manual de Derecho mercantil inglés*, trad. esp. 1931.

(83) ARMIJON-NONDE-WOLFF, *Traité du Droit comparé*, 1950.

la posición de estimar que por la existencia de principio y de instituciones se puede hablar más que de una unificación de una diferenciación.

Esta es nuestra actitud. El sistema inglés hay que contemplarlo, no como fruto de la unificación a que nos venimos refiriendo, sino como caso histórico de absorción de la Law merchant por la Common Law. Tras la absorción se produjo un pronunciamiento de caracteres peculiares, como respuesta a las exigencias concretas del tráfico (84).

---

(84) La existencia de disposiciones como la "Bills of Exchange Act de 1881", la "Bankruptcy Act de 1914", la "Companies Act de 1929 y 1948", la "Marine Insurance Act de 1906" la "Carriage of goods by sea Act de 1924" y otras posteriores, es síntoma claro de la argumentación mantenida.