

# HÁCIA UN NUEVO DERECHO MERCANTIL

## I

### EL DERECHO MERCANTIL Y EL LLAMADO "ACTO OBJETIVO DE COMERCIO".

Para la pregunta "¿Qué es el Derecho mercantil?" todos tenemos a mano una contestación lógica: El Derecho mercantil es aquel Derecho que integra las instituciones jurídicas pertenecientes al comercio. Derivamos así el concepto de la ordenación de las palabras utilizadas para designarlas. Si el Derecho administrativo es el derecho propio de la Administración del Estado, el Derecho mercantil tiene que ser el que se refiere al tráfico de mercancías, y el Código de Comercio debería ser el Código propio de la función económica comercial. Y, en efecto, eso ha sido el Derecho mercantil históricamente considerado: el Derecho especial privado de la materia de comercio. El propósito del presente ensayo es demostrar que, por obra de la codificación francesa de comienzos del siglo pasado, ese concepto natural y lógico del Derecho mercantil cedió el paso a otro artificial que hoy todavía es el que inspira nuestro Código de Comercio.

Mas en el presente momento histórico de España cabe preguntarse si es este concepto francés del Derecho mercantil el que corresponde a las directrices políticas del nuevo Estado, o si, por el contrario, es lícito predecir un futuro inmediato del Derecho mercantil en el que volverá a ser lo que ha sido ya; esto es, un Derecho para el comercio como función económica de mediación en el cambio. Esta vuelta a su ser primitivo, salvando, claro es, las diferencias de los tiempos, parece que se impone hoy en España si se ha de cumplir una vez más el paralelismo entre los conceptos del Derecho público y el concepto del Derecho mercantil. Paralelismo perfectamente claro en el siglo XIX en materia de sociedad anónima cuando vemos cómo se sustituye en los grandes Códigos mercantiles el originario sistema de la sociedad anónima como una sociedad basada en el régimen aristocrático, con desigualdad de derechos entre los accionistas, por el sistema opuesto, basado en la igualdad de derechos y fundado en el régimen democrático de la mayoría.

Ante las transformaciones políticas que ya ha sufrido el Estado español y las que se anuncian para un futuro próximo con la reciente instauración de las Cortes, cabe preguntarse si habrá llegado la hora de la reforma de nuestro Código de Comercio y si deberemos comenzar el nuevo con las mismas palabras con las que los legisladores de 1885 presentaban a las Cortes de entonces el proyecto que es hoy Código vigente en España: "Comenzando por el carácter general que ofrece el proyecto, se observa que éste considera al Derecho mercantil bajo una faz completamente nueva..."

Ciertamente no era tan nueva la faz del Código

de 1885. Publicado bajo el imperio de las ideas que presidieron la codificación francesa, era hijo de su época y respondía a las ideas de la revolución. La faz del Derecho mercantil que cristalizó en el Código de 1885, era, y no podía ser de otra manera, la misma que ofrece el Código redactado en 1829 por D. Pedro Sáinz de Andino. Una y otra codificación se inspiraron en el modelo francés. Por eso no está de más recordar cuáles han sido las fases o las faces (empleando la terminología de nuestros legisladores de 1885) por las que ha pasado el Derecho mercantil hasta llegar a la codificación francesa, de cuyos postulados se nutre todavía el Derecho mercantil vigente hoy en España.

Históricamente, el Derecho mercantil nació en el seno de las corporaciones medievales de mercaderes, las cuales, como ha dicho Asquini, frente a un Estado débil, reivindicaban el poder soberano de hacer justicia a sus afiliados. Era un Derecho judicial nacido en el seno del comercio y para el comercio, que se iba formando lentamente por sedimentación de prácticas, usos y sentencias comerciales. Así vemos cómo las primitivas leyes comerciales (Ordenanza francesa de 1673, Ordenanzas de Bilbao de 1737) conservan este carácter de recopilación de usos. Era un Derecho popular y flexible, de espíritu gremial y, por tanto, social: un Derecho vivo, que brotaba espontáneamente del tráfico mercantil. Nació en el seno de los gremios y de las corporaciones, era natural que el Derecho mercantil se aplicase sólo a los comerciantes; es decir, era natural que tuviese en sus comienzos un tinte marcadamente subjetivista. Pero es justo anotar que ni aun en este momento inicial se aplicó el Derecho mercantil atendiendo sólo a la condición de la persona, sino aten-

diendo conjuntamente a la persona y a la naturaleza del acto, con el fin de limitar la jurisdicción mercantil, ciertamente a los asuntos entre comerciantes, pero promovidos por causa de su comercio. Así vemos que no se someten a los Tribunales de Comercio los pleitos entre comerciantes cuando se trata de asuntos ajenos a su negocio (*extra negotium mercaturae*). El Derecho mercantil fué, en sus comienzos, un Derecho para los comerciantes en los asuntos propios de su profesión. No se podía imaginar en aquella época que el Derecho mercantil se aplicase un día a los no comerciantes y en asuntos que no implican la profesión del comercio. Ciertamente aparece ya entonces el primer brote de un criterio objetivo en la calificación de los actos sometidos a la jurisdicción consular. Pero ello fué debido a razones de equidad que aconsejaban someter a los mismos Tribunales a los comerciantes y a aquellas otras personas que, sin ser comerciantes, realizaban operaciones propias de la profesión mercantil. Para evitar entonces la desigualdad de que estas personas (clérigos, nobles, militares, etc.) conservasen su fuero propio, aun en asuntos peculiares de los comerciantes, se permitió que fuesen demandados ante los cónsules como si fueran comerciantes. En esta ficción de considerar como comerciantes a quienes no lo eran despunta ya un criterio objetivista. Lo que decide la aplicación del Derecho mercantil no es el dato formal de la pertenencia al gremio, sino el dato real de la actividad mercantil.

En esta fase del Derecho mercantil hace su aparición el Código de comercio francés de 1807. Inspirado este Código en las ideas de la Revolución francesa, se propuso borrar en el Derecho mercantil toda

huella de Derecho gremial o de clase. El Derecho mercantil tenía que dejar de ser el Derecho propio de los comerciantes para ser exclusivamente el Derecho propio de una clase determinada de actos: los actos de comercio. Pero entendiendo esta expresión ("acto de comercio") en un sentido distinto del antiguo. Mientras que en las compilaciones anteriores al Código francés el acto de comercio se refiere siempre al comerciante y a la industria mercantil, en el Código francés se desliga por primera vez el acto de comercio de la persona del comerciante y se formula así el concepto del acto de comercio objetivo que ha servido para fundar el sistema legislativo mercantil en muchas naciones.

El proceso mental para llegar al acto del comercio objetivo es un proceso de cirugía, de disección: una operación cesárea consistente en separar el acto del actor. Se abstrae la persona (no importa que sea o deje de ser comerciante) y se coge con pinzas el acto, aislándolo, como si se tratase de un cuerpo químico que se define por sus propiedades intrínsecas, universales y constantes en todas las épocas y en todas las legislaciones. La ley califica como mercantiles ciertos actos en consideración a su naturaleza propia y sin consideración a la persona que los ejecuta. Este fué el gran paso dado por la legislación francesa de comienzos del siglo XIX. Sin embargo, la raíz subjetivista del Derecho mercantil es tan fuerte que los propios legisladores franceses se vieron obligados a llevar al principio de su Código el concepto de comerciantes, mientras que el concepto del acto objetivo se relega al final del Código; entra, por así decirlo, por la puerta trasera de un modo tímido y vergonzante, al amparo de las

disposiciones sobre jurisdicción mercantil. Las normas de jurisdicción mercantil siguen siendo en el Código francés, como lo fueron ya en la Edad Media, las que delimitan la esfera jurídico-mercantil. Dentro de ellas nace el concepto del acto objetivo de comercio: "Los Tribunales de comercio conocerán de las contiendas relativas al acto de comercio *entre toda clase de personas*" (artículo 631, número 3.º). Y junto a esta regla de competencia que indirectamente consagra el acto de comercio desligado del comerciante, está la primera lista legal de actos de comercio, que habría de ser el modelo de todos los Códigos latinos: "La ley reputa actos de comercio...". Aquí viene una lista de operaciones que se consideran mercantiles, con independencia de las personas que las realizan.

Conocida es la aversión que sentían los revolucionarios franceses hacia los juristas. Ellos querían un Código sencillo que hablase directamente al pueblo y que el pueblo pudiese entender sin los inconvenientes y los gastos de intermediarios costosos, que el pueblo mismo pudiese aplicar con un jurado civil que había de situarse al lado del penal. "Debemos acabar de una vez —decía Chabot— con el reino de los abogados, como con el de los déspotas y el de los aristócratas." "Es preciso despedazar esta banda de cuervos —decía Barrère—, esta multitud de enemigos clandestinos de la revolución, destruyendo su guarida." Así vemos cómo el primer proyecto de Código civil se fué reduciendo en el número de sus artículos para complacer a los que propugnaban por un Código popular. No contenta con ello, la Convención ordena que el proyecto fuese enviado de nuevo a una Comisión de pensadores y filósofos "que debía realizar la poda necesaria

y hacer desaparecer las imperfecciones que los hombres de leyes habían dejado en él". Pues bien, es curioso observar que los hombres de leyes tomaron su revancha contra esta prevención precisamente allí donde su influencia hubiera debido dejar paso a los comerciantes y a los hombres de empresa. Por singular paradoja fueron los hombres de leyes quienes incrustaron en el Código de comercio francés ese concepto antinatural del acto objetivo de comercio, al cual ellos habían llegado mediante un proceso analítico más propio de la mentalidad abstracta jurídica que de la mentalidad realista del hombre de negocios. El legislador se fijó en los actos que los comerciantes suelen realizar profesionalmente. Después prescindió de la persona y retuvo las características objetivas del acto para seguir calificándolo de mercantil, aunque se realice por quien no es comerciante. A este proceso mental de disección responde el artículo 2.º de nuestro Código de Comercio cuando dice que serán reputados actos de comercio "los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga". He aquí la fórmula legal que nuestros legisladores de 1885 exhiben con orgullo, cual si se tratara de un hallazgo revolucionario. "El proyecto —dice la Exposición de motivos—, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y relaciones mercantiles cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que los celebren." Por eso "se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirlos o no la calificación de mercantiles, con independencia de las personas que en ellos intervienen...".

Este sistema nuevo, que consiste en fundar el Derecho mercantil en torno al acto de comercio, con in-

dependencia de la persona del comerciante, exigía lógicamente la determinación del concepto del acto de comercio, y así lo reconocieron los redactores de nuestro Código. (“Verdad es que el concepto que ha formado del Derecho mercantil el proyecto exigía... la determinación por parte del legislador de una regla o patrón que sirviera de criterio a los particulares y a los Tribunales para decidir en cada caso concreto lo que debe entenderse por acto de comercio.”) Rechazando tanto el sistema de la definición como el de la lista, nuestro Código de comercio ofrece su fórmula propia en el artículo 2.º antes transcrito, donde se destaca, no sólo la significación del acto de comercio como punto central del sistema legislativo, sino, además, la radical separación, a los efectos jurídico-mercantiles, entre el autor y el acto. En esta separación insiste todavía el párrafo primero del propio precepto legal: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten...”

## II

### CRÍTICA DEL SISTEMA LEGAL ESPAÑOL.

Ahora bien, más de medio siglo de experiencia legislativa ha demostrado que este concepto del acto objetivo de comercio constituye una verdadera calamidad, de consecuencias funestas, tanto desde el punto de vista del concepto y del sistema del Derecho mercantil como desde el punto de vista del tráfico. En efecto, a fuerza de querer separar el acto mercantil de la persona del comerciante, el legislador español, después de esa ope-



ración cesárea, se ha quedado en las manos con un acto de comercio en el que se volatiliza la esencia mercantil. El legislador se ha fijado, por ejemplo, en que lo que caracteriza las compra-ventas que suelen realizar los comerciantes es un doble propósito: el propósito de reventa y el propósito del lucro en esta reventa. Reteniendo el dato de esta doble intención, llega a formular el concepto legal del contrato de una venta mercantil con independencia de la noción del comerciante y de la noción de empresa. Este sistema se ha seguido también para la calificación de los demás actos de comercio con las vacilaciones, sin embargo, que después veremos. Lo cierto es que tal sistema conduce a configurar el Derecho mercantil como un derecho de actos aislados, es decir, de actos desconectados de la serie orgánica propia de la empresa mercantil, en la cual cada operación constituye sencillamente la base de nuevas operaciones, es un eslabón de la cadena ininterrumpida de los actos de comercio que constituyen la materia propia de la empresa en cuestión. Mas desde el momento en que es posible someter al Código de Comercio un acto aislado (una compraventa, un transporte, un depósito), queda automáticamente rota la ecuación entre comercio y Derecho mercantil, porque el comercio, como actividad económica, es lo contrario del acto ocasional: es el acto repetido en serie, es la ganancia de una operación como base de otras operaciones, es la masa múltiple y uniforme de los mismos hechos, es la habitualidad, es la profesión. La consecuencia de todo ello es que el Derecho mercantil vigente somete a su imperio, tanto los actos aislados como los actos en masa propios de la explotación de la empresa mercantil. Es un Derecho mercantil bifron-

te. La realidad es que la inmensa mayoría de los actos recogidos en el Código de Comercio se realizan por empresas individuales o sociales. Así, las operaciones bancarias (artículos 176, 177, 179, 202), los depósitos en almacenes generales (artículo 193), las operaciones de Bolsa (artículo 77), el transporte ferroviario (artículo 184, número 2)... Pero también quedan sometidos al Código los actos mal llamados "de comercio" cuando se realizan ocasionalmente por los no comerciantes o por un comerciante que se dedique a otro género de comercio distinto de aquel a que pertenecería el acto en cuestión.

Ahora bien, este tratamiento unitario del acto aislado y del acto profesional es insostenible desde todos los puntos de vista. La realidad muestra que sólo un Derecho mercantil profesional tendría en la economía moderna una estructura realística, ya que hoy la actividad comercial se ejerce preferentemente en forma profesional. Y aunque es cierto que junto a esta actividad profesional existe otra de naturaleza ocasional, esta otra actividad, que se muestra externamente también como actividad mercantil, rechazaría una disciplina jurídica uniforme. Finalmente, la esencia unitaria del Derecho mercantil se resiente si se regulan del propio modo el acto ocasional y el acto profesional. Aquella esencia unitaria sólo se encontrará de nuevo cuando se limite el Derecho mercantil a la regulación del comercio profesional. El Derecho mercantil vigente en España desconoce el carácter profesional que el comercio necesariamente tiene. El comercio es profesión de vida, dedicación habitual de una persona, como el propio artículo 1.º del Código reconoce cuando trata de definir al comerciante. De hecho, en la actividad

mercantil predomina el comerciante profesional, quizá por la razón de que toda actividad mercantil requiere una determinada especialización. Es más: la economía mercantil moderna se caracteriza por la concentración de la actividad mercantil en grandes empresas, de donde se desprende que el acto mercantil ocasional y aislado, e incluso el acto mercantil propio del pequeño comercio profesional, desaparecen prácticamente bajo el peso de los actos mercantiles de las grandes empresas, es decir, de las operaciones en masa. Y el mal no reside tanto en el hecho de que el Código de Comercio regule al propio tiempo, como hemos dicho antes, los actos del comercio profesional y los actos aislados, como en el hecho de que los regule del mismo modo. Esto es lo que no tiene sentido alguno. Es absurdo, en efecto, someter a la misma reglamentación una venta ocasional que reuna los requisitos del artículo 325 (propósito de reventa y de lucrarse en esta reventa) y una venta perteneciente a la serie orgánica de ventas de una empresa dedicada a esta clase de comercio. Toda la reglamentación especial de la venta mercantil está fundada en la necesidad de liquidar rápidamente un contrato que es base de nuevas operaciones, eslabón de una cadena de contratos, como antes decíamos. De esta realidad del tráfico derivan lógicamente las siguientes especialidades de la reglamentación legal mercantil de la compraventa:

a) La doctrina legal sobre caducidad de la acción de denuncia de vicios en la cosa vendida. Las disposiciones legales en esta materia tienden a proteger al comerciante (que suele ser el vendedor), cuyo interés está en que el contrato se liquide rápidamente. De aquí la obligación indirecta que pesa sobre el compra-

dor de examinar en breve plazo la mercancía y denunciar sus defectos, pues en otro caso pierde su derecho a reclamar. *b)* La doctrina legal sobre tradición de la cosa vendida y paso de propiedad al comprador. Las disposiciones legales se inspiran aquí en el principio de que basta la simple puesta a disposición del comprador, sin necesidad de la entrega material de la mercancía, como exigen los preceptos civiles en materia de venta. *c)* La doctrina legal sobre la rápida ejecución del contrato, que se manifiesta, tanto en la obligación del vendedor de tener las mercancías vendidas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato, como en la equiparación entre el simple retraso y el incumplimiento total del contrato (la tardanza en sentido mercantil no es la *mora* en sentido técnico civil, es decir, el retraso culpable, sino el simple retraso, sea o no imputable al contratante), como, finalmente, en la posibilidad de que el vendedor se libere de su obligación de entrega depositando judicialmente la mercancía en caso de *mora accipiendi* del comprador.

Ninguna de estas normas legales tiene sentido si se aplica a una venta aislada y ocasional.

Este es el inconveniente fundamental, desde el punto de vista técnico, del sistema objetivo: el someter al mismo patrón manifestaciones de actividad económica completamente diversas. Y no se olvide que, como afirma Mossa, toda tentativa de hacer una ley comercial valedera, sea para el comercio profesional, sea para el comercio ocasional, sería un trabajo de Sísifo, que daría como resultado una ley inapta para esto y para aquello.

En resumen: el llamado acto de comercio objetivo

no es, en rigor, acto de comercio, y, por consecuencia, no puede ser tampoco Derecho mercantil el Derecho de los actos de comercio aislado. Así como los árboles no dejan ver el bosque, así los actos de comercio objetivos no dejan ver el Derecho mercantil verdadero.

Y si grandes son los reparos que desde el punto de vista conceptual ofrece la noción del acto de comercio objetivo, no son menores los inconvenientes desde el punto de vista de la técnica legislativa. Los legisladores de 1885 creyeron haber resuelto el problema de evitar la definición del acto de comercio recurriendo a la fórmula del artículo 2.º (“Son actos de comercio los incluidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”). Ahora bien, este criterio es suficiente para definir el acto de comercio cuando se trata de operaciones exclusivamente reguladas por el Código mercantil (por ejemplo, una letra de cambio o un contrato de fletamento). Pero tratándose de actos regulados tanto en el Código de Comercio como en el Código civil (por ejemplo, una venta, un depósito, un préstamo), el criterio automático de la inclusión en el Código es insuficiente, porque también esos actos están regulados en otro Código distinto. He aquí por qué el Código de Comercio se ve obligado a establecer un complicado sistema de diferenciación entre los contratos mercantiles y los correspondientes contratos civiles, en el que se barajan criterios heterogéneos y contradictorios. Para estos actos sometidos a una doble regulación —civil y mercantil— el criterio de diferenciación en el Código de Comercio no es único, sino múltiple: subjetivo (participación de un comerciante), real (naturaleza de la cosa objeto del contrato), objetivo (naturaleza del acto en sí mismo) y formal (requisi-

tos para su celebración y publicidad). Para unos actos basta el elemento objetivo (compraventa y afianzamiento). Para otros se requiere la reunión de dos elementos al menos, y en todos ellos el requisito de que participe un comerciante como criterio distintivo del acto de comercio, se modera con la invocación al comercio, por donde se ve la necesidad de combinar el elemento subjetivo con el objetivo dentro de un Código que se precia de haber expulsado todo sedimento profesional del Derecho mercantil antiguo. Pero este elemento objetivo que concurre para la definición de los actos de comercio en concreto (contratos mercantiles) no es el de la simple inclusión en el Código, como pretende el artículo 2.º, *sino que es el dato de la pertenencia al comercio*. Así vemos que para que un mandato se transforme en comisión mercantil es preciso que tenga por objeto un acto o una operación de comercio; que para que un depósito sea mercantil se requiere que el depósito constituya por sí una operación mercantil, o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles, y que para que un préstamo se repunte mercantil han de destinarse las cosas prestadas a actos de comercio.

Esta constante referencia al concepto económico del comercio es un argumento más a favor de nuestra tesis de que es imposible llamar acto de comercio al acto aislado, y, en cierto modo, representa una moderación del criterio del acto aislado, si es que no significa una confesión de que tal criterio es absurdo. Pero tiene el grave inconveniente de que el concepto de comercio, por ser un concepto doctrinal económico, está fuera del Código.

Por otra parte, este criterio legal conduce inevita-

blemente a contradicciones lógicas. En efecto, no será difícil calificar un contrato de comisión atendiendo a la naturaleza mercantil del contrato que el comisionista se propone realizar (*verbi gratia*, comisión para realizar una compraventa mercantil), o un contrato de préstamo, cuando se sepa de antemano que las cosas prestadas se van a destinar a alguno de los actos de comercio registrados en el Código. Pero será difícil calificar un depósito como mercantil con el criterio del número 3.º del artículo 303 (cuando “el depósito constituya por sí una operación mercantil”), porque precisamente esto es lo que queríamos saber cuando acudíamos al artículo 303: queríamos saber si un determinado contrato de depósito tenía o no carácter mercantil. Y claro es que esta curiosidad nuestra no puede quedar satisfecha con la contestación que se desprende del precepto legal: el depósito es mercantil cuando es mercantil (!).

Esta alusión reiterada al destino final de la operación no hace sino confirmar la imposibilidad de distinguir los actos mercantiles de los civiles mediante un proceso analítico de diferenciación. Como ya decía Vidari a fines del pasado siglo, la distinción entre actos civiles y actos mercantiles no existe en la naturaleza de las cosas, sino que recibe su razón de ser sólo en cuanto se mire a los fines a los cuales tales actos sirven; de tal suerte, que si la finalidad es mercantil, ella repercute sobre el acto y lo convierte en mercantil; si, por el contrario, es civil, se convierte en civil el acto que sirve para alcanzar esa finalidad. Quien, olvidándose de esto, hace fantásticas distinciones que no existen en la naturaleza de los hechos sociales, en definitiva no hace sino sustituir la realidad

por las creaciones de su propia fantasía. Por esta razón aquel ilustre mercantilista italiano creía firmemente que la doctrina de los actos de comercio estudiada por sí y separadamente de la función colectiva y orgánica del comercio, es causa de errores y conduce a consecuencias aun más erróneas y arbitrarias. Palabras éstas que tienen en el momento actual de crisis del Derecho mercantil un formidable sentido de profecía:

### III

#### LA REACCIÓN LEGISLATIVA ALEMANA DE 1897.

La quiebra del sistema del Derecho mercantil basado en el acto de comercio objetivo se comprueba en la legislación alemana. El Código de Comercio alemán de 1861 se inspiraba en el sistema objetivo francés. Contenía una lista de actos de comercio absolutos, es decir, actos de comercio que se definían por sus condiciones intrínsecas de mercantilidad, y cuya reiteración atribuía a una persona la cualidad de comerciante. Pero el Código de Comercio vigente (que empezó a regir el año 1900) da un viraje en redondo y vuelve al concepto profesional del Derecho mercantil. El Derecho mercantil alemán volvió, pues, a ser, *prima facie*, un Derecho de los comerciantes. El punto culminante del sistema es la supresión de los llamados actos de comercio absolutos. No hay actos de comercio objetivos; sólo son actos de comercio los actos de un comerciante que pertenezcan a la explotación de su industria mercantil. En este concepto alemán del acto de comercio vemos cómo se destaca el doble aspecto ob-



jetivo y subjetivo, que han ido siempre enlazados en la evolución histórica y conceptual del acto de comercio. Sólo los actos de un comerciante son actos de comercio. Pero no todos los actos que realiza un comerciante tienen esta condición, sino solamente aquellos que pertenecen a la explotación de su industria mercantil. Los puntos de partida de uno y otro Código de Comercio, el de 1861 y el de 1900, son, por tanto, completamente diversos. El primero parte de la concepción de ser el Derecho mercantil un Derecho especial para el hecho social del comercio. Para aquel Código es el concepto de cada acto de comercio no sólo un concepto independiente y desligado de la industria mercantil, sino, además, un concepto que condiciona al de comerciante. Por el contrario, para el Código de 1900 no hay ningún acto de comercio fuera de la industria profesional del comerciante. El Derecho mercantil vuelve a ser el derecho especial de los comerciantes.

#### IV

#### LOS PROYECTOS DE REFORMA Y EL NOVÍSIMO CÓDIGO CIVIL ITALIANO.

Pero quizá a nosotros, juristas latinos, nos interese más la evolución que el Derecho mercantil ha sufrido en Italia en estos últimos años. El movimiento para la reforma del Derecho mercantil comienza en 1913 a impulso del profesor Sraffa. En 1919 se nombró una Comisión presidida por Vivante, la cual presentó en 1922 un proyecto de Código de Comercio. En él persiste el sistema objetivo con la enumeración de una

lista de actos de comercio. En 1925 se publica un nuevo proyecto; pero las transformaciones políticas que ya entonces había sufrido Italia por obra de la Revolución fascista no se reflejaron en él. Únicamente en materia de sociedades el proyecto de 1925 se distingue sensiblemente del de 1922 en razón a que el nuevo proyecto se redactaba en un período más sereno que aquel que siguió a la guerra y que justificaba el rigor con que la sociedad anónima era tratada en el proyecto de 1922. Pero tanto en uno como en otro sigue vigente el sistema objetivo.

El Derecho mercantil se funda en torno al acto de comercio, y así lo reconoce la Exposición de motivos del proyecto de 1925. "El objetivo preeminente del legislador consiste, por tanto, en declarar qué operaciones deben declararse actos objetivos de comercio." La lista de estos actos se hace en el proyecto más breve y orgánica, pero el sistema sigue siendo el mismo. Este proyecto de 1925 mereció la crítica apasionada del profesor Lorenzo Mossa. Con su tenacidad infatigable y su profundo conocimiento de la esencia verdadera del Derecho mercantil, este ilustre profesor venía propugnando por la reconstrucción del Derecho mercantil sobre la base del concepto de empresa organizada. "Nosotros vemos —decía al criticar el proyecto italiano de 1925— la función actual más útil del Derecho mercantil en la organización jurídica de la vida de las empresas comerciales e industriales, en las relaciones entre ellas y con la comunidad... La empresa, como tal, domina la misma concepción objetiva de la materia de comercio... El Derecho mercantil es el derecho de la empresa en cuanto que es el derecho de la organización del comerciante..." Y más adelante

añade: "un reconocimiento explícito de la naturaleza mercantil de la empresa simplemente por el hecho de su organización comercial podría dar una base unitaria y más sólida a toda la materia objetiva... La forma se convierte en el elemento decisivo para la atracción de la empresa al Derecho mercantil". Incluso la empresa agrícola se sometería al Derecho mercantil en cuanto se organizase mercantilmente. El doble fundamento del sistema habría de estar en la organización de la empresa con forma mercantil, y en la apariencia de empresa, comprobable mediante la inscripción en un registro público.

El intento de acotar la materia propia del Derecho mercantil en torno al concepto económico de la empresa venía abriéndose paso en la doctrina por obra de los profesores Mossa, en Italia, y Wieland, en Suiza. El concepto de la empresa, como aportación de fuerzas económicas —capital y trabajo— para la obtención de una ganancia ilimitada, impone a las instituciones del Derecho mercantil una visión y un tratamiento distintos de los tradicionales, desde la demarcación inicial (materia de comercio será la de la empresa, la de sus actos y la de su organización), hasta la consideración de la empresa como objeto de derechos reales y la de la contratación como contratación de la empresa exclusivamente.

Esta nueva concepción del Derecho mercantil fué ganando adeptos en Italia. El profesor Asquini, uno de los autores del proyecto de 1922 y de los más celosos defensores del sistema objetivo en 1927, se pasa al bando contrario en 1940, reconociendo los inconvenientes del sistema objetivo y las ventajas de la reconstrucción del Derecho mercantil desde el punto de

vista profesional de la empresa. El impulso para la transformación del concepto mercantil se recibe, una vez más, desde el campo político. “Las codificaciones del Derecho mercantil del siglo pasado —escribe Asquini— habían traicionado en vano el espíritu del Derecho mercantil cuando, por un prejuicio ideológico anticorporativo, han pretendido desvincularlo de su base profesional y asirlo al llamado *acto objetivo de comercio* como acto aislado de especulación.”

He aquí por qué en el año 1940, maduros ya los frutos de la Revolución fascista, la decoración hubo de cambiar totalmente en Italia. Se cayó entonces en la cuenta de que había que armonizar el nuevo Código con la *Carta del Lavoro* y con la nueva economía corporativa. Por este camino se llega, primero, al Código de 1940 y luego al Código civil vigente de 1941, expresión culminante de las ideas de la Revolución fascista en el campo del Derecho privado.

Los redactores del proyecto de 1940 reconocían que, a pesar de la influencia del Código francés sobre el Código italiano, en la práctica el Derecho mercantil vigente no había cesado de ser preferentemente un Derecho de actividades económicas organizadas en empresa, y, por tanto, un Derecho de orientación profesional. Y que, hecha excepción para los llamados actos de comercio absolutos por razones históricas (navegación, letra de cambio, operaciones de Bolsa a plazo, depósitos en los almacenes generales), las otras categorías de actos de comercio han conservado su base profesional, bien porque pertenecen a una empresa por disposición legal, bien porque la empresa es inherente a la naturaleza de las cosas (Bancas, Seguros), o a la tendencia de las cosas (mediación en los cambios). Y

añadían: “Pero decisiva para la reforma en este sentido (en sentido subjetivo) es una razón política actual. En un tipo de ordenamiento jurídico como el nuevo, fundado sobre una economía organizada, de estructura corporativa y, por tanto, profesional, el Código de Comercio debe tener la misma fisonomía, es decir, debe ser típicamente la ley de la economía organizada que desemboca en la empresa mercantil, industrial, bancaria, aseguradora, y esto con el fin, no de crear privilegios personales o de categoría, sino con el fin de potenciar la función social de la empresa que la *Carta del Lavoro* declara función de interés nacional. Hacia este orden de conceptos está orientado precisamente el presente proyecto, el cual asienta la definición de la materia de comercio sobre el concepto de empresa mercantil (artículo 1.º), y para el pequeño comercio y la mediación, sobre el concepto de ejercicio profesional (artículo 2.º), salvo las categorías de actos de comercio absolutos de que trata el artículo 5.º” La delimitación de la esfera de aplicación del Derecho mercantil se operaba, pues, sobre el concepto de empresa comercial antes que sobre la base del acto de comercio. Con ello se daba automáticamente al Código una base profesional en lugar de una base objetiva. Dicho en otros términos: se actuaba un retorno del Derecho mercantil a sus bases tradicionales y originarias. Sin embargo, no toda actividad sólo por estar organizada en empresa se consideraba mercantil por el proyecto de 1940, sino tan sólo aquellas que tuvieran por objeto o la producción de cosas o de servicios para el cambio (el comercio en sentido económico) o las operaciones de Banca y de Seguros. Quedaban fuera, aunque se organizarasen en empresa, la agricultura, el pastoreo y las

profesiones liberales. Por otra parte, había en el proyecto un sector que conservaba su base no profesional, sino estrictamente objetiva; son, a saber, las relaciones que, por razones históricas y prácticas, son comerciales en sentido absoluto (las relaciones referentes a la navegación marítima, las relaciones que nacen de la circulación de los títulos de crédito y los contratos de Bolsa a término sobre títulos de crédito).

Como vemos, el proyecto de 1940 dió un paso más frente al proyecto de 1925 al construir todo el Derecho mercantil como disciplina de la empresa comercial. Sin embargo, el criterio era todavía ecléctico. La definición de comerciante se basaba tanto en el concepto de la empresa como en el ejercicio profesional. Como dice Asquini, el proyecto no podía prosperar porque nacía de una elaboración separada de la labor de reforma del Código civil, y en ésta sólo podía encontrar asiento el vasto problema de la incidencia del ordenamiento corporativo sobre sectores tradicionalmente de competencia de la ley civil, especialmente sobre el sector agrario.

El paso decisivo lo dió el proyecto de Código civil, hoy ya convertido en ley vigente en Italia. El Consejo de Ministros definió claramente el espíritu y el contenido del nuevo Código civil como ley de la economía organizada sobre el plano corporativo con referencia, no sólo al sector de la economía comercial *latu sensu*, sino también al de la economía agraria. A esta conclusión era obligado llegar desde el momento en que la labor de reforma de los Códigos tomó como base los principios programáticos de la *Carta del Lavoro*, como principios generales del ordenamiento jurídico del Estado italiano. Desde el momento en que la *Carta*

*del Lavoro* había de ser también la base del Código civil, convirtiéndose éste en ley de la economía organizada sobre el plano corporativo, sólo podían quedar como territorios civiles independientes las relaciones de familia y de sucesiones, pasando el resto a constituir una materia apta para la mezcla entre las normas civiles y las normas mercantiles. En este trance, eran dos las soluciones posibles, como apuntaba certeramente Asquini: Primera, conservar la separación tradicional entre Código civil y mercantil, en atención a los elementos de diferenciación estructural entre economía comercial e industrial, de un lado, y economía agraria de otro. Esta solución tenía el inconveniente de la duplicidad de la disciplina general de la empresa, y de su organización, y la del trabajo en la empresa. Segunda, reducir el Derecho civil al derecho de familia y de sucesiones y reunir en un solo Código el Derecho de la economía organizada, sea agrícola, comercial o industrial. Derecho civil y Derecho mercantil quedarían fundidos así en un Derecho único de la economía.

Esta última solución es la que ha prosperado en Italia: al Código civil se ha incorporado el libro llamado *del Lavoro*, el cual contiene el Estatuto general de la empresa, regulando junto a la empresa mercantil la empresa agrícola, y junto al tipo de empresa individual el de la empresa colectiva, bajo las formas diversas de sociedad, entre las cuales destacan las formas clásicas de las sociedades comerciales.

He aquí cómo interpreta el profesor Asquini la trascendental reforma llevada a cabo por el Código civil italiano: "El sector comercial en el sistema del nuevo Código civil no puede buscarse en el sistema de los ac-

tos aisladamente considerados, sino que ha de buscarse en la esfera de la disciplina profesional de la empresa. Según el nuevo Código, la empresa no es ya el acto aislado de organización de los instrumentos productivos (trabajo y capital), a los fines de la producción industrial de bienes o servicios, como la consideraba el Código de Comercio antiguo, sino que es el ejercicio profesional de cualquier actividad económica organizada a los fines de la producción y del cambio de bienes o servicios (*Libro del Lavoro*, artículo 28). El concepto de empresa según el nuevo Código es, por tanto, más restringido que el del Código de Comercio, en cuanto está limitado por el requisito de la profesionalidad, esto es, de la continuidad; es más amplio en su objeto por cuanto se refiere no sólo a la actividad productiva o transformadora de carácter industrial, sino a todo tipo de actividad económica organizada (agraria, industrial, intermediaria en el cambio, crediticia, auxiliar), excluidas las profesiones intelectuales. Correlativamente, empresario en el sentido del nuevo Código es sólo el empresario profesional, pero es empresario cualquiera que sea su actividad económica. El Estatuto de la empresa se centra por ello sobre el Estatuto profesional del empresario (en este sentido y por vía de metátesis, empresa y empresario son términos usados frecuentemente por el Código como sinónimos).<sup>22</sup>

Esto no quiere decir que haya desaparecido en Italia el campo propio del Derecho mercantil y la autonomía de la ciencia de este Derecho. Según Asquini, con la unificación operada por el nuevo Código civil y con la consiguiente supresión del Código de Comercio, el carácter excepcional del Derecho mercantil desaparece, salvo para algunos aspectos particulares del Es-



tatuto de la empresa mercantil. Pero no podía desaparecer, y no desaparece, la especialidad del Estatuto de la empresa mercantil y la conexión orgánica a este Estatuto de una serie de instituciones a través de las cuales se desenvuelve de modo específico la actividad externa de la empresa mercantil. Es, por consiguiente, la especialidad de la materia la que mantiene viva la especialidad de la ciencia.

## V

DIRECTRICES PARA LA REFORMA DEL DERECHO  
MERCANTIL ESPAÑOL.

Si con estos antecedentes de política legislativa volvemos la vista a España, se nos ofrecen al punto dos motivos fundamentales que aconsejan la reforma de nuestro Derecho mercantil. De un lado, razones de orden técnico jurídico que militan contra la concepción del Derecho mercantil como un Derecho fundado en torno al acto objetivo del comercio. Ya hemos demostrado antes que desde el momento en que el acto se aísla de la persona que lo realiza, pierde su coloración mercantilista y diferenciada: se hace indiferente. De otro lado, razones de tipo político, cuya evidencia no puede siquiera ponerse en duda: un Código de Comercio que, como el vigente, responde a la concepción liberal de las relaciones entre el Derecho y la economía, no puede adaptarse a la nueva concepción de esas relaciones. Y si el FUERO DEL TRABAJO, a semejanza de la *Carta del Lavoro* en Italia, contiene los principios programáticos que han de inspirar la reforma de todo el

Derecho vigente, no sería posible limitar esta reforma al aspecto puramente técnico. Con clara visión de la realidad, el profesor Mossa ha dicho, refiriéndose a Italia, que la Revolución no ha pensado ni por un instante reformar el Derecho mercantil sobre el plano de un progreso áridamente técnico.

Recordemos brevemente los postulados políticos y económicos que sirvieron de base para la redacción de nuestro Código vigente. Este Código, como no podía menos de ocurrir, responde fielmente a la concepción liberal que dominaba en la época de su publicación. Para el Estado liberal la economía es un terreno prohibido. Según esta concepción, como mejor se regula la economía es por sí sola, esto es, sin la menor ingerencia del Estado. Toda intervención del Estado sólo sirve para corregir y curar, nunca para dirigir. El Estado interviene en la economía como el médico interviene en la enfermedad. Una economía sana no necesita del Estado, como no necesita del médico la persona robusta.

El Derecho mercantil de la época de nuestro Código de Comercio se funda sobre el principio de la libertad económica individual. Este es el postulado político de nuestro Código. Tal concepción se refleja claramente en el Decreto de 20 de septiembre de 1869, que contiene los principios fundamentales de la reforma de nuestro Derecho mercantil: "Todas las esferas del Derecho... sufrieron radicales transformaciones... para que respondiesen a los principios de libertad de reunión, de asociación, de trabajo y de contratación." "Como no podía menos de acontecer, también alcanzó al Derecho mercantil el espíritu innovador de la nueva situación política." Así vemos, en efecto, que las cuatro prime-

ras bases del Decreto de 1869 contienen los principios liberales que informan muchas instituciones del Código de Comercio (abolición de toda traba que embarace la libertad de contratación, consagración de la libertad de forma de contratos, supresión de monopolios y privilegios en el ejercicio de las profesiones, imposibilidad de establecer la agremiación forzosa).

Las consecuencias de este régimen liberal son tangibles en el Código de Comercio. Se suprime el requisito de la inscripción para el comerciante individual; se proclama el principio de libertad en las operaciones de Bolsa, en la constitución y organización de las sociedades mercantiles, en el establecimiento de Bancos de emisión y descuento, etc. Y como sumo principio de orden técnico, pero que está también en armonía con las ideas políticas de la Revolución francesa en cuanto significa animadversión contra el concepto profesional del Derecho mercantil, nuestro Código de Comercio se mantiene fiel a la concepción francesa atomística e inorgánica del Derecho mercantil, fundando éste en torno a los actos aislados de comercio y desconociendo el concepto de empresa como célula de toda organización en el tráfico mercantil.

Frente a esta concepción política y económica se destaca la del FUERO DEL TRABAJO. El postulado sobre las relaciones entre el Estado y el mundo económico es ahora cabalmente el contrario: el Estado decide "acudir al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a su política". De este principio, base y motor de todo un sistema nuevo, deriva la insinuación creciente del Estado en el campo de la economía. El Estado toma posesión del campo económico para disci-

plinar sectores que antes permanecían alejados a su influencia. En esta toma de posesión no podía faltar la intervención del Derecho de empresa, ante cuyo dintel se había detenido respetuosamente el legislador liberal por creer que la organización interna de la empresa era un asunto que se podía encomendar al arbitrio del empresario, como si la empresa no fuese una pieza importantísima dentro del sistema económico nacional. El FUERO DEL TRABAJO trata de la empresa no sólo en sus relaciones externas al coordinar los distintos elementos de la empresa dentro de la organización de la economía mediante sindicatos verticales (la empresa es así elemento de organización corporativa), sino en sus relaciones internas, es decir, en su organización, dictando, por primera vez, normas sobre la organización interna de la empresa y sustrayéndola así a la omnimoda voluntad del empresario. A este aspecto pertenecen las normas del FUERO DEL TRABAJO sobre jerarquía de los elementos de la empresa y sobre responsabilidad social del empresario.

Con ello las bases capitalistas en que descansaba el Derecho mercantil clásico ceden y abren paso a un Derecho mercantil de neta tendencia social. Al Derecho mercantil clásico, que era la quintaesencia del capitalismo, tiene que suceder otro Derecho mercantil desde el momento en que desaparecen libertades que parecían consustanciales al Derecho del Comercio (libertad de profesión, de asociación, de contratación privada, etc.). Pensemos, por ejemplo, en la organización forzosa de los Sindicatos en contra del antiguo dogma de la libertad de asociación; o en la venta forzosa de ciertos productos agrícolas a favor del Servicio Nacional del Trigo, en contra del principio de liber-

tad de contratación que parecía ser conquista inalienable del Derecho privado. Por otra parte, si el Derecho penetra en el seno de la empresa y hace de ésta el núcleo de la organización económica, ya no tiene sentido que el Derecho mercantil siga siendo un Derecho para actos aislados, vuelto de espaldas a la empresa, como centro y soporte de relaciones jurídicas. La nueva orientación del FUERO DEL TRABAJO exige al futuro legislador español abordar el tratamiento jurídico de la empresa y convertir el Derecho mercantil en un Derecho profesional. Sólo cuando el Derecho mercantil vuelva a ser un Derecho profesional acotado por el sector económico de las empresas, volverá a ser verdaderamente un Derecho del Comercio, como lo fué en sus orígenes. Es preciso cambiar totalmente el ángulo visual del Derecho mercantil centrándolo sobre el concepto económico de la empresa. Es preciso sustituir ese concepto bifronte y atomístico del Derecho mercantil que mira tanto al acto aislado como al acto profesional por otro concepto orgánico y profesional, penetrado de la idea del bien común y subordinado a ella. Sólo por este camino de la superación del subjetivismo económico conseguiremos que el Derecho mercantil pueda ser un instrumento del Estado en su tarea de poner la riqueza al servicio del pueblo, como dice bellamente el preámbulo de nuestro FUERO DEL TRABAJO.

JOAQUÍN GARRIGUES.

