



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO

EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ  
*Catedrático de Derecho Mercantil*

51

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS. 1. El derecho mercantil como derecho especial frente al derecho civil o común. 2. El problema de la autonomía del derecho mercantil. II. LA UNIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL DERECHO PRIVADO COMO CONSECUENCIA LÓGICA DE SU EVOLUCIÓN. 1. Origen y evolución del derecho mercantil. 1.1. *La inexistencia de un derecho especial en Grecia y en Roma.* 1.2. *El ius mercatorum como derecho especial.* 1.3. *Evolución del derecho mercantil en la Edad Moderna.* 1.4. *La codificación separada y el inevitable nacimiento de las tesis unificadoras.* 1.4.1. *La codificación mercantil.* 1.4.2. *El problema del concepto del derecho mercantil.* 1.4.3. *Las primeras tesis unificadoras.* 1.5. *Hacia un nuevo derecho mercantil: la doctrina de la empresa.* 1.5.1. *Exposición de la doctrina.* 1.5.2. *In-*

*suficiencias de la doctrina. 1.5.3. El problema de la unificación en la doctrina española de la época. 1.6. La conveniencia lógica de la unificación sustancial del derecho privado. 1.6.1. Las dificultades de formular un concepto científico del derecho mercantil. 1.6.2. La generalización de las instituciones jurídico-mercantiles. 1.6.3. La absorción del derecho especial por el derecho común. 2. El proceso de transformación del derecho privado y sus consecuencias sobre la unificación. Sectorialización del derecho privado. 2.1. La crisis del derecho privado codificado. 2.2. Hacia la unificación sectorial del derecho privado. 3. La cuestión de la unificación en la doctrina española actual. III. LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO PRIVADO COMO NECESIDAD. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DUALIDAD DE REGIMENES. LA REALIDAD DE LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA. 1. Consideración general. 2. El estatuto jurídico del empresario. 2.1. Consideración general. 2.2. Los problemas de dualidad de regímenes. 2.3. Los avances en la unificación. 3. El derecho de sociedades. 3.1. Los problemas de dualidad de regímenes. 3.2. Los avances en la unificación. 4. El derecho de los títulos-valores. 5. El derecho de la contratación. 5.1. Consideración general. 5.2. La unificación de las normas generales sobre las obligaciones. 5.3. La unificación de los contratos. 5.4. De la unificación formal a la unificación sustancial. 5.5. Los avances en la unificación. 6. El derecho concursal. 7. El pretendido obstáculo constitucional para la unificación del derecho privado. 7.1. Planteamiento del problema. 7.2. Relativización del obstáculo. IV. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LOS ORDENAMIENTOS MÁS SIGNIFICATIVOS. 1. Consideración general 2. Ordenamientos unificados. 2.1. Suiza. 2.2. Italia. 2.3. Holanda. 3. Ordenamientos no unificados. 3.1. Francia. 3.2. Alemania. 3.3. Argentina. V. CONCLUSIONES.*

## Consideraciones previas

### 1. El derecho mercantil como derecho especial frente al derecho civil o común.

La ciencia jurídica pretende una exposición sistemática del ordenamiento jurídico, para lo cual lo divide o clasifica en sectores con unidad y coherencia (ramas). La calificación de una parte del ordenamiento jurídico como rama del derecho no obedece a la existencia de unos principios propios o de una normativa independiente, sino a la *especialidad de la materia regulada* y al *significado que orienta su normativa*. Hay que desterrar, pues, la pretensión —en otros tiempos manifestada— de fundar una ciencia mercantil de la que nazca otra ciencia del derecho junto a la ciencia del derecho única (GIRÓN). Como señalara GARRIGUES, “ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, y menos que ninguna el Derecho mercantil, nacido dentro del Derecho civil y como una desviación del mismo”.

En la *summa divissio*, el derecho mercantil se adscribe al *derecho privado*. Como la rama por excelencia del derecho privado es el *derecho civil*, parece evidente que el derecho mercantil sólo puede definirse con relación a él. En efecto, el derecho mercantil pretende alcanzar la unidad y coherencia exigidas a toda rama del derecho en cuanto *derecho especial* por oposición al *derecho civil como derecho común*. Mientras el derecho común, como ordenamiento básico de carácter global, no necesita definirse, *el derecho especial debe acotar su propia materia*, porque su existencia sólo tiene sentido en tanto en cuanto el derecho común no sirve para satisfacer determinadas exigencias.

Es preciso añadir inmediatamente que, a pesar de las dudas que en algún momento puedan haberse suscitado, tiene sentido hablar del derecho mercantil como un *derecho especial*, pero *no* como un *derecho excepcional* (DE CASTRO,

GIRÓN). Es evidente que la aplicación y la interpretación de las normas que constituyen el derecho mercantil se apoyan constantemente en el derecho civil. Como afirma GIRÓN, el "*derecho especial* presenta, como diferencia específica de su noción, la de la parcialidad material de su esfera de vigencia; cualitativamente no es diferente del común o general, pues, en definitiva, contempla, o debe contemplar, por razones de justicia distributiva en forma diferente en el contenido de sus disposiciones determinados sectores de personas o cosas o actividades. De estas notas se derivan las consecuencias de preferencia en la aplicación respecto al Derecho común —puesto que lo pide la particularidad contemplada— y la posibilidad de interpretación analógica, que no está impedida por la odiosidad de la *ratio* de excepción”.

54

La doctrina civilista da por sentada la especialidad del derecho mercantil y se preocupa del problema de las *relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil*, subrayando la continuidad temática y científica de los derechos especiales con el derecho privado general (DE DIRIGO, DE CASTRO, ESPIN, LALAGUNA). Se afirma, de este modo, la existencia de una clara vinculación normativa entre ambas ramas del derecho, que alcanza naturalmente al orden científico, y se analiza, sobre todo, el sentido del llamamiento del Código de Comercio al derecho común (arts. 2 y 50 C. de C.), como medio de estudiar la dependencia del derecho especial, afirmándose incluso “que el Derecho común deja de ser límite, presupuesto crítico o recurso para suplir deficiencias de las normas mercantiles y se convierte en *Derecho propio de materia mercantil*” (LALAGUNA), o que “la autonomía del Derecho mercantil, entendida en sus justos términos, no es incompatible con su necesaria subordinación al Derecho civil como Derecho privado común, regulador de las relaciones generales de convivencia” (JORDANO). En el mismo sentido, afirma ESPIN que “esta calificación del Derecho mercantil como un derecho especial, no implica la auto-

nomía del mismo, sino, por el contrario su dependencia respecto del civil (...). Este rango de superioridad del civil, hace que no obstante la existencia de normas especiales para el comercio, pueda hablarse de la unidad del derecho privado”.

Las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil, y, por tanto, la especialidad del derecho mercantil, están expresadas en el derecho positivo y, en particular, en los artículos 4.3 del Código civil y 2 y 50 del Código de Comercio, de los cuales se infiere, con cierta claridad, que *el derecho mercantil se integra orgánicamente en el sistema del derecho civil*. El principio general está contenido en la norma del Código civil: “Las disposiciones de este Código se aplicarán como *supletorias* en las materias regidas por otras leyes”. Dicha supletoriedad es la que refleja asimismo el Código de Comercio, cuyo artículo 2 establece que los actos de comercio se regirán por las disposiciones del Código de Comercio; en su defecto por los usos de comercio; “y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”, y cuyo artículo 50 dispone que los contratos mercantiles se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en la legislación mercantil por las “reglas generales del Derecho común”.

55

Un paso más en las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil ha dado la doctrina mercantilista que se ha planteado siempre la cuestión de la *autonomía del derecho mercantil* y, por extensión, de la unificación del derecho privado. En este sentido, la extendida afirmación de que el derecho mercantil se integra por un conjunto de instituciones y normas nacidas en función de la organización y de la actividad de un determinado sector de la estructura económica, es decir, es un derecho que aparece delimitado *rationae materiae*, suscita hoy serias dudas.

## 2. El problema de la autonomía del derecho mercantil.

La identificación de una rama del derecho exige la constatación de una triple autonomía: didáctica, legislativa y científica. La autonomía didáctica supone la enseñanza —y la investigación— separada; la autonomía legislativa consiste en su regulación en normas propias, y la autonomía científica —la verdaderamente *sustancial*—, que, aun dentro de la unidad esencial del derecho, la rama de que se trate tenga unos principios e instituciones propias, que formen un sistema, por razón de la materia regulada.

56

Evidentemente, entre esas formas de autonomía existe una clara *jerarquización*: la autonomía legislativa sólo debería justificarse por la existencia de una autonomía sustancial y, a su vez, la autonomía legislativa debería determinar la autonomía didáctica. Pero lo que ahora interesa subrayar es la *separación* entre esas cuestiones, que, a menudo, se confunden en el ámbito de los derechos especiales. Por lo que se refiere al derecho mercantil, una cosa es que el estudio de las materias que componen el derecho privado se divida, a efectos docentes e incluso investigadores, entre civilistas y mercantilistas; otra, la existencia en un ordenamiento jurídico concreto de una legislación especial sobre "materia mercantil" al lado de la legislación civil o común; otra, en fin, su *existencia y significación como rama autónoma dentro del derecho privado*, por razón de la materia, que depende tanto de sus disposiciones especiales como de la fuerza que tenga el derecho común para integrar esas especialidades.

El derecho mercantil constituye, sin ninguna duda, una disciplina susceptible de enseñanza separada, es decir, es una *categoría académica*. En efecto, el derecho mercantil se imparte como asignatura independiente en las Universidades de casi todos los países, y también en España, aunque no siempre fue así (hasta el Real Decreto de 14 de agosto de 1884 formaba una sola asignatura con el derecho penal). No obstante, su todavía indiscutible *autonomía didáctica* no

aplica necesariamente que el derecho mercantil goce de autonomía legislativa (es paradigmático el caso italiano) y, mucho menos, que exista una autonomía sustancial.

La *autonomía legislativa* del derecho mercantil es clara en estos momentos en España por la existencia de un Código de Comercio y el reconocimiento expreso de leyes especiales mercantiles. Además, esa autonomía legislativa ha sido consagrada en la Constitución de 1978, cuyo artículo 149.1, al enumerar las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, se refiere a la *legislación mercantil* (n.º 6.º), separándola de la *legislación civil* (n.º 8.º).

Ahora bien, la existencia de una "legislación mercantil", es decir, de una *mercantilidad formal* no significa que necesariamente exista una *mercantilidad sustancial*. En efecto, ni el Código de Comercio ni la Constitución proporcionan un criterio para determinar la mercantilidad sustancial.

A) La existencia de un Código de Comercio es indicio de la existencia de lo mercantil; pero *del análisis de su articulado no puede deducirse la esencia de la mercantilidad*. Ello se pone claramente de manifiesto observando los criterios de mercantilidad indicados por el Código de Comercio: criterio de la inclusión en el propio Código y criterio de la analogía (art. 2.11 C. de C.). En efecto, de un lado, una materia no es mercantil porque se haya incluido en el Código, sino que se incluyó en el Código por tener —entonces— la consideración de mercantil (GIRÓN). De otro, el criterio analógico es índice claro de que el codificador realizó una operación de selección de la materia mercantil en atención a las necesidades de un concreto momento histórico.

Además, el propio Código de Comercio tiene presente la posibilidad de una materia mercantil *posterior* al propio Código. En efecto, el *criterio de la analogía* se utiliza también para permitir —como indica la Exposición de Motivos— la "aplicación del Código a las combinaciones del porvenir". Ahora bien —y en ello habrá ocasión de insistir más adelante—, el recurso a la analogía no produce el efecto desea-

do, porque la operación inductora se ve impedida por la heterogeneidad de los criterios utilizados por el propio legislador para la calificación de las relaciones jurídicas incluidas en el Código (así, GARRIGULS, RUBIO, GIRON, MENENDEZ). Más aún, puede afirmarse que el legislador da por sentada la *falta de coincidencia entre la mercantilidad legislativa y la mercantilidad sustancial*, pues no en vano apela en la Exposición de Motivos al “buen sentido de los comerciantes” y a la “experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados”.

58

Se descubre así que el recurso a la analogía no es sino la forma de enmascarar la verdadera intención del legislador: abandonar el problema delimitador o calificador. En efecto, como enseña GIRON, la fórmula de la analogía es engañosa: la mercantilidad de una relación jurídica determinada no incluida en el Código no se puede determinar recurriendo al propio Código. El Código pretende, pero no se atreve a decirlo claramente, que no se recurra a él para averiguar qué relaciones jurídicas pueden ser calificadas de mercantiles, de modo que declara que “se regirán por las disposiciones contenidas en él” actos “no especificados en este Código” (art. 2.1 C. de C.).

B) Esas consideraciones hacen que la constitucionalización de la “legislación mercantil” no pueda ser sobrevalorada. La opción constitucional no supone más que el *reconocimiento de que, en un momento histórico determinado, coexisten unas leyes mercantiles y unas leyes civiles*. En efecto, *la Constitución no proporciona criterio alguno de mercantilidad sustancial*, sino que su determinación debe dejarse al poder legislativo (eventualmente) controlado por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, *el Tribunal Constitucional no ha podido marcar los límites de la legislación mercantil*, con relación a otras ramas del derecho. Su afirmación de que la legislación mercantil “habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercanti-

es o comerciantes en cuanto tales" (STC de 16 de noviembre de 1981) constituyó un intento de delimitación de lo mercantil que no sólo fue duramente criticado por la doctrina (BERCOVITZ, QUINIANA), por su generalidad y por ser radicalmente contrario en su formulación al artículo 2 del Código de Comercio, sino que, además, ha sido después corregido por el propio Tribunal Constitucional, al reconocer la imposibilidad de una formulación general de la materia relativa a las diversas ramas (SSTC de 14 y 30 de junio de 1982).

El concepto de legislación mercantil no puede encerrarse en una definición con pretensiones de permanencia; ni ha sido definido por la Constitución ni podrá serlo por el Tribunal Constitucional más que caso por caso. Este carácter variable de lo mercantil se corresponde plenamente con la finalidad perseguida por el Código de Comercio de dejar abierta la determinación de la mercantilidad. Como afirmó, con una gran dosis de ironía, BROSETA, "mediante la invocación a la legislación mercantil realizada por este precepto se ha producido una especie de *constitucionalización* de las antiguas *Memorias* de las oposiciones a cátedras de Universidad, de tal modo que la adecuada interpretación de este precepto plantea de nuevo a los mercantilistas la vieja pregunta: ¿qué es el Derecho mercantil?".

Las pruebas del *convencionalismo* de la expresión "legislación mercantil" son claras. El propio artículo 149 de la Constitución *sustraе del ámbito tradicional del derecho mercantil alguna de sus partes* al aludir separadamente a materias que, tradicionalmente, han sido incluidas, al menos parcialmente, en él (v. gr., propiedad industrial: n.º 9.º; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros: n.º 11; marina mercante y abanderamiento de buques: n.º 20; ferrocarriles y transportes terrestres: n.º 21; régimen de producción y comercio: n.º 26).

Añádase a ello que, en ciertos casos, corresponde a las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de las leyes

mercantiles, bien dictar las normas para su desarrollo legislativo en el territorio respectivo (v. gr., ordenación del crédito, banca y seguros en los Estatutos vasco y catalán) o simplemente cuidar de su ejecución (v. gr., en materia de propiedad industrial en los Estatutos vasco y catalán), y que los propios Estatutos confieren poder normativo a las Comunidades Autónomas en relación con materias "mercantiles" (v. gr., cooperativas, cajas de ahorros, bolsas de comercio, consumo).

La separación constitucional entre legislación mercantil y legislación civil resulta también relativizada si se tiene en cuenta que la Constitución no podía ignorar los *derechos forales*, que tienen su expresión en instituciones alojadas inequívocamente en el derecho civil, pero que no encajan en el ámbito tradicional mercantil por el principio de unidad de mercado.

60

En fin, sobre todo, cuando la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las "*bases de las obligaciones contractuales*", aparece en la Constitución no sólo el reconocimiento de la unidad de mercado en la contratación —civil o mercantil—, sino, en lo que ahora interesa, una clara alusión a la unificación del derecho de obligaciones.

Parece claro, pues, que la Constitución se limita, como en tantos otros aspectos, a recoger una distinción (legislación civil/legislación mercantil) existente en el momento de promulgarse; pero está muy lejos de consagrar la *autonomía sustancial o científica* del derecho mercantil. Como señala MEXENDEZ, la expresión "legislación mercantil" aparece en el contexto de un artículo dictado con la única finalidad de fijar la competencia exclusiva del Estado sobre determinadas materias sobre la base de garantizar la unidad de mercado, por lo que debe ser entendida como una categoría abierta a la misma evolución de la disciplina mercantil.

La razón de la imposibilidad de identificar la mercantilidad formal con la mercantilidad sustancial es la *relatividad o historicidad* de la mercantilidad: el derecho mercantil nace

en un momento determinado, vive durante un período más o menos dilatado y finalmente muere o desaparece como tal derecho mercantil. La afirmación, generalizada a partir de la obra de ASCARELLI, lleva a aquella otra de que el derecho mercantil es algo que está siendo y que está dejando de ser continuamente (RUBIO, GIRON).

La historicidad del derecho mercantil determina la vía a seguir para considerar la conveniencia o inconveniencia de la unificación del derecho privado. En efecto, si el nacimiento del derecho mercantil se explica históricamente por las exigencias de una clase social, ante la insuficiencia, incapacidad o incompetencia de las instituciones civiles, su desaparición debe producirse por la inexistencia de esas exigencias o por su asunción por el ordenamiento privado general. Aparece así la manifestación más evidente del *relativismo* del derecho mercantil: *la existencia y el ámbito del derecho mercantil están en función de la adecuación de las instituciones civiles*. En efecto, cuando el derecho común es capaz de asimilar las exigencias de los operadores económicos, el derecho mercantil no llega a existir (Roma) o desaparece tras una corta vida (Inglaterra).

A la hora de tratar la cuestión, es frecuente distinguir entre *unificación total* del derecho mercantil y del derecho civil, que implicaría la pérdida de autonomía del primero, y *unificación parcial* —referida fundamentalmente al derecho de sociedades, al derecho de obligaciones y al derecho concursal—, que supondría únicamente una reducción de su contenido, y entre *unificación sustancial*, que implicaría una unión indisoluble de las dos ramas del ordenamiento Jurídico hasta entonces separadas, y *unificación formal*, que supondría únicamente la reunión de las dos ramas del derecho en un texto (Código) único por razones de política legislativa, con conservación de la autonomía de cada una de ellas.

Como habrá ocasión de señalar, lo que se postula, de forma casi unánime, es una unificación *formal y parcial* del derecho mercantil y del derecho civil. Unificación formal,

porque casi todos los autores creen que existe una racionalidad intrínseca en las normas mercantiles: unificación parcial, porque se reduciría a los campos de sociedades, contratación y concursal. Obsérvese, sin embargo, que si llegaran a unificarse los tres grandes sectores en que existe dualidad de regímenes, resultaría indiferente, a efectos legislativos, hablar de unificación parcial o de unificación total y, en consecuencia, aunque en menor medida, de unificación formal y sustancial, porque, desaparecida la duplicidad de regulaciones, el reparto de materias acabaría constituyendo una cuestión de utilidad meramente académica.

## **II. La unificación sustancial del derecho privado como consecuencia lógica de su evolución**

62

### **I. Origen y evolución del derecho mercantil.**

#### **1.1. *La inexistencia de un derecho especial en Grecia y en Roma.***

La inexistencia de un derecho mercantil especial en *Grecia* es algo evidente en las épocas arcaica y media. No obstante, en la época clásica aparecen en algunas instituciones del derecho marítimo algunas especialidades que más tarde serán consideradas propias de las instituciones mercantiles (GOLDSCHMIDT, PAOLI). Ahora bien, esas especialidades no llegaron a generalizarse en el tráfico y, además, se manifestaron también en otros pueblos en relación con los cuales nunca llegó a plantearse la existencia de un derecho mercantil separado del común. Por eso, parece más acertado sumarse a la tesis mayoritaria y rechazar la existencia de un derecho mercantil autónomo en Grecia.

Esta misma es la tesis mayoritaria acerca del problema de la existencia o no de un derecho mercantil autónomo en *Roma*. Dicha tesis no puede basarse en razones económicas,

como sería la falta de espíritu empresarial del pueblo romano, idea que se ha demostrado claramente equivocada, sino en razones jurídicas: que, debido al desarrollo territorial de Roma, el *ius gentium* se convirtió en derecho privado interno, lo que impidió su separación del *ius civile* (HUXELIN, ESCARRA) o bien que la flexibilidad y abstracción del derecho romano hicieron innecesaria la aparición de un derecho privado especial distinto del común (GOLDSCHMIDT, RAISCH, VIVANTE; en España, DE BENITO y BERCOVITZ).

La aparición de características que más tarde serían típicas del derecho mercantil (solidaridad, onerosidad de las obligaciones o simplificación de los procedimientos) no puede hacer dudar de la *unidad del derecho romano*. En efecto, la existencia de un *unico sistema* no significa *homogeneidad absoluta* del mismo. Existieron, sin duda, especialidades en el tráfico comercial; pero no un sistema diferenciado: las especialidades se incardinaban perfectamente dentro de un sistema único.

En la Alta Edad Media se pueden encontrar huellas de nuevas especialidades (v. gr., en la península Ibérica se celebran mercados y reuniones de mercaderes y no desaparecen las relaciones con el exterior; la *Lex Visigothorum* no sólo establece una jurisdicción especial para los mercaderes, sino que contiene además disposiciones tan sorprendentes como la irrevindicabilidad de las mercancías adquiridas de buena fe de un *transmarinus mercator*); pero un verdadero derecho especial no nace hasta los siglos XII y XIII.

63

## 1.2. *El ius mercatorum como derecho especial.*

La aparición del derecho mercantil se encuentra íntimamente relacionada con el proceso socio-económico conocido con el nombre de revolución comercial o de renacimiento medieval. La revolución comercial, de origen agrario, va a encontrar en la ciudad el motor necesario para su desarrollo. En la ciudad, la economía agrícola se sustituye progresi-

vamente por una *economía de mercado*. Es el crecimiento de las *ferias* y de los *mercados* el que marca el ritmo de la revolución comercial, a cuyo servicio se irán desarrollando los *nuevos contratos* mercantiles.

La transformación económica de la época no podría haberse llevado a cabo sin la presencia de un nuevo tipo humano, el *mercator*, caracterizado por una nueva actitud ante el *riesgo*. El espíritu de asunción de riesgos se convertirá en medida de valoración social en sustitución de otros valores más estáticos. Del valor del patrimonio se pasará al *valor del crédito*. La revolución comercial fue posible por el recurso generalizado al crédito, que explica también el nacimiento de un buen número de instituciones jurídico-mercantiles. Así, las mesas de los *campsores*, originariamente especializados en el cambio manual de moneda, se sustituyen por oficinas especializadas en operaciones de pago y transferencia —cambio trayecticio—, en cuya posterior documentación está el origen de la *letra de cambio*. El espíritu de asunción de riesgos y el relieve del crédito explican también el *rigor* en el cumplimiento de las obligaciones contraídas; el nacimiento del procedimiento de *quiebra* en esta época se produce con un claro matiz público, origina graves sanciones personales y se extiende a las personas vinculadas al comerciante insolvente.

64

Junto al recurso generalizado al crédito, destaca la asociación de fuerzas económicas, que se produce básicamente a través de dos instrumentos jurídicos: el interesamiento en el negocio de un comerciante (*commendata, colleganza*) y la formación de una *societas mercatorum* o *compagnia*, vínculo contractual que une *plures mercatores unam mercantiam gerentes*.

En fin, la individualización del *establecimiento mercantil*, el uso de *marcas* y *nombres comerciales*, una incipiente *publicidad registral* y el desarrollo de la *contabilidad* son datos que no pueden desconocerse.

Ahora bien, todo ello no podría explicar por sí mismo el

imiento de una nueva rama del derecho: el derecho romano no conoció un derecho especial a pesar de que existiese una clara actividad comercial en Roma. En realidad, el *ius mercatorum* sólo nace como derecho especial porque el derecho privado común deja de ser suficiente y capaz para resolver las necesidades del tráfico económico (GOLDSCHMIDT, GARRIGUES, GIROS). A diferencia de lo sucedido en Roma, cuyo derecho privado tuvo la suficiente flexibilidad para irse transformando al compás de la evolución económica, en la Edad Media se observa una clara *inadecuación entre el derecho existente y la realidad social*: el tradicional *ius civile* recibido a través de la compilación justiniana no es capaz de hacer frente a la nueva realidad, porque se cristaliza y pierde toda flexibilidad. Ello no significa, sin embargo, como a veces se afirma, que el derecho mercantil tenga su origen en el derecho civil, de cuyo "tronco común" se habría desgajado por exigencias de los comerciantes. En efecto, el derecho mercantil nace de los usos de los comerciantes y de la existencia de una "jurisdicción" propia para que los comerciantes resolvieran sus conflictos.

La *división entre derecho civil y derecho mercantil vino, pues, impuesta tanto por la realidad económica como por la realidad jurídica*. Nace así una nueva rama del derecho con unas características diferenciales muy acusadas respecto del derecho común. Como enseña ASCARELLI, el *ius mercatorum* se manifiesta como un derecho de los comerciantes, de origen consuetudinario, uniforme y de producción y aplicación autónomas.

a) El derecho mercantil es un ordenamiento *profesional de los comerciantes*; un derecho personal, surgido del ejercicio de la *mercatura* y difundido por la propia clase mercantil. El derecho mercantil no es sólo el derecho de una clase, sino preferentemente el derecho de los sujetos que llegan a imponerse en el seno de la propia clase. Esta circunstancia no impide, sin embargo, que el derecho mercantil sea un derecho de libertad, encarnado en el *mercator*. La libertad

se consigue no sólo frente a los señores feudales intermedios, sino también frente a la autoridad de la Iglesia: un buen número de las instituciones jurídico-mercantiles más representativas es resultado del espíritu de libertad de la nueva clase frente a la condena canónica de la usura.

66 b) El derecho mercantil medieval es un derecho *usual, consuetudinario*. Su fuente formal es la costumbre. La rapidez y el tecnicismo propios de las operaciones entre mercaderes, la identidad de necesidades a satisfacer y la frecuencia de las relaciones entre las mismas personas originan necesariamente prácticas repetidas y uniformes que tienden a asumir el carácter de verdaderas normas jurídicas. La inadecuación de las normas del derecho romano común motivó la creación de un estilo específico más fluido. En el seno de las corporaciones de comerciantes se forman cuerpos de usos que son seguidos por los protagonistas del tráfico: *secundum usus* fallan los jueces consulares en sus sentencias. La costumbre, el uso, es la fuente exclusiva del *ius mercatorum*. A la fijación definitiva de este nuevo derecho contribuyeron también los protocolos notariales, las primeras colecciones de usos (*constitutum usum*), los estatutos ciudadanos y de las corporaciones y la labor de tribunales y consulados.

c) El derecho mercantil es un *derecho uniforme*. A pesar de su creación dispersa, hay una sustancial coincidencia normativa por encima de los límites geográficos o políticos. Los *statuta mercatorum* nacen con la pretensión de recoger un derecho uniforme. Las causas de la identidad de rasgos de la *lex mercatoria* son también claras: las relaciones continuas entre ciudad y ciudad, la concurrencia a los mismos mercados y ferias permiten la fijación local de los usos internacionales y la universalización de los usos locales. En particular, ese mismo derecho es el que rige en *Inglaterra*: los comerciantes ingleses se gobiernan por los mismos usos que los demás comerciantes de la época, y por tribunales especiales.

d) El *ius mercatorum* es, en fin, un derecho de *producción y de aplicación autónomas*. Son los propios mercaderes quienes crean y aplican las normas. Surgen tribunales especiales para conocer de los pleitos entre comerciantes, tanto dentro de los propios gremios o corporaciones (existe una verdadera jurisdicción consular) como en las relaciones interlocales. Las exigencias del tráfico marítimo y del sistema de economía de mercado explican no sólo el nacimiento de la jurisdicción especial sino también las notas dominantes del procedimiento especial: brevedad y condición de comerciantes de los propios juzgadores.

En resumen, el ámbito de aplicación del *ius mercatorum* es el de las relaciones jurídicas nacidas de una concreta actividad económica, que es el *comercio*. Su delimitación frente al derecho civil se produce en función de una categoría especial de personas, que son los *mercaderes* o *comerciantes*, y de su profesión. Nace así un *derecho privado especial acotado en su materia frente al derecho civil por razón de las personas (derecho de los comerciantes)* y, sólo como consecuencia de ello, *por razón de la actividad* a la que se aplica (*ratione mercaturae*). Se trata de un derecho *personal* de los comerciantes, por razón del ejercicio de su tráfico profesional, que aparece, por tanto, perfectamente deslindado del derecho común: su *especialidad* no suscita entonces problema alguno. Como resume BROSETA, el *ius mercatorum* es especial por su *creación* (derecho de una clase de profesionales); por sus *principios informadores* (facilitar el tráfico de mercaderías); por su *modo de aplicación* (la "jurisdicción" corporativa); por razón de la *materia* (el comercio), y por sus *destinatarios* (los comerciantes).

67

### 1.3. Evolución del derecho mercantil en la Edad Moderna.

A lo largo de la Edad Moderna se producen una serie de fenómenos que, paulatinamente, modificarán el marco económico medieval y posibilitarán la revolución industrial

del siglo xix: el *descubrimiento de nuevas tierras*, que origina en Europa un período inflacionista que se tradujo en provecho de comerciantes y especuladores financieros; la *formación de las naciones* en Europa, que origina la destrucción sistemática de los particularismos medievales y propicia el *mercantilismo*, que exalta el desarrollo de los mercados y del comercio, y cuyo principio fundamental consiste en la adquisición y acumulación de metales preciosos con protagonismo estatal, y la *reforma protestante*, que fomenta el espíritu capitalista.

68

El análisis del derecho mercantil de la época permite contemplar, junto a la consolidación de las instituciones heredadas del *ius mercatorum*, una serie de instituciones que nacen durante la Edad Moderna o que se ven sustancialmente modificadas ahora. El tráfico colonial de la época exige ingentes capitales, a cuyo fin comienza a concederse en exclusiva la explotación comercial a compañías reguladas, constituidas por asociaciones de comerciantes a las que el Estado confería el *ius emporii* (en la compañía holandesa de las Indias orientales, fundada con *ocroi* de los Estados Generales de Holanda en 1602 el capital se divide en acciones, la responsabilidad de los partícipes es limitada y la dirección es unitaria). Al mismo tiempo, se va creando en Europa un *mercado de capitales*: las bolsas son evolución natural de las ferias, que habían pasado de ser centros de compraventa de mercancías a convertirse en mercados de capitales (la lectura de *Confusión de confusiones* ilustra perfectamente este tráfico bursátil que se desarrolla parejo con la evolución de las compañías coloniales). Se consolidan la *actividad bancaria*, con un aumento importante de los depósitos bancarios y de las operaciones de crédito, y el *seguro*, con la cobertura de nuevos riesgos —y no sólo los marítimos— y la mayor solidez en la explotación, y nace el seguro de vida en la modalidad de seguro sobre la libertad, que cubría el riesgo de marinos y comerciantes de caer esclavos de los piratas berberiscos.

Aunque en los siglos XVI y XVII se asiste también al nacimiento de una auténtica *doctrina jurídico-mercantil en el sentido de literatura autónoma y especializada*, de la que suele considerarse fundador BENVENUTO SIRACCA, con su *Tractatus de Mercatura* publicado en Venecia en 1533, las referidas circunstancias hacen que se vayan debilitando las características del viejo *ius mercatorum*:

a) Ante todo, sin dejar de ser un derecho de los comerciantes, el derecho mercantil inicia —o, más exactamente, continúa— su *proceso de objetivación*. El ordenamiento jurídico-mercantil tiende, en ocasiones, a aplicarse simplemente porque una determinada relación del tráfico es calificada como mercantil, sean o no comerciantes quienes la realicen. Se asiste asimismo a una *extensión material del concepto de comerciante*, porque se produce una clara expansión a otras clases sociales de actividades antes reservadas a los mercaderes. El derecho mercantil se amplía así a otros sujetos que carecen de la condición de comerciantes, la inscripción en la matrícula corporativa pierde el carácter de requisito necesario para la adquisición de la condición de comerciante y los artífices o industriales se van integrando paulatinamente en el concepto de comerciante. *El derecho mercantil sigue siendo un derecho de clase, pero invade sectores reservados antes al derecho común.*

b) Con la formación de los Estados nacionales, el poder real reivindica el monopolio de la función legislativa, de modo que el derecho mercantil, usual, de producción autónoma, pasa a integrarse progresivamente en el *derecho estatal*. La fuerza de los usos pasará a depender del refrendo de la Corona: la primacía de la *ley* sobre la costumbre es el reflejo de la nueva filosofía del Estado nacional.

c) El derecho mercantil continúa siendo un derecho uniforme, pero va cediendo ante un *progresivo nacionalismo*, que afirma el poder del Estado en su territorio.

d) El derecho mercantil sigue siendo, en fin, un derecho de producción y aplicación autónomas; pero con mati-

ces. Respecto a la producción, el cuerpo general de las normas mercantiles de la Baja Edad Media continúa existiendo durante la Edad Moderna: las Ordenanzas generales del comercio terrestre (1673) y del comercio marítimo (1681) recogen derecho de origen consuetudinario. En España, las Ordenanzas consulares (Bilbao, 1737) se elaboran por privilegio real y exigen la aprobación del monarca. Se mantiene asimismo la "jurisdicción" mercantil, pero quedará sometido a ella tanto aquel que ejercite, incluso ocasionalmente, la *mercaura* como quien realice determinados actos. Así, la Ordenanza del comercio de 1673 atribuye a la competencia consular el conocimiento de las cuestiones surgidas sobre letras de cambio y sobre contratos de comercio marítimo con independencia de la condición profesional del demandado.

70

En resumen, *la especialidad del derecho mercantil frente al derecho civil se mantiene desde un punto de vista subjetivo y objetivo*; pero, "sobre ese núcleo profesional y clasista, va progresivamente ampliándose la aplicación del Derecho mercantil a otros sujetos no comerciantes y a actividades económicas distintas del comercio" (OLIVENCIA).

Mientras en los países del continente europeo los usos internacionales de los mercaderes fueron incorporándose a los diversos derechos nacionales al margen del derecho común, preparando inconscientemente una codificación separada del derecho civil y del derecho mercantil, las cosas sucedieron de modo muy distinto en Inglaterra. La característica fundamental del derecho inglés es que esos usos comerciales, que inicialmente habían servido sólo para regular las relaciones internacionales, se van integrando poco a poco en un sistema muy flexible. Así, el derecho mercantil inglés no es un *derecho especial* para la clase de los mercaderes, sino que se integra plenamente en el sistema del *common law*. "En Inglaterra no existe un sistema de normas para el ciudadano ordinario y otro para el mercader o comerciante" (SCHMITTHOFF).

#### 1.4. *La codificación separada y el inevitable nacimiento de las tesis unificadoras*

**1.4.1. *La codificación mercantil.*** La codificación es, al mismo tiempo, resultado de la revolución burguesa y reacción contra ella: los principios revolucionarios, ciertamente tamizados, informan la obra codificadora; pero la codificación traiciona en buena medida a la revolución al ponerse al servicio de los postulados del orden postrevolucionario en el que se consolidan las libertades burguesas nacidas con la revolución.

Esas afirmaciones son particularmente constatables en la codificación mercantil. Los principios políticos y económicos de la revolución no ayudaban a la promulgación de un Código de Comercio, porque existía una crítica feroz contra el corporativismo del antiguo régimen. La libertad y la igualdad se compadecían mal con el mercantilismo de Estado y la organización estamental de la sociedad: la libertad de comercio hace desaparecer los gremios y corporaciones y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley se oponía al privilegio de un derecho especial de clase.

Los legisladores revolucionarios tenían, pues, en su mano la ocasión de hacer desaparecer el derecho mercantil y, sin embargo, no sólo no desaparece, sino que subsiste incluso la jurisdicción especial bajo el nuevo nombre de tribunales de comercio. Las causas de tan benevolente actitud y, por tanto, del mantenimiento del derecho mercantil frente al derecho civil son, sin duda, de orden pragmático y ya conocidas, porque son las mismas que habían originado su nacimiento: había que ofrecer un *marco legislativo a la subsistente actividad mercantil y para ello no bastaba la codificación civil, que, además de producirse con retraso, no había comercializado en medida suficiente los principios en los que se informaba*. Es, pues, la *insuficiencia del derecho común la que obliga a mantener un derecho privado especial*. Eso fue, precisamente, lo que no sucedió en Inglaterra, donde, como

ya se señaló, los usos de los comerciantes fueron integrándose en el sistema común, en un proceso que recuerda claramente al del derecho romano.

La codificación del derecho privado, sobre postulados *racionalistas* y *nacionalistas*, va a concretarse, en efecto, en dos cuerpos legales separados, un Código de Comercio y un Código civil, lo que significa la *consagración positiva de un derecho especial (el derecho mercantil) frente a un derecho común (el derecho civil)*. Ahora bien, el Código de Comercio no podía basarse ya en los criterios de mercantilidad del antiguo régimen, lo que obligó a buscar un criterio de separación con el derecho civil que no repugnase a las ideas revolucionarias. Ahí se encuentra el origen de un nuevo derecho mercantil basado en el concepto objetivo de *acto de comercio: de un derecho de los comerciantes para el ejercicio de su profesión (sistema subjetivo) se pretende pasar a un derecho de los actos de comercio que a él se someten y por él se regulan, sea o no comerciante la persona que los realiza (sistema objetivo)*.

72

Ahora bien, cuando se analizan con cierta profundidad los diferentes Códigos, se observa que no contienen —como no podía ser de otra manera— un derecho realmente nuevo. Por lo que se refiere al *Código de Comercio francés de 1807*, la innegable intención de modificar el carácter del derecho mercantil tradicional, sustituyendo el concepto de comerciante (criterio subjetivo) por el de acto de comercio (criterio objetivo), fue dulcificada, tras sucesivas discusiones y por obra sobre todo del Consejo de Estado, en un doble sentido: el acto de comercio quedó reducido a mero criterio de competencia procesal y no iba a ser el único criterio para la determinación de la competencia.

De este modo, en el Código francés de 1807 no se consagra el sistema tradicional subjetivo ni tampoco el objetivo que pretendía imponer la comisión redactora, sino un *criterio mixto*: la jurisdicción mercantil es, a la vez, personal y real; atiende tanto a la condición de comerciante de

los sujetos como a la realización de un acto de comercio.

En *España*, donde la necesidad de una codificación mercantil se dejaba sentir entre los ilustrados desde finales del siglo xviii, el movimiento codificador propiamente dicho se inicia a instancias de Napoleón y perdura, tras el fin de la dominación francesa, en el espíritu de los constituyentes de Cádiz: "El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía". El primer Código de Comercio español, de 1829, obra personal del afrancesado Pedro Sáinz de Andino, elige el camino de la codificación separada abierto por el *Code* y rechaza la elaboración de un cuerpo único —*ALR* prusiano—. A la fundamental influencia del Código francés, se une la del propio derecho tradicional castellano, no sólo mercantil —Ordenanzas de Bilbao—, sino también común.

El artículo 1.º de ese Código comienza por reputar comerciantes a "los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político". Se ofrece así el dato fundamental: el derecho mercantil del Código es principalmente el *derecho de los comerciantes*, es decir, de aquellos que se ocupan habitualmente en el tráfico mercantil y están inscritos en la matrícula de comerciantes. Esta primera impresión subjetiva se confirma en el Título II, que se refiere a "las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio", y en el Libro IV, que, referido a la quiebra, se aplica sólo a comerciantes.

Sin embargo, según el artículo 2.º quedan sujetas también a las leyes y a la jurisdicción de comercio aquellas personas que realicen alguna operación de comercio terrestre. De acuerdo con él, el artículo 1.199 alude a negociaciones, contratos y operaciones mercantiles (es decir, *actos de comercio*), entendiéndose por tales aquellas operaciones mercantiles comprendidas en el Código —y sólo esas—, cuando tengan los caracteres determinados expresamente con este

fin por las disposiciones legales, y el artículo 1.200, remitiéndose al anterior, dispone que "siendo el acto a que da lugar la contestación judicial propiamente mercantil, podrá ser el demandado citado y juzgado por los Tribunales de Comercio, aun cuando no tenga la condición de comerciante".

En fin, cuando se analizan los diversos criterios de mercantilidad de los actos de comercio se observa un resultado sorprendente: la mercantilidad de un acto es consecuencia de la presencia de un comerciante en la operación (préstamo, depósito, fianza, etc.) o bien de la mercantilización formal de esa operación.

74

Los antecedentes inmediatos del Código vigente permiten sostener la influencia de las ideas políticas nacidas de la Revolución de 1868. Así, se proclama insistentemente el principio de libertad contractual en su forma más pura y se insiste en la supresión de toda desigualdad política o social, sobre todo las derivadas de una situación profesional concreta. Desde esta premisa, hay que entender el artículo 2.º, que establece que sus disposiciones regirán "los actos de comercio, sean o no comerciantes las personas que los ejecuten". No se trata, pues, de afirmar la existencia de actos mercantiles *per se*, sino de admitir la posibilidad de alcanzar la condición de comerciante a cualquier persona con capacidad para contratar y obligarse. Como ha puesto de manifiesto Girón, la significación técnica de los denominados sistemas subjetivo y objetivo es ajena al Código de 1885: *los artículos 1.º y 2.º del Código contienen la solución técnica de un problema político y no de un problema técnico cual es la opción entre el carácter objetivo o subjetivo del derecho mercantil.*

A pesar de ello, puede decirse que el Código vigente combina un *núcleo subjetivo*, que persiste, con una *mayor relevancia del carácter objetivo*. En el artículo 1.º se sigue considerando a los comerciantes como destinatarios principales de la normativa, aunque desaparece el requisito de la

inscripción en la matrícula corporativa. Para adquirir la condición de comerciante basta ocuparse habitualmente del tráfico mercantil o constituirse como compañía mercantil. A continuación, el artículo 2.º establece otra categoría de destinatarios principales de la normativa: todos los que realicen actos de comercio aunque no se dediquen habitualmente al tráfico. Los redactores del Código, que pretendieron únicamente evitar que la mercantilidad dependiese de la pertenencia a una clase más o menos privilegiada, elevan el acto de comercio a la condición de criterio determinante de la mercantilidad junto con la cualidad de comerciante.

Ahora bien, la trascendencia del viejo núcleo subjetivo se mantiene incluso en el articulado del Libro II. Así, la presencia de un comerciante presupone por sí misma la mercantilidad del contrato de transporte (art. 342) y en unión de otros requisitos la mercantilidad del contrato de comisión (art. 244), del depósito (art. 303), del préstamo (art. 311), del seguro (art. 380), e incluso de las cuentas en participación (art. 234). El *criterio objetivo es, en realidad, técnicamente complementario del subjetivo*. En fin, los codificadores de 1885 acentuaron el proceso de mercantilización formal, cuyo ejemplo más revelador es la letra de cambio (art. 443). El resultado definitivo es el de un sistema "híbrido e incoherente" (GARRIGUES).

75

#### 1.4.2. *El problema del concepto del derecho mercantil.*

El derecho mercantil surgido de la codificación tiene unos rasgos bien definidos que han sido sintetizados por MENENDEZ: "al lado de la pretensión totalizadora y atemporal de los códigos y de su consustancial carácter nacional, se percibe también un alto grado de *privatización*, fruto de la ideología liberal dominante, y su proclamada *independencia* como Derecho especial de las obligaciones respecto del Derecho civil, aunque vaya acompañada ahora de una tendencia formal hacia la *objetivación*, fundada en una aparente desprofesionalización del sistema".

No debe sorprender por ello que, como señala el propio MENÉNDEZ, *las notas características del derecho mercantil codificado comienzan a entrar en crisis ya en la segunda mitad del siglo XIX*. Dejando ahora a un lado el hecho de que el carácter nacional de los Códigos mercantiles choqua con las necesidades del tráfico internacional y comienzan los esfuerzos en pro de la unificación supranacional de este derecho, interesa destacar ahora otras cuestiones. Así, pronto se demuestra que la pretensión de cobijar en los Códigos la materia mercantil era inviable: se inicia rápidamente el proceso de promulgación de leyes especiales, se constata la dificultad de que la materia acotada por el Código de Comercio y las leyes especiales mercantiles sirva para alcanzar la esencia del derecho mercantil y se pone en tela de juicio su especialidad, naciendo ya tendencias unificadoras del derecho privado.

76

En efecto, con la codificación *surge la preocupación por el concepto del derecho mercantil, como cuestión dogmática, íntimamente ligada a sus relaciones con el derecho civil*, iniciándose la "inesistente búsqueda de la esencia de la mercantilidad". La razón es evidente: el "hallazgo" de los codificadores consistente en considerar el derecho mercantil como el derecho de los actos de comercio sitúa al derecho especial en una difícil enervada, tanto desde un punto de vista *positivo*, por las dudas que suscita la determinación de su ámbito de aplicación (determinados actos son considerados actos de comercio y, por tanto, mercantiles, aunque sean realizados por no comerciantes), como, sobre todo, desde una perspectiva *teórica*, porque ya no resulta tan "natural" justificar la razón de ser de un derecho especial y su subsistencia frente a un derecho civil común.

Aunque la noción de acto de comercio no fuese una novedad radical de los Códigos y aunque lo mercantil no se había objetivado hasta el punto de prescindir de los factores subjetivos, lo cierto es que existía una base legislativa distinta sobre la que reflexionar. La doctrina se lanza así a

*diferenciar el derecho mercantil del derecho civil sobre la base de ser el derecho regulador de los actos de comercio.*

Mientras los primeros comentaristas del *Code* (PARDUSSUS, DELAMARRE, LE POITVIN) se limitan a clasificar los actos de comercio, se tratará después de elaborar, por inducción del contenido del Código, un concepto unitario del acto de comercio. La esencia de la mercantilidad se cifró en la intermediación (ROCCO), en la circulación de bienes y dinero (THALIER), en el fin de lucro (HAMEL y LAGARDE), etc. Pronto se demostró, sin embargo, que esta corriente perseguía un ideal un tanto utópico, que el acto de comercio aislado, desconectado de la actividad del comerciante, constituye una pura abstracción que se resiste a cualquier intento de fijación unitaria y rigurosa (GARRIGUES). La razón es clara: los Códigos se habían limitado a regular un material normativo producido a lo largo de los siglos anteriores para resolver problemas concretos, de modo que, por muchas que fueran sus pretensiones sistemáticas, la conceptualización del acto de comercio no era posible.

No es de extrañar, por ello, que llegase a extenderse en la doctrina la idea de la *imposibilidad de formular un concepto del acto de comercio, lo que significaba también la imposibilidad de justificar la existencia de un derecho mercantil especial frente al derecho civil.*

**1.4.3. Las primeras tesis unificadoras.** La tesis de la unificación del derecho civil y del derecho mercantil se plantea por vez primera de forma rigurosa en 1858, con ocasión de la elaboración del Código de Comercio alemán (*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch: ADHGB*), por ENDEMANN. Se trata de un planteamiento eminentemente dogmático, en el que late la concepción alemana unitaria del *Deutsches Privatrecht* y el precedente del *modelo unitario* de codificación ofrecido por el texto prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: ALR*). Partiendo de la constatación de la *reducida cuantía* y de la *fragmentariedad*

de las normas específicamente mercantiles respecto de las del derecho privado ordinario, opina ENDEMANN que la existencia de un derecho especial obedece exclusivamente a la inadaptación del legado civil romano, por lo que bastaría una labor de reforma y actualización del derecho civil para que dejase de ser necesario un derecho mercantil especial. La línea de ENDEMANN fue seguida, también en Alemania, por DERNBURG, para quien el derecho mercantil no pasa de ser un mero residuo histórico. Sin embargo, para GOLDSCHMIDT, según su conocida *Gletschertheorie*, habrá siempre un tráfico que requerirá un derecho más flexible que el contenido en el derecho común, lo cual no impide, sino todo lo contrario, la movilidad histórica de las relaciones entre el derecho especial y el derecho común, por lo que se refiere a su ámbito de aplicación (*extensión de la materia mercantil*) y al trasvase de normas del derecho especial al derecho común (*comercialización del derecho civil*). Aunque en Alemania triunfó —como enseña se verá— la tesis conservadora de GOLDSCHMIDT, el debate sobre la unificación del derecho privado se extiende claramente y son muchos los partidarios de la unificación.

En Suiza, MUNZINGER descarta la formación de un Código de Comercio, sentando las bases de la futura unificación.

En Holanda destaca la figura de MOLENGRAAFF, que abre el camino para la unificación del derecho privado holandés, iniciada en 1934 y no culminada hasta 1992. Partiendo de la falta de justificación de una normativa mercantil derivada de su aplicación a determinadas personas, concluye que es imposible establecer una división convincente entre el derecho civil y el derecho mercantil: que la separación es algo circunstancial, provocado por el estancamiento del derecho civil y el desarrollo del comercio, y que la unificación se producirá cuando el derecho civil sea capaz de transformarse.

En Italia destaca la figura de VIVANTE, quien defiende con ardor su tesis unificadora desde 1882 —al escogerla

como tema de su primera lección de un curso de derecho mercantil en la Universidad de Bolonia— hasta su —parcial— “conversión” en 1925, por razones prácticas, sentando las premisas de la unificación italiana de 1942 e influyendo en una gran parte de la doctrina de la época (BOLAFFIO, SRAFFA, NAVARRINI). Parte VIVANTE de la evidente constatación de la defectuosa delimitación entre el derecho civil y el derecho mercantil, particularmente clara en el *Codice di Commercio* de 1882 y se apoya, sobre todo, en la injusticia que supone la sumisión al régimen mercantil (Código de Comercio y usos mercantiles) de todos los ciudadanos que contratan con un comerciante.

La tesis unificadora del derecho privado se extenderá más tarde a Francia; LAURENT preconizará la *fusion* del derecho civil y mercantil y se desarrollará una fecunda polémica entre LYON-CAEN y THALLER, en torno a las recíprocas influencias entre el derecho civil y el mercantil.

En síntesis, como ha señalado ROJO, existen *tres grandes corrientes unificadoras* en el pensamiento jurídico, que, a menudo, se superponen: la *corriente filosófica*, en la que la unificación del derecho privado se presenta como consecuencia de aquellas clasificaciones del derecho en las que la división entre el derecho civil y el derecho mercantil no tiene lugar; la *corriente técnica*, que parte de la probada insuficiencia de los criterios de delimitación de la materia mercantil, y la *corriente solidarista*, para la que resulta inadmisibile la existencia de un Código de Comercio en cuanto expresión de una ley de clase y, en definitiva, como privilegio.

En España, como señala el propio ROJO, aunque el tema no está aún suficientemente estudiado, existen datos para afirmar que la idea unificadora está presente a lo largo de todo el siglo XIX. Sin perjuicio de la existencia de importantes precedentes (algunos diputados de la Asamblea convocada en Bayona por Napoleón defienden con vigor la inutilidad y la injusticia de una codificación comercial separada)

y de que entre los tratadistas que escribieron bajo la vigencia del Código de Comercio de 1829 —obra personal de un afrancesado completamente ajeno a la tesis unitaria— parecía dominar la idea de que el derecho mercantil era una parte más o menos vasta del derecho civil (GONZALEZ HUEBRA, MARTÍ DE EINALA), lo que permitiría que su regulación se llevase a cabo en un Código especial o dentro del Código civil, la tesis favorable a la unificación total del derecho privado estuvo claramente presente en el período inmediatamente anterior al Código de Comercio de 1885. La polémica entre “autonomistas” y “unificadores” era patente, sin que quepa afirmar que se tratase de una pugna entre *mercantilistas* y *civilistas*, celosos de sus respectivas ciencias.

80

En efecto, en 1881, SIVELA se muestra convencido de que “el Derecho mercantil está llamado a desaparecer para refundirse en el civil, modificándolo con relación a los actos de comercio”. En 1882, en un informe emitido por la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio, del que fueron ponentes COMAS, AZCARAHÉ y SIVELA, se puede leer que “en el progreso del derecho la separación histórica entre estas dos ramas está llamada a desaparecer... El progreso no consiste en *civilizar* (...) el Derecho comercial, sino en mercantilizar el Derecho civil”. Afirmaciones parecidas se contienen en un informe emitido por la Universidad de Oviedo, del que fueron ponentes CANELLA y UREÑA.

En los primeros años de vigencia del Código de Comercio de 1885, se mantiene un importante debate en torno a la autonomía del derecho mercantil, que trata de justificar o de negar su autonomía respecto del derecho civil desde la perspectiva codificadora. El Congreso Jurídico Español del año 1886 defendió también la unificación del derecho privado. Cabe recordar ahora las palabras de SIVELA: “el progreso jurídico no consiste en empeñarse en la *tarea imposible de distinguir el Derecho comercial del civil*, sino en *fundirles en uno sólo*, llevando al segundo el espíritu moder-

no de que el primero está animado, desamortizando, por decirlo así, los actos llamados mercantiles como cosa propia y peculiar de los comerciantes, y haciéndolos de Derecho común o de todos los ciudadanos, como ha acontecido ya respecto a las letras de cambio”.

Escribía UREÑA en 1888 que “la distinción entre el Derecho mercantil y el llamado Derecho civil, más que fundamental es histórica”, y que “la importancia del derecho mercantil aumenta día a día, y su influencia en el derecho de la contratación es tal que puede decirse que ha llegado a absorberle, *constituyéndose en regulador único de la forma contractual de las relaciones humanas dentro de la órbita del derecho privado*. No está, pues, lejano el día en que las actuales diferencias históricas que entre el Derecho civil y mercantil existen, desaparezcan por completo formándose nuevos Códigos que regulen toda clase de actos contractuales”.

81

Por su parte, DURAN Y BAS profundiza en el magisterio de MARTÍ DE EIXALÀ, señalando que “todas las instituciones de derecho mercantil pertenecen al de las obligaciones”, lo que “conduce a la conclusión de que no goza de verdadera autonomía esta rama del derecho. No puede separarse el derecho de las obligaciones, de las demás partes del derecho privado común”, concluyendo que “la autonomía, la absoluta independencia, pues, del derecho mercantil, no existe; y sin necesidad de exagerar la posición que respecto a él tenga el civil, puede científicamente afirmarse que la categoría de aquél es la de derecho orgánico, privado y especial, *perteneciente al de las obligaciones*, con las modificaciones o adiciones que les impone la influencia del fenómeno comercio económicamente considerado”.

Más contundente se muestra CHECA, al señalar que “mientras no se demuestre que las leyes civiles y las leyes comerciales persiguen ideales distintos y aun opuestos, de tal manera que repugne a las unas lo que a las otras conviene, se trabajará inútilmente por atajar la corriente impe-

tuosa que, derribando obstáculos tradicionales, amenaza borrar los lindes mal seguros que parten en dos el extenso campo del Derecho privado”, y que “el Derecho mercantil contenido en los Códigos de Comercio es el Derecho privado moderno, y el Derecho civil contenido en los Códigos de este nombre, es el Derecho privado antiguo, estacionario, petrificado”.

Sin embargo, esta doctrina, a menudo olvidada, no encontró después la continuidad necesaria para influir en el proceso codificador español y en su reforma. A este desinterés contribuyó, sin duda, la llamada “cuestión foral”, que desvió la atención del jurista hacia problemas distintos al de la unificación del derecho privado.

82

Por el contrario, ALVAREZ DEL MANZANO, bajo el epígrafe “Independencia del derecho mercantil”, postula en su *Curso* una radical autonomía del derecho mercantil, sobre la base de “que hay marcada diferencia entre las relaciones a que el derecho civil y el mercantil se refieren”, llegando a afirmar que “si existen principios comunes al derecho civil y al mercantil es porque uno y otro los toman del derecho natural: que es fenómeno especial el comercio, y distinta su materia de la que sirve de objeto al derecho civil, el cual lo constituyen principalmente la familia y la propiedad; y que si codificar es separar, la independencia de la codificación mercantil proviene de que *el espíritu de las leyes mercantiles difiere esencialmente de las civiles* según dijeron en Francia los autores de su Código civil”. En parecidos términos se pronuncian BLANCO CONSTANS y ESTIASEN.

Durante unos años, hasta el nacimiento de la “Moderna Escuela del Derecho Mercantil”, la doctrina se preocupa únicamente de recoger y clasificar los argumentos de las tesis autonomista y unificadora:

Es el caso de DE BENITO, en el Prólogo a la traducción de VIVANIE (1925), quien se pronuncia claramente a favor de “aprovechar lo que de común tienen el Derecho Mercantil y el Civil, su parte contractual, en un Código de obli-

aciones, imitando lo que hizo Suiza en el año 1881, y cuyos resultados no han podido ser más beneficiosos", o de GONZÁLEZ Y TOMÁS (1931) y MARIN LAZARO (1932), que se muestran partidarios, con matices, de la autonomía del derecho mercantil.

Estos autores enumeran las *razones de la tesis unificadora*: la dificultad de delimitar el ámbito propio del derecho mercantil respecto al derecho civil; los conflictos surgidos de la doble regulación, que generan una importante dosis de inseguridad jurídica; la igualdad legislativa entre las distintas clases sociales, que repugna un derecho de clase; el sometimiento de los no comerciantes a un derecho dictado por y para los comerciantes; la influencia negativa de la dualidad de Códigos en el desarrollo científico del derecho privado, ya que el derecho civil queda muchas veces anclado en el pasado, la tendencia a la unificación internacional del derecho mercantil.

83

## 1.5. *Hacia un nuevo derecho mercantil: la doctrina de la empresa.*

1.5.1. *Exposición de la doctrina.* En 1897 se promulga un nuevo Código de Comercio en Alemania (*Handelsgesetzbuch: HGB*), que significó un punto de inflexión por lo que supuso, en pleno debate doctrinal sobre la desaparición del derecho mercantil, en favor del sistema de *doble codificación*, y por la configuración *subjetiva* que se da al derecho mercantil. No cabe olvidar, sin embargo, que, como señala la doctrina (GIERKE, ASCARELLI), muchas de las normas hasta entonces consideradas mercantiles habían pasado al Código civil, como *manifestación positiva de la generalización del derecho mercantil*, lo que —rectamente entendido— significa que el retorno al sistema subjetivo del derecho mercantil y aun el propio *HGB* o Código de Comercio separado, no hubiera sido posible sin la promulgación de un Código civil (*BGB*), al que se traspasan normas e instituciones que, naci-

das en el seno del derecho mercantil, se habían convertido en comunes por efecto de su generalización: normas sobre títulos-valores, sobre conclusión y cumplimiento de los contratos, sobre interpretación, etc. La propia Exposición de Motivos del Código señala que “la unificación y la reforma profundas del derecho privado que trae consigo el Código civil hacen necesarias también una revisión del Código de Comercio”. La doctrina alemana coincide en fundamentar el sistema subjetivo del Código de Comercio en la aparición del Código civil: el derecho general del tráfico ya no puede contenerse en el Código de Comercio, porque está contenido en el Código civil. “Por ello, lo que queda del Código de Comercio es casi enteramente un derecho especial profesional” (GIERKE).

En todo caso, reconocido el fracaso de los esfuerzos doctrinales por encontrar la esencia de la mercantilidad en la materia regulada en los Códigos de la primera generación, se inicia un método distinto, el de la “*atenta observación de la realidad*”, para tratar de hallar las exigencias de la vida económica que reclaman un derecho especial distinto del derecho civil, naciendo primero y consolidándose después la doctrina de la empresa. Ahora bien, la doctrina de la empresa no detuvo el debate sobre la unificación del derecho privado (como lo demuestran palmariamente el Código civil italiano de 1942 y el largo proceso de unificación del derecho privado holandés), sino que, simplemente, modificó parcialmente la perspectiva.

El precursor de la nueva metodología es, sin duda, HECK, que en 1902 publica el artículo “¿Por qué existe un derecho privado mercantil separado del civil?”, en el que se afirma que el derecho mercantil es, por oposición al civil, el *derecho especial de los actos en masa*. La *doctrina de los actos en masa* consiste, en síntesis, en sustituir el acto aislado por la repetición masiva de actos como centro del concepto de derecho mercantil. Según esta teoría, para determinar las causas de la existencia y de la subsistencia de un

derecho mercantil separado del civil general no es posible atender al contenido típico de los actos, pues los actos jurídicos de carácter mercantil, aisladamente considerados, en nada se diferencian de los de naturaleza civil. Ha de atenderse, por el contrario, al modo de realización del acto: el acto de comercio no es un acto aislado, sino uno de entre un conjunto de actos uniformes, típicos. Lo que diferencia la actividad del comerciante de la del campesino —continúa Heck— no es el contenido típico de sus actos, sino su número y su significado para el ejercicio profesional. El sujeto de ese tráfico en masa es el hombre de negocios, el comerciante. Pues bien —concluye—, el derecho especial de los actos realizados en masa es el derecho mercantil.

En su fase de desarrollo —y de superación— la teoría de los actos en masa se vincula al concepto de *organización*, que viene exigida por todo tráfico en masa. Un acto no es mercantil por la simple circunstancia de que se realice en masa, sino que es necesario, además, que exista una organización económica mínima (LOCHER, GORDON, RADBRUCH).

85

La *crítica* a la doctrina de los actos en masa se centró en un argumento histórico y otro técnico; se constata que el derecho mercantil no nació como un derecho de los actos en masa, que no todos los actos en masa son mercantiles (arrendamientos urbanos, contratos laborales), y que no todos los actos mercantiles son actos en masa (apoderamientos mercantiles, sociedades, etc.).

No es de extrañar, por ello, que se volviese a afirmar (NUSSBAUM, 1915) la *imposibilidad de formular un concepto unitario del derecho mercantil y la progresiva disolución del mismo*. Para NUSSBAUM, el derecho mercantil no puede distinguirse ya del derecho civil y debe desaparecer: nacido por las exigencias de los comerciantes en un momento histórico determinado, carece de sentido como tal derecho especial cuando estas exigencias ya no existen por haberse generalizado. NUSSBAUM llegó a afirmar que “el derecho

mercantil, por paradójico que parezca, no es ya el derecho del comercio, sino un confuso conglomerado de las más diversas materias”.

Pronto, sin embargo, se formula la *teoría de la empresa*, mérito de WIELAND, para quien la esencia del derecho mercantil puede encontrarse apelando a la ciencia económica. El concepto económico que da unidad al derecho mercantil es la idea de empresa (*Unternehmung*), entendida como “utilización de fuerzas económicas para la obtención de una ganancia indeterminada”. Es el riesgo, la indeterminación de las ganancias, lo que caracteriza a la empresa. A su vez, la idea de riesgo aparece vinculada a la de organización. Finalmente, el sujeto que arriesga y organiza es el empresario.

86

Se produce así, en definitiva, un *retorno a la concepción profesional del derecho mercantil*: son las peculiares exigencias normativas que en el derecho privado plantean las empresas las que justifican y dan unidad a las normas e instituciones del derecho mercantil como derecho especial, con independencia de la forma en que se manifiesten en cada ordenamiento.

Cuando esta tesis se extienda, la empresa, que para WIELAND era sólo un concepto económico, se convertirá en un concepto jurídico: se pasará de la teoría de la empresa en sentido económico a la teoría de la empresa en sentido jurídico (RAISCH), algo que recuerda mucho la evolución sufrida por la doctrina que trataba de identificar el derecho mercantil con el derecho del comercio.

La aportación de WIELAND es de suma importancia. No sólo porque obligó a un esfuerzo de construcción doctrinal de primer orden, sino también porque influyó decisivamente en la sustitución de la noción de comerciante por la de empresario, y, sobre todo, para lo que ahora interesa, porque *estimuló el estudio de las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil*.

En Francia, la teoría de la empresa encuentra una acogida parcial en el pensamiento de ESCARRA, para quien la

noción que siempre ha servido de fundamento al derecho mercantil es la de *profesión*. En realidad, ESCARRA formula su pensamiento en base a los *autores italianos*, que son quienes primero reciben la teoría de WIELAND ES. sin duda, MOSSA el gran impulsor de la doctrina de la empresa. Con él se abre una amplia polémica en la doctrina italiana, que habría de desembocar en el Código civil unificado de 1942, en el que la empresa pasa a representar uno de los elementos claves del ordenamiento privado italiano. Hay que subrayar, naturalmente, lo significativo que resulta el hecho de que la recepción de la doctrina de la empresa en Italia, donde se lleva a cabo la elaboración más acabada de la misma, desemboque precisamente en la *pérdida de la autonomía, al menos legislativa, del derecho mercantil*.

En la *doctrina española* la teoría de la empresa ha encontrado amplio eco. En una de las construcciones ensayadas se intenta demostrar la presencia —implícita— de la empresa en el Código de Comercio y en las leyes especiales (POLO), afirmándose que la empresa, en cuanto concepto estructural de organización económica, permite una nueva ordenación sistemática de la materia mercantil. La otra línea ensayada (GIRON, seguido por GONDRA) tiene como resultado final la definición del derecho mercantil español como “el derecho de las empresas y de las normas que extienden la vigencia del contenido de aquel derecho fuera del tráfico de las empresas”.

Pero la influencia de la doctrina de la empresa no se detiene ahí. En alguna fase de su pensamiento, GARRIGUES, maestro indiscutible del derecho mercantil español, se adhirió a esa doctrina, si bien con posterioridad, rectificó el sentido de esa adhesión. Además, la huella de la doctrina se aprecia en otros autores españoles de relieve, que, tras cierta evolución, asientan el derecho mercantil español sobre la base de la empresa-actividad, el empresario y el establecimiento mercantil (URIA, SÁNCHEZ CALERO), y también en quienes propugnan construcciones en buena medida sintéti-

cas, aunque prevalentemente subjetivistas (BROSSETA, VICENT).

Pues bien, para comprender el papel que ha jugado la empresa en la delimitación del derecho mercantil, hay que comenzar señalando que se identifican tres aspectos o perfiles jurídicos de la misma: empresa como *actividad*, empresa como *organización* y empresa como *comunidad*. Tras descartar el aspecto de empresa-comunidad, que interesa fundamentalmente al ordenamiento laboral, los autores asumen sin dificultad los otros dos perfiles, que incluso suelen aparecer combinados. Así, afirma URÍA que el derecho mercantil se presenta como el *derecho ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa*, fórmula que se refiere tanto al derecho ordenador de la actividad profesional de los empresarios como al derecho ordenador de la organización. A poco que se profundice en esta duplicidad, se aprecia una cierta relación de subordinación, ya que toda organización tiene como presupuesto inexcusable una constante actividad. Lo verdaderamente relevante es, pues, el concepto de *actividad empresarial*, y no tanto en función de su contenido —esencialmente mutable a lo largo de la historia— cuanto en función del modo en que se desarrolla. Se trata de una actividad económica organizada, que se ejerce profesionalmente, con la finalidad de la producción o del cambio de bienes y servicios para el mercado.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la doctrina de la empresa constituyó —constituye todavía— la más exacta *explicación de la función de la mercantilidad* y, consiguientemente, cabe concebir el derecho mercantil como el *derecho regulador de la actividad constitutiva de empresa*. La doctrina de la empresa permitió, en efecto, dar unidad, de forma retrospectiva, a la “línea histórica” del derecho mercantil: es lógico que el derecho mercantil naciese como derecho del comercio, pues ese fue el sector económico que se anticipó a la idea de empresa: es lógica su extensión, porque la empresa se extiende a otros sectores: es lógica la configuración objetivadora de la codificación, y es igualmen-

lógica la vuelta a la concepción profesional en la segunda codificación germana.

**1.5.2. Insuficiencias de la doctrina.** Ahora bien, debe quedar claro que *el concepto de empresa no permite edificar sobre su base un sistema abstracto del derecho mercantil*. En efecto, *no puede aceptarse la identificación entre derecho mercantil y derecho de la empresa*, porque para ello sería necesario que el derecho mercantil fuese el único regulador de la empresa, y también que todas las empresas estuviesen reguladas por el derecho mercantil, lo que no sucede:

a) Es evidente que *no todo el derecho de la empresa es derecho mercantil*, porque éste “se detiene ante la organización interna de la empresa” (GARRIGUES), de la que se ocupa el derecho laboral, y porque el propio “derecho civil” tiene algo que decir. Así sucede cuando la empresa, considerada como unidad patrimonial, es objeto de arrendamiento, de usufructo, de compraventa, de hipoteca mobiliaria, de sucesión hereditaria, cuestiones todas ellas en las que el derecho mercantil no entra en juego.

b) Es igualmente evidente la existencia de *empresas “no mercantiles”*: empresas agrarias, empresas utilizadas para el desempeño de las profesiones liberales, etc. El fácil recurso de concebir el derecho mercantil como el *derecho de las empresas mercantiles* tropieza con el obstáculo insalvable de determinar la mercantilidad, es decir, vuelve al punto de partida.

En resumen, *la empresa no constituye un concepto que permita determinar de forma automática la mercantilidad. La doctrina de la empresa permite describir y justificar la materia mercantil porque identifica la función que cumple la mercantilidad, pero sólo esto. El concepto de actividad empresarial no constituye un criterio técnico jurídico para acotar la materia mercantil (GARRIGUES) ni permite averiguar, en unas concretas coordenadas espacio-temporales, si una determinada materia es civil o mercantil.*

En el derecho español el concepto de empresa constituye el criterio más relevante de acotación de la materia mercantil, porque la cláusula general analógica del artículo 2.º del Código de Comercio se interpreta, en efecto, analizando si una relación jurídica determinada es o no específica de la actividad empresarial. Aunque el Código de Comercio no sea el Código de la actividad constitutiva de empresa, el recurso a la actividad empresarial se utiliza para dar coherencia al defectuoso sistema codificado. Más aun, los criterios dispuestos por el legislador para la calificación como mercantil de determinados actos se integran con el concepto de actividad empresarial a fin de evitar la falta de estructura lógica subyacente del Código.

90

Sin embargo, el recurso a la noción de actividad empresarial no permite en todo caso la calificación de un determinado acto como acto de comercio y, en consecuencia, la aplicación de la normativa especial. *Existe un obstáculo fundamental con el que tropieza el automatismo de la operación integradora.* El de los *actos mixtos*, es decir, el de aquellos actos que ofrecen los requisitos del acto de comercio para una parte y no, en cambio, para la otra. La doctrina (GARRIGUES, URÍA, POLO) pretendió derivar del artículo 2 del Código de Comercio la vigencia en el sistema español de un principio general por cuya virtud los actos mixtos quedan sometidos a la normativa mercantil a pesar de ser civiles para una de las partes, porque, si ese acto se integra en la actividad empresarial, debe, sin más, quedar sometido a la normativa especial.

Sin embargo, *esa doctrina constituye una importación que carece de fundamento positivo en el sistema jurídico español.* Es significativo, ante todo, que esta doctrina esté en contradicción tanto con la tesis de los más autorizados autores españoles que escriben bajo la vigencia del Código de 1829 (GONZÁLEZ HUEBRA), como con la de la primera generación de mercantilistas tras la entrada en vigor del Código de 1885 (GÓMEZ DE LA SERNA y REUS, DE BENITO). Es en los

unos treinta del presente siglo cuando se formula por vez primera en España, sin duda bajo la presión del modelo germano-italiano y quizá como manifestación de un afán de extensión doctrinal del ámbito del derecho mercantil.

Pero la tesis de la mercantilidad de los actos mixtos no resiste un riguroso análisis:

A) Como más tarde ha sido puesto de manifiesto (RORO, VICENT, MUÑOZ-PLANAS, PAZ-ARES), el artículo 2 del Código de Comercio no sienta la regla de que aquellos actos que sean mercantiles para una de las partes y no para la otra deban someterse a la normativa especial. La finalidad de ese artículo es únicamente la de señalar que pueden existir actos de comercio sin intervención de comerciantes, porque trata de obviar las dificultades de haber prescindido de la calificación comercial de los sujetos para calificar el acto.

B) Además, no es esa tampoco la solución que se desprende de los complejos y plurales criterios de calificación establecidos por el Código de Comercio para la mercantilidad de cada uno de los contratos, ya que, salvo en el caso del transporte, la presencia de un comerciante no determina sin más la calificación como mercantil de un contrato:

a) La mercantilidad del *mandato* (comisión) estriba, según el artículo 244 del Código de Comercio, no sólo en que "sea comerciante o Agente mediador del comercio el comitente o el comisionista", sino también en que "tenga por objeto un acto u operación de comercio".

b) Según el artículo 303 del Código de Comercio, para que el *depósito* sea mercantil se requiere la concurrencia de tres elementos: "que el depositario, al menos, sea comerciante"; "que las cosas depositadas sean objeto de comercio", y, lo que divide claramente a la doctrina, "que el depósito constituya *por sí una operación mercantil*, o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles". Con independencia de las dificultades interpretativas que se suscitan, parece claro que un depósito efectuado por

un no comerciante de un bien de consumo no tiene carácter mercantil, aunque sea un contrato de empresa.

c) El *préstamo* será mercantil (art. 311) cuando concurren dos circunstancias: que alguno de los contratantes sea comerciante y que las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio. Dejando también a un lado las dificultades interpretativas que se suscitan, al remitirse el legislador al fin a que se destina lo prestado, parece claro que los préstamos para el consumo no son mercantiles.

d) La *compraventa* será mercantil cuando concurren dos elementos (art. 325 C. de C.): que se trate de cosas muebles, y que el comprador actúe con un doble ánimo, de reventa y de lucro, lo que, dejando también a un lado las dificultades interpretativas, parece dejar claro el carácter civil de la compraventa de bienes para consumo del comprador.

92

e) Distinta es la solución prevista para el *transporte*, que será mercantil cuando concorra *alguna* de las siguientes circunstancias (art. 349 C. de C.): que tenga por *objeto* mercaderías o efectos de comercio, o "que, siendo cualquiera su objeto, sea *comerciante el porteador*, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público". El carácter mercantil del contrato se hace depender, pues, exclusivamente, del carácter mercantil del porteador. Las consecuencias sobre la tesis que se critica son, sin embargo, mínimas, porque, además de ser el único caso de mercantilidad del contrato mixto, no existe, en puridad, un "transporte civil", o, al menos, éste no se sujeta a normas diferentes del transporte mercantil: los artículos 1.601 a 1.603 del Código civil se remiten al Código de Comercio y a las leyes especiales.

f) La *fianza* será mercantil cuando "tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil" (art. 439), lo que hace también difícil pensar en el sometimiento de los no comerciantes a las normas mercantiles.

Si en los contratos doblemente regulados no parece que pueda afirmarse el sometimiento de los no comerciantes a

Las normas mercantiles, parece excesivo afirmar que los actos mixtos "unificados" deban considerarse mercantiles.

C) En fin, la doctrina de los actos mixtos resulta también inexacta desde la óptica de las *relaciones entre un derecho general, y un derecho especial*, que el Tribunal Supremo, al establecer que, cuando surjan dudas sobre la legislación aplicable, debe aplicarse el Código civil, entiende correctamente: la aplicación de un régimen especial sólo debe producirse cuando en el supuesto de hecho se den todos los requisitos de calificación exigidos por el legislador.

La doctrina de los actos mixtos sitúa a la doctrina de la empresa en un callejón sin salida y obliga a afirmar que el concepto del derecho mercantil como derecho de la actividad empresarial es *exacto, pero imperfecto* (GIRÓN). Exacto porque el estudio histórico del nacimiento y evolución de la materia jurídico-mercantil permite descubrir la función constante de la mercantilidad: la materia mercantil se manifiesta como materia especial al servicio de la actividad empresarial. *Pero este concepto es imperfecto*. En primer lugar, porque, a pesar del artículo 2.º del Código de Comercio, *los criterios positivos de mercantilidad no han traducido directamente ese concepto*. La codificación mercantil, preocupada primero de fijar los límites de la jurisdicción de comercio y sólo después del derecho especial, no acierta en la identificación del criterio de la mercantilidad sustancial.

En segundo lugar, porque *no todo derecho mercantil existe en cuanto derecho de la actividad empresarial, sino que, a menudo, se requiere además que esa actividad se despliegue no en relación con el destinatario de la producción o el cambio, sino en relación con otro profesional del tráfico*.

En fin, y sobre todo, porque la doctrina de la empresa indica que, cuando existe un derecho mercantil, ese derecho gira en torno a la actividad empresarial; pero *no indica que el derecho mercantil tenga que existir como derecho privado especial*. En otros términos, si el derecho mercantil es, es derecho regulador de la actividad constitutiva de empresa:

pero la doctrina de la empresa no ofrece criterio alguno para averiguar si el derecho mercantil debe seguir siendo o existiendo. Es significativo al respecto que el propio WIELAND considerara algo secundario que ese derecho fuese un derecho especial en sentido estricto (*Sonderrecht*) o se formulase en términos de vigencia general.

**1.5.3.** *El problema de la unificación en la doctrina española de la época.* Con el nacimiento de la “Moderna Escuela del Derecho Mercantil”, íntimamente vinculada a la doctrina de la empresa, se volverá a profundizar en el problema de la unificación del derecho privado, que había sido abandonado en los primeros años del siglo xx. Las discusiones alemanas, italianas y francesas en torno a la autonomía del derecho mercantil y, sobre todo, la unificación del derecho privado en Italia tuvieron un claro reflejo en España.

94

En efecto, en el año 1942 se publican dos trabajos que incidían sobre el tema, con conclusiones diversas. Mientras GARRIGUES, en el ya clásico artículo “Hacia un nuevo derecho mercantil”, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, postulaba una articulación del derecho mercantil en torno a la idea de la empresa y, por consiguiente, una concepción profesional del mismo, que lo distinguiría plenamente del derecho civil, LANGLE, en el artículo “La autonomía del Derecho mercantil. Revisión doctrinal y nuevos derroteros”, después de pasar amplia revista a las que denominaba “escuela autonomista del Derecho mercantil” y “escuela unificadora del Derecho privado”, se pronunciaba resueltamente a favor de la obra unificadora, matizando, sin embargo, que no debía llevarse a cabo una reforma legislativa apresurada, sino que era preciso esperar hasta que se alcanzase en España una homogeneidad sustancial de las relaciones económico-privadas. Además, desarrolla la idea, ya apuntada en su Manual (2.<sup>a</sup> ed., 1941), del siguiente sistema: “La redacción de un *Código fundamental de obligaciones y contratos*,

de carácter genérico, en el cual se sentaran los principios básicos reguladores de las relaciones económico-privadas en general (civiles y mercantiles) y en la elaboración subsiguiente de una serie de *leyes particulares*, específicas, que de un modo más concreto, detallado y, sobre todo, fácilmente reformables según las mudables necesidades del comercio, desarrollasen cada materia determinada (seguros, transportes, sociedades, Bancos, etc.)”.

Pronto se demostró que hacer depender la autonomía del derecho mercantil y la unificación del derecho privado de la posición que se adoptase en torno al derecho mercantil como derecho de la empresa era una visión parcial del problema. Así, LANGLE profundizó sus ideas en el trabajo “Las directrices fundamentales del Derecho mercantil” (1947) y en el *Manual* (edición de 1950), sometiendo a crítica las tres teorías que, en su opinión, trataban de justificar la autonomía del derecho mercantil (derecho regulador de los actos de comercio, derecho de los actos en masa y derecho de la empresa) y culminó su tesis unificadora en el artículo “El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil” (1961).

En 1944, en la primera edición de su *Curso*, VICENTE Y GELLA lleva a cabo unas importantes reflexiones, que, si bien se dirigen a criticar la concepción del derecho mercantil como derecho de la empresa, no dejan de incidir en la cuestión de la unificación del derecho privado. Afirma que el derecho mercantil no es un derecho puramente subjetivo, porque se aplica también “a las operaciones realizadas por los no comerciantes cuando contraten con una empresa mercantil”, y que tampoco el criterio de los actos de comercio basta para delimitar lo mercantil, de modo que “habría que excluir del articulado de la mayor parte de los Códigos vigentes instituciones que tradicionalmente se regulan en los mismos”, concluyendo que “determinar qué debe entenderse por «materia mercantil» es, antes que nada, un problema histórico”, si bien termina pronunciándose a favor de la

especialidad del derecho mercantil, aunque sea matizada-mente: "El comercio, el tráfico ... requiere reglas especiales; en *qué Código deban incluirse, cómo hayan de ser designadas*, son cuestiones que no pueden tener la menor importancia".

En 1947, RUBIO, en el trabajo "Sobre el concepto de Derecho mercantil", tras criticar la teoría de la empresa, se inclina "por el *Código único* que, sin perjuicio de un cierto número de disposiciones sobre la profesión mercantil como tal, parece más favorable al tratamiento orgánicamente unificado de un Derecho único como lo es el Derecho patrimonial privado". Más convencido todavía de la unificación se mostrará años después en su *Introducción al Derecho Mercantil*, propugnando un Código único y una serie de leyes especiales.

96

Decidido partidario, en cambio, de la autonomía del derecho mercantil, entendido como derecho de la empresa es A. POLO. Más dubitativo se muestra URÍA, cuya primera edición de su ya clásico manual es de 1958, quien se limita a vaticinar que el derecho mercantil acabará siendo el derecho ordenador de la actividad económica.

Entre los más fervientes partidarios de la concepción del derecho mercantil como derecho de la empresa y, por consiguiente, de su autonomía, se encuentra, sin duda, GIRÓN, desde su magnífico trabajo "El concepto del Derecho mercantil" (1954). Ahora bien, con su rigor característico, GIRÓN no rechaza a ultranza la unificación del derecho privado, sino que cree que existe una mercantilidad sustancial que está por encima de la unificación formal, situándose así en una posición intermedia, que después será también utilizada por otros autores. Estas son algunas de las frases de GIRÓN: "Lo que ocurre es que hay que plantearse de nuevo lo que cada autor entienda por *especialidad* de una rama jurídica: si se exige (...) que sólo haya Derecho especial cuando ante dos instituciones dogmáticamente paralelas (v. gr.: compraventa civil y mercantil) se haga separación por un

ingrediente que no tenga nada que ver con la naturaleza jurídico-formal de la institución, o se pide ese acotamiento en conjunto, entonces habría que concluir que no hay razones para hablar de un Derecho mercantil especial: si, por el contrario, se prescinde del paralelismo de dos cuerpos con un conjunto de instituciones igualmente calcables dos a dos por razón de su naturaleza y se atiende a la continuidad de los datos económico-sociales, que como constante, explican a veces desviaciones de una institución paralela, en ocasiones figuras o instituciones propias, y todas ellas, a su vez, planteando problemas que sólo en la cúspide de la unión con la línea de la estructura económica encuentran en ella explicación, entonces no puede aceptarse el argumento que se ha venido esgrimiendo". Afirma igualmente que "la especialidad hay que verla *materialmente*, es decir, observar si, por excepción no odiosa o privilegiada respecto de normas de Derecho civil o por necesidades nuevas que el Derecho civil no ha tenido necesidad de contemplar, se dan instituciones, figuras o preceptos particulares para una realidad material específica". Y concluye afirmando que "con la separación de ordenamientos por razón de clases sociales de donde nació el Derecho mercantil, se pudo dar el caso de que, incluso sin necesidad, surgieran reglamentaciones incoordinadas y distintas de figuras conceptualmente iguales: al consumarse la evolución hacia la unidad del ordenamiento jurídico nacional y, con él, afirmarse la unidad fundamental de las Ciencias jurídicas y de su método... ha resultado que se entienden mal los fenómenos que reflejan aquella unidad de operación del sistema jurídico positivo y la manera de construir doctrinalmente la interpretación y el juego de conceptos e instituciones. En estos dos sectores de ideas tiene necesariamente que haber unidad; pero tal cosa no impide la particularidad material de un grupo de preceptos o un grupo de instituciones que se reducen a grupo justamente por la realidad económico social que sirve de explicación constante a su existencia y contenido".

En los años cincuenta, el indiscutible maestro del derecho mercantil español, JOAQUÍN GARRIGUES, inicia lo que LANGLE llamó su "conversión". En su conferencia "La crisis del Derecho mercantil contemporáneo" (publicada en 1955); en su estudio "Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil" (1959) y en la conferencia pronunciada en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el día 27 de marzo de 1962, bajo el título "Derecho mercantil y Derecho civil", al mismo tiempo que abandona, parcialmente, la concepción del derecho mercantil como derecho de la empresa, profundiza en las relaciones entre el derecho civil y derecho mercantil.

a) El abandono de la consideración del derecho mercantil como derecho de la empresa lo apoya en múltiples consideraciones: el fracaso de la doctrina en el intento de la construcción de un concepto unitario de acto de comercio, la imposibilidad de estructurar un derecho mercantil positivo sobre la base de la empresa, la dificultad de deslindar los contratos de empresa de los contratos civiles, la reacción del Estado dictando normas de derecho público que penetran en el campo mercantil.

b) Al profundizar en las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil, GARRIGUES propugna la formación de un *Código único para las obligaciones*, que es la consecuencia a la que conduce inexorablemente la expansión del derecho mercantil. A pesar de eso, afirma que el derecho mercantil sobrevivirá de dos formas: a través de las normas generales de la contratación, que serán las originariamente mercantiles, de modo que "el Derecho mercantil no desaparece, sino que más bien perdura y tiene vigor para convertir al Derecho civil en Derecho mercantil, comercializándolo", y a través de un reducidísimo conjunto de normas que seguirán constituyendo derecho especial, "porque hay instituciones mercantiles intransferibles al Derecho común": las referentes a la empresa mercantil, las relativas a los empresarios mercantiles y las atinentes a los contratos "esencial-

ente mercantiles por estar ligados inseparablemente a la actividad de la empresa mercantil”.

Propone GARRIGUES, pues, una *unificación parcial*, aunque *insustancial*, reducida a las normas generales sobre obligaciones a los contratos que se han convertido en contratos comunes, lo que le lleva a sugerir la conveniencia de tres Códigos:

a) Un *Código de las obligaciones*, que podría llamarse “Código del tráfico en general”, que contendría las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y, además, los contratos que se han convertido ya en contratos comunes, en los que no hay razón para la dicotomía ni para la regulación por partida doble a la que sigue aferrado nuestro Derecho (la venta, la permuta, el arrendamiento, la sociedad simple, el mandato, el préstamo, el depósito, la transacción, la fianza, los contratos de garantía, los contratos aleatorios), y, además, estas innovaciones: las disposiciones generales sobre títulos-valores y sus clases. Añade, sin embargo, que no se pueden incluir figuras tales como las sociedades mercantiles, los apoderamientos mercantiles, la comisión, el cheque, el registro mercantil, la contabilidad, los signos distintivos, la competencia: “¿Por qué ha de ser eso Derecho común de las obligaciones, si han sido y serán siempre instituciones genuinamente mercantiles?”.

b) Un *Código Civil*, con las instituciones típicamente civiles: persona, propiedad, familia y sucesiones.

c) Un *Código de Comercio*. Para GARRIGUES, “la unificación del derecho de obligaciones no implica la desaparición del Derecho mercantil: supone, tan sólo, la reducción del Derecho mercantil, en materia de contratos, y quizá su ampliación en materia de empresas”. Tras afirmar que “no se puede decir que el Derecho mercantil sea el Derecho de las empresas. Es una parte del Derecho de la empresa”, sostiene que el Código de Comercio debería tratar de la empresa en tres aspectos: un *aspecto personal* (los empresarios y su estatuto jurídico), un *aspecto patrimonial* (signos distintivos, competencia, contabilidad, propiedad comercial y

contratos *sobre* la empresa) y un *aspecto contractual*, en el que encuentra graves dificultades. "porque ¿hasta qué punto es justo que la intervención de una empresa en un contrato, sin más, lleve ese contrato al campo del Derecho especial? ¿Por qué me he de someter yo a un Derecho especial, por el simple hecho de contratar con una empresa?".

El criterio para determinar la mercantilidad o generalidad del contrato lo individualiza GARRIGUÉS en el dato de que la intervención de la empresa sea o no imprescindible: "hay contratos que aunque normalmente se realizan por empresas, pueden concebirse perfectamente sin que intervenga una empresa" (venta, préstamo, depósito, etc.); y "hay otro grupo de contratos que no se conciben sin la intervención de una empresa, que pertenecen, por así decirlo, ontológicamente, a la explotación mediante una empresa" (seguro, contratos bancarios, transporte, suministro).

100

Esta época culmina, sin duda, con las aportaciones de BROSEJA (1965), BERGOVITZ (1976) y VICENT (1976), que se plantean derechamente el tema de la unificación del derecho privado, a partir del magisterio de GARRIGUÉS.

Para BROSEJA, el derecho privado debería codificarse en tres partes:

a) Un *Código Civil*, que comprendería la reglamentación y las instituciones relativas a la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y los demás derechos reales.

b) Un *Código de las Obligaciones*, que contendría la teoría general de las obligaciones y de los contratos, la regulación de los contratos civiles (aquellos que no presupongan la presencia de una empresa), las disposiciones generales sobre títulos-valores, los diversos títulos-valores generalizados y los procedimientos concursales.

c) Un *Código de Comercio*, en el que se regulase al empresario individual y social y su estatuto jurídico, las normas sobre la competencia, la llamada propiedad comercial, la empresa como objeto del tráfico jurídico y los contratos de empresa.

BERCOVITZ se pronuncia más claramente a favor de la unificación del derecho privado, distinguiendo las tres materias que comprende el tradicional derecho mercantil: estatuto del comerciante o empresario, los actos de comercio y los estados de insolvencia. Tras realizar un somero análisis de las mismas, concluye que "debe afirmarse la conveniencia, a la vista de las circunstancias actuales, de proceder a la unificación del Derecho Privado. Para ello deben mantenerse las normas relativas al estatuto del comerciante o empresario mercantil, pero como normas de Derecho común. Por otra parte, debe procederse a la unificación del Derecho de obligaciones y contratos —el Derecho relativo a los Títulos-valores está unificado ya de hecho— y del Derecho concursal".

Una posición similar, aunque desde postulados diversos, es la defendida por VICENT, para quien "el Derecho mercantil... en su delimitación positiva, queda reducido en el mejor de los casos al estatuto jurídico del gran comerciante o, dicho en otros términos, al estatuto jurídico privado de las grandes empresas... se habría de reconocer como normativa común y no especial la de las obligaciones y contratos; la de la propiedad industrial; la de la propiedad de mercancías, de buques y de aeronaves; la normativa del establecimiento mercantil; la del Derecho concursal; la del Derecho marítimo [o] de la navegación... ¿Podría subsistir con este limitado contenido —el estatuto del gran comerciante o de la gran empresa— toda una disciplina jurídica basada en la especialidad de las normas? Mucho nos tememos que no".

101

**1.6.** *La conveniencia lógica de la unificación sustancial del derecho privado.*

**1.6.1.** *Las dificultades de formular un concepto científico del derecho mercantil.* Las consideraciones expuestas abren serios interrogantes sobre la posibilidad de formular un con-

cepto científico del derecho mercantil y permiten afirmar, en consecuencia, la conveniencia lógica de la unificación, tanto formal como sustancial, del derecho privado.

En efecto, la doctrina es unánime a la hora de referirse a la *historicidad* y, en consecuencia, a la *relatividad* del derecho mercantil en sus distintas vertientes:

a) Es una categoría histórica el propio *derecho mercantil*. El derecho mercantil, como derecho especial, es una solución histórica, que no tiene alcance general, pues existen en el tiempo y en el espacio ordenamientos jurídicos que carecen de derecho especial. Así, pues, no siempre ha existido una separación entre derecho civil y derecho mercantil, sino sólo a partir de la Edad Media; la separación no se ha producido en todos los sistemas jurídicos (*common law*), ni se mantiene en todos los países de *civil law* (Suiza, Italia y, más recientemente, Holanda).

102

b) Cuando y donde el derecho especial existe, no responde siempre a iguales criterios ni se positiviza del mismo modo. La *materia mercantil* es también histórica: varía en función de las circunstancias socio-económicas de una época determinada; las instituciones jurídico-mercantiles nacen, evolucionan y, en ocasiones, mueren. De este modo, instituciones que son mercantiles en un ordenamiento determinado tienen carácter civil en otro sistema e instituciones mercantiles en una época son civiles en otra.

c) En fin, es histórico el *criterio de determinación de la mercantilidad*, como lo demuestra la alternativa entre sistemas objetivos y sistemas subjetivos y la existencia de múltiples fórmulas mixtas. Todo ello parece revelar un fracaso, al menos de carácter positivo, en la determinación de la mercantilidad.

No puede extrañar por eso que cobren mayor fuerza las tesis pesimistas sobre el concepto y la autonomía del derecho mercantil. La constatación de la relatividad del derecho mercantil y de la inutilidad de la codificación separada contribuye a extender la impresión de que no es posible encontrar

rar un concepto universalmente válido del derecho mercantil que justifique su autonomía frente al derecho civil.

**1.6.2.** *La generalización de las instituciones jurídico-mercantiles.* La conveniencia lógica de la unificación del derecho privado no deriva sólo de la demostrada imposibilidad de hallar un criterio que justifique, *in abstracto*, la existencia de un derecho especial, sino, también y sobre todo de la circunstancia de que a lo largo de la historia se han ido produciendo dos claros fenómenos: la *progresiva extensión del derecho mercantil* y la *mercantilización del derecho civil*, fenómenos que tienen como presupuesto común la *generalización de las instituciones jurídico-mercantiles*.

a) Por *extensión del derecho mercantil* se entiende el *progresivo aumento de las relaciones sometidas al derecho especial*. El proceso se inicia prácticamente desde el mismo momento del nacimiento del *ius mercatorum* como derecho de los comerciantes en el tráfico profesional, al caer bajo su ámbito personas no comerciantes, y continúa de forma imparable. Como sintetiza VICENT, el derecho mercantil se extiende del comercio a la *industria*, separando a ésta del artesanado (arts. 325 y 326 C. de C.); de los contratos interprofesionales a los contratos mixtos (Alemania e Italia y, parcialmente, España) y a actos ocasionales, considerados mercantiles aunque se realicen por no comerciantes (contratos bursátiles, letra de cambio); del estatuto profesional del comerciante a todos los "empresarios mercantiles", sea por la naturaleza de su actividad ("ejercicio habitual": art. 1 C. de C.), sea por la forma (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada); de los procedimientos concursales nacidos para los comerciantes a todos los deudores insolventes.

Incluso los sectores menos proclives a ese proceso de extensión del derecho mercantil acaban influidos. Así sucede con las *profesiones liberales*, que, pese a mostrar una gran resistencia, se acercan paulatinamente al régimen de los empresarios (responsabilidad por prestación de servicios, forma-

ción de agrupaciones de interés económico, sometimiento a las normas de competencia); con la actividad artesanal, o en general, con la *pequeña empresa*, aunque tengan exigencias normativas menores; con el *sector agrícola* (la existencia de los llamados contratos de integración vertical en la agricultura produce un importante redimensionamiento de la actividad agrícola, que la aproxima claramente a la empresa); con el *sector inmobiliario*, a pesar de que en este caso la integración sea menor por la significación social de dichos bienes y por el peso específico del derecho hipotecario; con el *sector cooperativo*, que, nacido precisamente como alternativa a la actividad empresarial, acaba paradójicamente por servirse del *status* de empresario, e, incluso, con el *sector público*, que se vale cada vez más de las técnicas empresariales como medio de desburocratización (MIRSENDEZ). Después de esas constataciones poco sentido tiene seguir hablando de un derecho mercantil como un derecho especial cuando la actividad comercial ha sido completamente desbordada.

b) Por *mercantilización* se entiende el *traspaso al campo del derecho civil de principios e instituciones jurídicas nacidas en el derecho mercantil*. Especialidades surgidas para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil (mayor libertad de formas, protección a la seguridad del tráfico, presunción de solidaridad) se transplantan al derecho civil.

**1.6.3.** *La absorción del derecho especial por el derecho común.* La dificultad de formular un concepto universalmente válido del derecho mercantil y la evolución del viejo *ius mercatorum*, que se manifiesta en una *progresiva extensión de su ámbito de aplicación* y en una *simultánea mercantilización del derecho civil*, conducen lógicamente a la unificación del derecho privado.

El derecho mercantil nació como un derecho privado especial por oposición al derecho civil o común, por razón de las personas (*derecho de los comerciantes*) y, sólo como consecuencia de ello, por razón de la actividad (*derecho del co-*

ercio), contando incluso con *fuentes propias* (los usos), con *unos principios informadores* (facilitar el tráfico de mercaderías) y con un *modo de aplicación* (la "jurisdicción" corporativa). Esa especialidad ha ido diluyéndose a lo largo de los siglos y llega un momento en que no puede justificarse: el derecho mercantil ya no es el derecho de unas personas determinadas ni de una actividad concreta, carece de fuentes propias, sus principios informadores se han generalizado y ni siquiera cuenta con una jurisdicción especial. El derecho mercantil pierde su homogeneidad interna y se convierte en una simple amalgama de normas acumuladas a lo largo de la historia como consecuencia de la presión de las fuerzas económicas sin que pueda encontrarse una idea que las unifique y dote de sentido.

Hay que dejar claro, además, que, en contra de lo que muchas veces suele afirmarse, al tráfico no le interesa la existencia de un derecho especial frente a otro general, sino una normativa uniforme, sencillamente por la seguridad de régimen jurídico aplicable que ello supone. No es razonable imponer a los contratantes la carga de conocer que determinados contratos pueden estar sometidos a normas distintas, en función de que sean calificados como civiles o mercantiles, siendo evidente, además, que la doctrina y la jurisprudencia no se pronuncian de forma unánime por un criterio claro de calificación. Se afirma incluso (VICENT) que la duplicidad normativa atenta contra el deber de los poderes públicos de respetar principios constitucionales básicos como el de seguridad jurídica.

De otro lado, debe descartarse el argumento de que la unificación del derecho privado sería un inconveniente para el acercamiento internacional de las legislaciones, porque la experiencia demuestra que los países que han unificado su derecho privado participan igualmente en la labor unificadora a nivel internacional, y porque la unificación internacional lleva muchas veces aparejada una *superación* de las normas civiles y mercantiles (v. gr., el Convenio de Viena sobre venta

internacional, de 11 de abril de 1980, establece expresamente que su aplicación se producirá sin consideración al carácter mercantil o civil de las partes o de los contratos).

La *civilización*, es decir, la *absorción del derecho especial por el derecho privado general*, debería ser el destino inevitable del derecho mercantil. Ello no sería más que la *consecuencia lógica de la evolución del derecho especial*: su definitiva generalización no sería más que la culminación de esa tendencia expansiva. Es probable, por ello, que esa civilización fuera al mismo tiempo comercialización o mercantilización del derecho civil. Así, señala GARRIGUES que "no es fácil decir, hablando propiamente, si hay *comercialización* del Derecho civil o *civilización* del Derecho comercial. En mi opinión, si lo que subsisten son las normas mercantiles que pasan al Derecho común, lo que en definitiva ha de sobrevivir, prescindiendo de los nombres, será un Derecho mercantil". Como señaló ASCARELLI, cuando los principios del derecho especial se convierten en comunes, el derecho especial desaparece porque ya no tiene sentido una regulación distinta de la común. El derecho mercantil pierde su autonomía cuando sus principios triunfan sobre los comunes: "el derecho mercantil muere en el momento de mayor triunfo".

106

Pero donde importa poner el acento no es en la comercialización o en la civilización, sino en la conveniencia de la unificación. *Si el nacimiento del derecho mercantil se explica por la insuficiencia, incapacidad o incompetencia de las instituciones civiles para atender a las exigencias de un sector de la realidad, su desaparición debe producirse cuando deje de cumplir la función que justificó su génesis y/o cuando el ordenamiento privado general asume esa función. Cuando el derecho común es capaz de asimilar las exigencias de los operadores económicos —cualquiera que sea la causa de ello—, el derecho mercantil debe dejar de existir.*

El paso siguiente consistiría en determinar si la unificación habría de realizarse mediante la confección de un

*único código* para las materias que constituyen tradicionalmente derecho civil y mercantil o si, por el contrario, ha de marcharse hacia un sistema de *leyes especiales*, que se situarían al lado de un Código único. Ciertamente, la solución preferible sería esta última. En primer lugar, porque, como puede constatarse fácilmente, la denominada "descodificación" es ya un hecho en el ámbito del derecho privado, en las más variadas materias.

En segundo lugar, porque, como ya señalaba LANGLEL, a comienzos de los años cuarenta, postulando la redacción de un *Código fundamental de obligaciones y contratos* y la elaboración complementaria de un conjunto de *leyes particulares*, sectoriales, que desarrollasen cada materia determinada, mientras el Código "establecería los principios comunes en el orden civil y mercantil, las normas directrices fundamentales" y "representaría la integración de las instituciones y reglas en una unidad sistemática", "en leyes especiales se daría desarrollo y reglamentación técnica a cada una de las instituciones mercantiles que lo reclamaban... cumplirían fines de especialización, más concretos y subalternos". Como señalaba ASCARELLI, al mismo tiempo que se reclama la unificación del derecho civil y del mercantil, se reclaman las autonomías de las singulares ramas, antes comprendidas en el derecho civil o en el derecho mercantil.

En tercer lugar, porque ese sistema de leyes (de competencia, de derecho industrial, de sociedades, de títulos, de compraventa, de seguros, de transporte, del mercado de valores, de banca, concursal, etc.) *sustituiría ventajosamente la vieja contraposición derecho general/derecho especial por otra nueva derecho general/derechos especiales*, ya que *esas leyes podrían contener el régimen jurídico total —público y privado— de una determinada institución o de un determinado sector, que diera adecuada cabida a todos los intereses del tráfico*. En efecto, en los últimos años, el derecho privado ha sufrido importantes transformaciones, lo que incide evidentemente sobre el tema de su unificación.

internacional, de 11 de abril de 1980, establece expresamente que su aplicación se producirá sin consideración al carácter mercantil o civil de las partes o de los contratos).

La *civilización*, es decir, la *absorción del derecho especial por el derecho privado general*, debería ser el destino inevitable del derecho mercantil. Ello no sería más que la *consecuencia lógica de la evolución del derecho especial*: su definitiva generalización no sería más que la culminación de esa tendencia expansiva. Es probable, por ello, que esa civilización fuera al mismo tiempo comercialización o mercantilización del derecho civil. Así, señala GARRIGUES que "no es fácil decir, hablando propiamente, si hay *comercialización* del Derecho civil o *civilización* del Derecho comercial. En mi opinión, si lo que subsisten son las normas mercantiles que pasan al Derecho común, lo que en definitiva ha de sobrevivir, prescindiendo de los nombres, será un Derecho mercantil". Como señaló ASCARELLI, cuando los principios del derecho especial se convierten en comunes, el derecho especial desaparece porque ya no tiene sentido una regulación distinta de la común. El derecho mercantil pierde su autonomía cuando sus principios triunfan sobre los comunes: "el derecho mercantil muere en el momento de mayor triunfo".

106

Pero donde importa poner el acento no es en la comercialización o en la civilización, sino en la conveniencia de la unificación. *Si el nacimiento del derecho mercantil se explica por la insuficiencia, incapacidad o incompetencia de las instituciones civiles para atender a las exigencias de un sector de la realidad, su desaparición debe producirse cuando deje de cumplir la función que justificó su génesis y/o cuando el ordenamiento privado general asume esa función. Cuando el derecho común es capaz de asimilar las exigencias de los operadores económicos —cualquiera que sea la causa de ello—, el derecho mercantil debe dejar de existir.*

El paso siguiente consistiría en determinar si la unificación habría de realizarse mediante la confección de un

*único código* para las materias que constituyen tradicionalmente derecho civil y mercantil o si, por el contrario, ha de marcharse hacia un sistema de *leyes especiales*, que se situarían al lado de un Código único. Ciertamente, la solución preferible sería esta última. En primer lugar, porque, como puede constatarse fácilmente, la denominada "deseodificación" es ya un hecho en el ámbito del derecho privado, en las más variadas materias.

En segundo lugar, porque, como ya señalaba LANGLE, a comienzos de los años cuarenta, postulando la redacción de un *Código fundamental de obligaciones y contratos* y la elaboración complementaria de un conjunto de *leyes particulares*, sectoriales, que desarrollasen cada materia determinada, mientras el Código "establecería los principios comunes en el orden civil y mercantil, las normas directrices fundamentales" y "representaría la integración de las instituciones y reglas en una unidad sistemática", "en leyes especiales se daría desarrollo y reglamentación técnica a cada una de las instituciones mercantiles que lo reclamasen... cumplirían fines de especialización, más concretos y subalternos". Como señalaba ASCARELLI, al mismo tiempo que se reclama la unificación del derecho civil y del mercantil, se reclaman las autonomías de las singulares ramas, antes comprendidas en el derecho civil o en el derecho mercantil.

En tercer lugar, porque ese sistema de leyes (de competencia, de derecho industrial, de sociedades, de títulos, de compraventa, de seguros, de transporte, del mercado de valores, de banca, concursal, etc.) *sustituiría ventajosamente la vieja contraposición derecho general/derecho especial por otra nueva derecho general/derechos especiales*, ya que *esas leyes podrían contener el régimen jurídico total —público y privado— de una determinada institución o de un determinado sector, que diera adecuada cabida a todos los intereses del tráfico*. En efecto, en los últimos años, el derecho privado ha sufrido importantes transformaciones, lo que incide evidentemente sobre el tema de su unificación.

2. El proceso de transformación del derecho privado y sus consecuencias sobre la unificación. Sectorialización del derecho privado.

2.1. *La crisis del derecho privado codificado.*

El derecho privado reflejado en la codificación europea del siglo XIX responde a un modelo económico-social determinado, el modelo liberal-burgués, que se apoya en unos presupuestos jurídicos considerados como auténticos "derechos naturales": la propiedad privada, la libertad de comercio, la libertad de contratación. Ese "orden natural" se va erosionando progresivamente y se produce el *tránsito del Estado liberal al Estado social*: se cuestiona el funcionamiento del sistema de mercado y crece la injerencia del Estado en la economía. Se llega así a la *economía social de mercado*, lo que produce consecuencias importantes en el derecho privado.

108

Se aprecia, en efecto, una *clara transformación de las características tradicionales del derecho privado, que se democratiza o socializa* (GARRIGUES, URÍA, GIRÓN, MENÉNDEZ, DUQUE, GONDRA). Particularmente llamativa es la progresiva infiltración de normas de derecho público. Es indudable que el derecho mercantil ha estado en permanente relación con el derecho público: no sólo porque público es el origen de instituciones como la sociedad anónima, o por la frecuente identificación entre las nociones de interés público y de interés general del tráfico profesional, que explica —por ejemplo— la naturaleza pública del procedimiento de quiebra, sino sobre todo por la circunstancia de que, para los profesionales del tráfico, el derecho público ha constituido siempre el marco para el ejercicio de la actividad empresarial. Además, el derecho mercantil no ha sido nunca derecho exclusivamente privado; el propio Código de Comercio de 1885 contiene preceptos de derecho público.

Ahora bien, la influencia del derecho público se hace

más intensa, desarrollándose en un doble plano: a través del solapamiento de normas privadas y administrativas en la regulación de muchas instituciones y mediante la orientación intervencionista de la regulación de la actividad económica. Aunque en los últimos años el intervencionismo económico retrocede considerablemente, lo cierto es —como señala M. NÉNDEZ— que la intensa —y extensa— regulación de las actividades económicas realizada al amparo de la economía social de mercado y las grandes modificaciones experimentadas en la producción, la distribución y el consumo han modificado las tradicionales relaciones entre el derecho público y el derecho privado y parecen conducir a una *instrumentalización del derecho privado (desprivatización)*, en función de las finalidades perseguidas por la ordenación pública de la economía.

Muchas son ya las manifestaciones de la transformación del derecho privado: al lado de la elaboración del llamado *derecho de los consumidores*, que influye decisivamente en el problema de la unificación del clásico derecho privado, pueden destacarse la tendencia hacia la democratización de la empresa, a través de la participación en su *gestión de los trabajadores y de la administración del Estado* y de una mayor *información* a todos los niveles; la introducción de *límites al ejercicio de los derechos subjetivos*; la previsión de normas de *control de las condiciones generales de los contratos*, tanto formales (inclusión en un documento) como sustanciales (contenido de las cláusulas); el *control público* de las más importantes actividades (bancaria, aseguradora, bursátil y de transporte), e incluso la *modificación del tradicional derecho concursal*, pues no sólo se postula una reorganización de la empresa, que posterga en mayor o menor medida los intereses individuales del deudor y de los acreedores, sino que incluso se sustituye por procedimientos administrativos.

No es de extrañar por ello que surjan nuevos intentos sistematizadores, de diverso signo, entre los que destacan la

“nueva” disciplina del *“derecho económico”* y la consideración del derecho mercantil como *derecho del mercado*.

A) Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el *derecho económico* constituyó un intento de enmarcar jurídicamente la complejidad de la actividad económica. En realidad, el derecho económico proyecta su vigencia sobre el mismo ámbito que el derecho mercantil tradicional, pero con un sentido distinto, como expresión directa del poder del Estado en la vida económica. Esta nueva orientación doctrinal, que, en un primer momento, tuvo una pretensión puramente metodológica, derivó después hacia la elaboración de una nueva disciplina jurídica cuyo objeto era la regulación de la intervención del Estado en la economía.

110

Además, el concepto de “derecho económico” entra también en crisis. No sólo porque empieza a cuestionarse la idea misma de la intervención estatal en la economía, sino sobre todo porque no existe un mínimo acuerdo doctrinal sobre su contenido y esencia. En España, la constitucionalización de la “legislación mercantil” parece cerrar el paso a la configuración de un “derecho económico”.

B) Entre los intentos de ofrecer una explicación coherente y un concepto del derecho mercantil destaca el que afirma que se ha producido un tránsito del derecho mercantil, entendido como derecho de la empresa, a un derecho del tráfico económico o derecho del mercado, como centro de la constitución económica, de modo que el *criterio delimitador de la materia mercantil pasaría de la empresa al mercado* (MENÉNDEZ, DUQUE).

En el derecho mercantil como derecho del mercado el papel de la *empresa* seguiría siendo protagonista: constituiría el operador más importante —aunque no el único— del mercado. A su lado, aparecen el *Estado* y, sobre todo, los *consumidores*. Pero el centro del nuevo derecho del mercado sería, sin duda, el *derecho de la competencia*, que englobaría la regulación de los derechos de propiedad industrial, la regulación de la competencia desleal, la disciplina *antitrust*

la tendencia hacia las concentraciones empresariales, y cuya misión fundamental sería controlar el poder económico privado, el *poder de mercado*, frente a las naturales aspiraciones del empresario a conquistar posiciones de dominio.

Dejando a un lado la apreciación de que la explicación etimológica no sería correcta, porque la palabra "mercantil" no alude al mercado, sino al "mercader", el mayor problema se plantea —al igual que con la consideración del derecho mercantil como derecho de la empresa— con el término "mercado", que se toma en préstamo de la ciencia económica. El concepto económico de mercado es tan general (lugar y/o modo de intercambio entre varios sujetos, mecanismo de distribución de bienes o servicios conforme al libre funcionamiento de los precios, etc.), que deberá ser precisado por el jurista, tarea que hasta ahora ha resultado infructuosa.

Por otro lado, la concepción del derecho del mercado —como la del derecho de la empresa— no tiene en cuenta que existen tantos mercados como bienes y servicios, algunos de ellos sin regular y otros "hiperregulados", y, en todo caso, con diferencias fundamentales: en poco se parecen el mercado de bienes de consumo, el mercado inmobiliario y el mercado de trabajo.

En resumen: si la empresa no ha constituido un criterio técnico seguro para acotar la materia mercantil ni ha permitido averiguar tampoco si en unas concretas coordenadas espacio-temporales una determinada materia es civil o mercantil, parece que tampoco el mercado puede constituirlo, sin perjuicio de la utilidad del recurso para explicar, al menos parcialmente, lo que en un momento determinado se incluye en el derecho mercantil.

Así, el propio MENÉNDEZ se pregunta si la construcción del derecho del mercado no será sino un esfuerzo de la doctrina para asegurar la supervivencia del derecho mercantil y superar la crisis producida en el seno de ese derecho especial y privado, y si será mejor empezar a pensar que

no resulta posible individualizar un sector de la realidad económica con el que identificar la materia mercantil.

## 2.2. *Hacia la unificación sectorial del derecho privado.*

Son, sin duda, las plurales normas dictadas en defensa de los consumidores, que han llevado a hablar de un "derecho de los consumidores" como nueva rama separada y han suscitado la polémica de su "adscripción" al derecho civil o al derecho mercantil, las que más inciden en el problema de la unificación del derecho privado, pues en ellas se aprecia claramente la transformación experimentada por el derecho privado.

112 La normativa de *protección de los consumidores* surge como consecuencia necesaria de la evolución sufrida por el mercado en los países desarrollados. La imagen de una economía autorregulada en la que el consumidor decidía sobre la producción eligiendo libremente la cantidad y la clase de bienes o servicios que deseaba nunca se correspondió con la realidad. Si a ello se une la circunstancia de que los Códigos decimonónicos partían del erróneo principio de igualdad entre las partes contratantes, se comprenderá por qué los distintos legisladores han ido poniendo en vigor un conjunto de normas que, controlando la actividad de las empresas, tratan de mejorar la posición de los consumidores en el mercado.

Esa normativa produce una alteración sustancial del derecho privado. Sectores como el derecho de la competencia, el derecho cambiario, el de la responsabilidad civil y, sobre todo, el de la contratación están viendo modificados sus fines, principios o criterios de aplicación por la necesidad de tener en cuenta los intereses de los consumidores.

Como consecuencia de ello, el "derecho de los consumidores" incide claramente en el problema de la unificación del derecho privado, modificando parcialmente la perspectiva. Si con anterioridad se constataba una progresiva genera-

zación de las instituciones jurídico mercantiles a través de la extensión del derecho mercantil y de la comercialización del derecho civil, que había llevado a afirmar la conveniencia y la oportunidad de proceder a una unificación del derecho privado, sustancialmente mercantilizada, en los últimos años, y por influjo del llamado *derecho de los consumidores*, se aprecia, simultáneamente, una cierta *desmercantilización* de la vida social (GIRÓN, MENENDEZ, FONT GALAN).

Esta desmercantilización del derecho privado no supone un alejamiento del derecho mercantil ni la búsqueda de un refugio en el Código civil, como, a veces, se ha pretendido, ni, por lo que ahora interesa, obstáculo alguno a la unificación del derecho civil y del derecho mercantil. En efecto, como se ha puesto de manifiesto, la conveniencia de la unificación no se justifica ya sólo por el proceso de generalización de las instituciones jurídico-mercantiles, que se mantiene, aunque sea parcialmente modificado y reconducido por la exigencia social y jurídica de la defensa de los consumidores, sino también en virtud de un proceso de recreación normativa que se realiza mediante una fusión de lo público y lo privado y una *integración* (distinta de la *absorción*) de lo civil y lo mercantil sobre nuevas bases (FONT GALAN).

No han faltado, sin embargo, otras interpretaciones de esa normativa, como la que afirma, llevando a sus últimos extremos la idea del *destinatario* de la misma, que la existencia de un derecho de los consumidores implica la existencia de *tres regímenes jurídico-privados* distintos en atención a quienes sean los sujetos intervinientes: un derecho de las empresas (*Unternehmensrecht*), que comprendería el tráfico jurídico interempresarial; un derecho del consumidor (*Verbraucherrecht*), aplicable a las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, y el derecho civil (*Bürgerrecht*), que regularía las relaciones entre los particulares.

Pero como se ha indicado el fenómeno es más complejo y trasciende al derecho privado. Las normas de protección

de los consumidores son, ante todo, normas de protección del modelo económico diseñado en la Constitución. Es muy ilustrativo, a estos efectos, el contenido del artículo 1.1.H de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que afirma que, "en todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 (libertad de empresa) y 128 (iniciativa pública en la economía) y con sujeción a lo establecido en el artículo 139" (unidad de mercado). No se trata tanto de crear un *tertium genus* junto al derecho civil y al mercantil cuanto de superar la tradicional configuración del derecho privado y la distinción entre derecho privado y público.

114

No deja de ser significativa al respecto la declaración contenida en el artículo 7 de la misma Ley, a cuyo tenor "los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, *aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles* y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio". Es decir, *las normas (generales) de la Ley de Consumidores se aplican preferentemente a las normas civiles y mercantiles*. Por lo demás, esa preferencia se deduce también de su consideración de *Ley General* que desarrolla un *mandato constitucional* (arts. 51 CE y 1.2 LGDCU) y consagra un *principio general del ordenamiento jurídico* (art. 1.1 LGDCU), público y privado, civil y mercantil, y de las propias palabras del Preámbulo (FONT GALAN).

Una segunda consideración resulta todavía más evidente, si se tiene en cuenta que la propuesta se limita, en realidad, al derecho de la contratación: si el Código civil y el Código de Comercio no satisfacen hoy en día las necesidades del tráfico, no parece lógico pensar que la adición de un "tercer sistema" del derecho de la contratación fuera a solucionar las cosas. Si ya resulta confuso deslindar los contratos civiles de los mercantiles, *parece evidente que la intro-*

ción de un tercer régimen de contratos aumentaría la confusión. En particular, con esa distinción se reproduciría, con grave daño para la *seguridad jurídica*, toda la añeja problemática de los *actos de comercio*, ya que sería absolutamente necesario calificar el contrato y, en muchas ocasiones, esa calificación conllevaría desigualdades de trato. En efecto, producida la distinción entre contratos celebrados por un empresario con otros empresarios o con consumidores, surgiría inmediatamente la duda de si no sería justo —e incluso exigido por el principio de paridad de trato de rango constitucional— equiparar a los *pequeños y medianos empresarios* con los consumidores.

Lo más razonable, pues, es el *replanteamiento de la codificación separada y la reconstrucción de un derecho privado (y público) del tráfico que tenga en cuenta las características de la moderna contratación*, empezando (BERCOVITZ) por “reconocer que determinados principios generales están en crisis y deben ser reelaborados para que puedan seguir cumpliendo su función”. Desde esta perspectiva cabe afirmar incluso (FONT GALAN, BUSTOS) que el llamado “derecho del consumo” puede servir de *catalizador* para la unificación del derecho de la contratación (resulta emblemático el ejemplo del Código civil holandés que “consolida” las normas de las tres pretendidas “ramas”).

Por todo ello, no puede sorprender que, al mismo tiempo que se vuelve a hablar de la *disolución* del derecho mercantil (MENÉNDEZ, VICENT), se hable también de la desintegración del derecho privado tradicional. Como afirma MENÉNDEZ, “los privatistas debemos reconocer la imposibilidad de mantener el sistema del derecho privado tradicional. El derecho del siglo XIX de una sociedad individualista y liberal fue sustancialmente derecho privado; el derecho del siglo XX ha sido el derecho de la crisis de esa sociedad; el derecho del siglo XXI será el derecho de una sociedad post-industrial y tecnificada. Ya no será, sin duda, otro siglo de derecho privado del viejo *ius mercatorum* puesto al día.

Entonces sí se podrá decir, aunque sea con un alcance muy distinto al de la simple comercialización del derecho civil, que el derecho mercantil «muere en el momento de su mayor triunfo». Ya GARRIGUES llegó a decir que “pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del Derecho mercantil frente al Derecho civil. Mientras —como buenos hermanos— mercantilistas y civilistas se entretienen en estas querellas familiares, el Derecho privado del tráfico, llámese civil o mercantil —que eso es lo que menos importa— va siendo reemplazado por un Derecho distinto de carácter público y social”.

116

No es posible entrar ahora en la polémica existente en torno a la posibilidad o no de una *codificación*; pero sí parece oportuno señalar que, en el ámbito de que se trata, la desaparición de los Códigos es ya una realidad, que responde tanto a razones puramente técnicas (la imposibilidad de reunir en un cuerpo legal todas las numerosas y complejas normas reguladoras del tráfico) como ideológicas (la crisis de las ideas que propiciaron la codificación supone, como consecuencia lógica, la crisis de los propios códigos), de modo que la solución de las *leyes sectoriales*, como afirma MENENDEZ, “es un camino medio, igualmente distante de una codificación ahora inviable o improcedente y de una *descodificación* acelerada y anárquica”.

La técnica de las leyes especiales permitiría, mejor que cualquier otra, la *integración de los aspectos privados y públicos de las diversas instituciones, llegando así a la superación de la dualidad derecho civil/derecho mercantil, que sería sustituida por un nuevo enfrentamiento derecho general/derechos especiales*.

Esa técnica presenta, en fin, la innegable ventaja de conseguir una legislación más fluida y, en consecuencia, fácilmente modificable para adaptarla a las cambiantes circunstancias. Así, indica GIRÓN que “posiblemente podría pensarse que con grandes Leyes que tengan conciencia de su recíproca concordancia y de su relación con el Derecho

vil, se podía tender simultáneamente a la finalidad básica seguridad jurídica y a la permanencia de la concordancia de la legislación con el proceso evolutivo de la estructura social”.

La desmembración del derecho del tráfico y su consiguiente sectorialización aparecería avalada finalmente por la *disgregación didáctica del derecho mercantil*. El fenómeno, de cierta raigambre en otros países (v. gr., Italia, Alemania), comienza a producirse en España, donde —por influencia, sin duda, de los nuevos planes de estudios— aparecen cursos de derecho de sociedades, derecho bancario, derecho bursátil, derecho concursal, etc., y lo mismo sucede a nivel de manuales. Por esta vía es probable que se acabe desembocando en una *especialización* de signo distinto.

3. El problema de la unificación en la doctrina española actual.

117

Aunque el tema de la unificación del derecho privado apenas ha sido afrontado recientemente de una forma monográfica, puede afirmarse que la práctica totalidad de la doctrina mercantilista defiende la unificación del derecho civil y del mercantil.

El planteamiento no es siempre diáfano, pero lo que se postula, normalmente, como ya se señaló en las primeras páginas, es una unificación *formal* y *parcial* del derecho mercantil y del derecho civil.

MENÉNDEZ afirma expresamente la superación de la división derecho civil/derecho mercantil, hablando incluso del “error que supuso la otra gran pretensión de nuestro codificador mercantil: la independencia del Derecho mercantil como Derecho especial de las obligaciones frente al Derecho civil”, añadiendo que “la pretendida *independencia* del Derecho mercantil codificado va, pues, contra corriente, porque parece evidente que todo aquel proceso de *comercialización* debía conducir más bien a la *generalización* del De-

recho Mercantil, es decir, al desplazamiento del viejo Derecho civil patrimonial por el nuevo Derecho mercantil, *culminado así el proceso en la consiguiente unificación del Derecho de obligaciones*".

Más recientemente, el propio MUNEDEZ aboga por la "superación de la *unidad del sistema* del Derecho mercantil que hemos conocido, por un *sistema de unidades* con el desarrollo de otros tantos sectores básicos de aquel Derecho, ahora con el impacto público y social del nuevo ordenamiento, y no ya como unos simples *Derechos informativos*".

SÁNCHEZ CALERO limita la necesidad de la unificación al derecho de obligaciones y contratos, como medio de "racionalizar su normativa evitando sus carencias, oscuridad y contradicciones".

118 OLIVENCIA no niega la posibilidad e incluso la conveniencia de la unificación del derecho privado, aunque ve un obstáculo importante en la consagración constitucional de la distinción entre derecho civil y derecho mercantil.

BERCOVITZ profundiza en su idea unificadora, a partir del derecho del consumo, y afirma que "parece imprescindible dar un paso más y considerar que el Derecho mercantil tiene que ser sustituido por un Derecho privado del tráfico económico", que incluiría las siguientes partes: El estatuto de los empresarios como sujetos profesionales del tráfico, con inclusión de las normas administrativas impuestas para el acceso a la condición de empresario, a través de las cuales se puede proteger a los consumidores; los principios ordenadores del tráfico económico —fundamentalmente, el derecho de la competencia, establecidos en interés de empresarios y consumidores; los objetos especiales del tráfico económico, fundamentalmente los títulos-valores; el derecho unificado de obligaciones y contratos, y el derecho concursal unificado, que también tomaría en consideración el interés de los consumidores.

GONDRA, pese a reconocer el derecho mercantil como derecho de la empresa, afirma que "la tendencia general va

la línea de la *conversión de aquel Derecho Mercantil... en derecho patrimonial común*, al generalizarse actualmente tales exigencias normativas a la mayor parte del tráfico económico, como consecuencia de la práctica generalización a su vez del aparato organizativo, propio y específico en otro tiempo del comercio, al conjunto de las actividades económicas de producción y distribución de bienes en la economía moderna".

SUÁREZ-LIÑANOS, se muestra partidario de la unificación completa del derecho de obligaciones sobre la base de dudar de la corrección dogmática de la categoría de los contratos de empresa. En sus *Elementos de teoría general del derecho patrimonial*, que constituyen, según sus propias palabras, unos Prolegómenos a la exposición sistemática de un curso de *Derecho privado de la economía*, parece dar por hecha la unificación.

ROJO no ve tampoco graves problemas para la unificación del derecho privado, considerándolo, además, como la "culminación lógica" de su evolución.

VICENT, en su *Compendio*, se pronuncia a favor de la *sustitución* del sistema vigente en materia de obligaciones y contratos por otro nuevo, "seguramente en forma de un Código de Obligaciones y Contratos, con el marco general básico de la contratación y *suprimiendo la dicotomía civil/mercantil*", añadiendo que "una alternativa más ambiciosa... de unificar todo el Derecho privado en un Código civil de nuevo cuño, siquiera con predominio del Derecho de obligaciones, podría ser más complicada", y, con carácter general, afirma que la unificación "parece ineludible en las legislaciones continentales conforme se supera un determinado nivel de homogeneización de la economía, que hace injustificada la contraposición de actividades «mercantiles» y «actividades civiles»", si bien acaba afirmando la especialidad del derecho mercantil por encima de la reunificación legislativa, "siquiera sea por la necesaria división del trabajo de los juristas".

Mucho más rotundo se muestra VICENT en un reciente trabajo realizado en homenaje a Broseta, al señalar que “el núcleo normativo del Derecho mercantil en sentido estricto... ha sufrido varios fenómenos normativos que conducen o deben conducir, *inexorablemente, a la unificación, formal y también material, de todo el Derecho privado y, por tanto, a la desaparición del Derecho mercantil concebido en aquel sentido, como «Derecho especial»*”, y concluir que es necesario proceder a la “unificación inmediata del Derecho privado, abandonando la división en Derecho mercantil y Derecho civil y la propuesta de tres «Códigos» defendida en su día por los Profesores GARRIGUES y BROSETA. La unificación se haría de una sola vez, como en Argentina, bien con la promulgación en un solo acto de un único Código civil, o de manera progresiva, pero con arreglo a plan, como en el caso del Código civil de Holanda. Para ello debería preverse la derogación del Código de Comercio como tal cuerpo sistemático (con la desaparición de las especialidades normativas sobre el comerciante y los actos y contratos mercantiles) y el traslado de sus contenidos vigentes a leyes especiales —por la materia— cuya normativa supletoria sería el Código civil: Leyes de sociedades, de contratos de gestión, de contratos bancarios, de contrato de transporte, de insolvencia, de navegación marítima y de navegación aérea, entre otras”.

FONT GALAN afirma igualmente —como ya se señaló— la conveniencia de la unificación, si bien no cifrada ya en la comercialización del derecho privado, sino en la “integración —que no «absorción»— de lo civil y mercantil sobre nuevas bases y presupuestos político-jurídicos democráticos, funcionales y solidarios”.

BUSTOS afirma la necesidad de acometer la *recreación* de un derecho patrimonial privado general, “a partir de los elementos existentes proporcionados por el Derecho civil, mercantil y de consumo, más la experiencia extranjera y un conocimiento cabal de nuestra práctica forense”.

En un sentido claramente contrario se pronuncia FIGUEROA, quien llega a postular la radical autonomía del derecho mercantil, al que otorga la calificación de "ordenamiento jurídico": "Quiero decir que la última etapa —ya recorrida en otros países— en la absorción del ordenamiento mercantil por el ordenamiento civil no lleva más que a la aniquilación de uno de los dos con el consiguiente sacrificio del grupo social al que servía y de sus fines o la creación de un ordenamiento híbrido, inservible o gravemente perjudicial para ambos grupos. No hace falta una gran agudeza para sospechar qué intereses —civiles o mercantiles— quedan sacrificados con aquella absorción".

### III. La unificación legislativa del derecho privado como necesidad. Los problemas derivados de la dualidad de regímenes. La realidad de la unificación legislativa

121

#### 1. Consideración general.

Las dudas que pudiera suscitar la *unificación sustancial* del derecho privado, como consecuencia lógica de su propia evolución, no pueden, desde luego, reproducirse respecto de la *unificación formal o legislativa*, que resulta absolutamente necesaria, y cuya realización acabaría incidiendo forzosamente en la unificación sustancial.

Además, una sucinta consideración de la legislación más reciente muestra bien a las claras que, a pesar de las contradicciones existentes, recientemente denunciadas por VICENT, la unificación legislativa del derecho privado más que un simple deseo de la doctrina empieza a constituir una verdadera, aunque parcial, realidad legislativa. El avance en la unificación se produce por diferentes vías. Unas veces, simplemente, se produce el fenómeno de *generalización* que se ha comentado: otras veces, hay verdadera unificación, que puede ser *implícita*, cuando, sin entrar en el problema

de la dualidad de instituciones, se establecen principios comunes (v. gr., Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley Cambiaria y del Cheque; Ley de Crédito al Consumo), o incluso *explicita*, cuando se promulga una ley común para las instituciones anteriormente duplicadas (v. gr., Ley de Contrato de Seguro).

Es tradicional (VIVANTE, RIBERI, y en España GARRIGUES, BROSETA y BERCOVITZ), realizar el análisis de la unificación del derecho privado distinguiendo las materias de las que se ocupa el derecho mercantil, que, en un excesivo esfuerzo de síntesis, pueden reducirse a las siguientes: el empresario, las sociedades mercantiles, los títulos-valores, las obligaciones y contratos mercantiles, la suspensión de pagos y la quiebra y el derecho marítimo o de la navegación.

122

Al plantear el problema de la necesidad de la unificación legislativa, esas materias no merecen, evidentemente, idéntica consideración, porque la duplicidad normativa sólo existe realmente en el derecho de sociedades, el derecho de las obligaciones y contratos y el derecho concursal. Ello permite dejar fuera de esa perspectiva el *derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, que no sólo trasciende la contraposición derecho civil/derecho mercantil, sino incluso la división derecho público/derecho privado, y el *derecho de los títulos-valores*, que, como se reconoce de forma unánime, al tener características propias, podría perfectamente integrarse en el derecho común, si bien ambas materias resultan significativas desde el punto de vista de los avances existentes en la unificación legislativa. Por el contrario, el *derecho marítimo* (o en su vertiente más amplia el *derecho de la navegación*), queda completamente fuera del análisis, ya que se le reconoce normalmente autonomía y poco o nada incide en la cuestión de la unificación del derecho privado.

Dos observaciones generales resultan todavía necesarias:

a) En primer lugar, que *la duplicidad de regulaciones afecta a menos cuestiones de las que podría pensarse en una visión simplista del problema* y que casi todas ellas se expli-

can por la *precedencia temporal del Código de Comercio sobre el Código civil*, que obligó al legislador mercantil a tomar partido en materias que no correspondían en absoluto a un derecho especial (un ejemplo evidente lo constituye la regulación especial de las acciones rescisorias por fraude de acreedores en el procedimiento de quiebra), y también por la *propia "edad" del Código civil*, que ha impedido que se generalizaran soluciones nacidas en el derecho especial (al contrario de lo que sucedió, por ejemplo, en Alemania a finales del siglo XIX).

Si se tiene en cuenta, además, que la duplicidad normativa no significa siempre diversidad de régimen jurídico, porque en muchas ocasiones las soluciones de los dos Códigos son idénticas, se comprenderá que en el derecho español la tarea unificadora no sería tan ardua como a veces se ha insinuado.

b) En segundo lugar, que, en contra de lo que se ha sostenido reiteradamente, *no existe especialidad alguna del derecho mercantil en materia de fuentes*, lo que podría también dificultar la labor unificadora. La afirmación tradicional de que el artículo 2 del Código de Comercio regula las *fuentes del derecho mercantil* (URÍA, GONDRA), consagrando la preferencia de la costumbre mercantil sobre el derecho común en todo caso, debe ser rechazada porque esa es una cuestión que pertenece a la *teoría general de las fuentes del derecho*, de modo que el derecho mercantil ni plantea ni puede plantear especialidad alguna (DE CASTRO).

En realidad, como ha demostrado ALEARO, de lo que se ocupa el artículo 2 del Código de Comercio es de determinar el *orden de prelación de las fuentes de integración del contrato mercantil*, por lo que constituye el equivalente al artículo 1.258 del Código civil, del que separa anteponiendo al derecho dispositivo supletorio de segundo grado (el derecho común) los usos de comercio, pero colocando éstos, al igual que el artículo 1.258 del Código civil, tras el derecho dispositivo legal de primer grado (el derecho mercantil). De

acuerdo con ello, las normas del derecho común a las que se remiten los artículos 2 y 50 del Código de Comercio no son las mismas. El artículo 2 invoca las normas integradoras de los contratos del derecho común: las *normas dispositivas de cada tipo contractual* (v. gr., arts. 1.445 ss. C.c., en materia de compraventa) y las *normas dispositivas sobre obligaciones* (arts. 1.088 ss. C.c.). El artículo 50 se refiere a los "requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes", es decir, a las *normas imperativas sobre los contratos* (arts. 1.261 ss. C.c.), que resultan, pues, *directamente aplicables a los contratos mercantiles*. En consecuencia, puede afirmarse ya que *el Código de Comercio omite, consciente y deliberadamente, la regulación de una "teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles"*.

## 2. El estatuto jurídico del empresario.

### 2.1. Consideración general.

Las cuestiones relativas a esta materia (noción de comerciante o empresario, individual y social, sus obligaciones profesionales, sus auxiliares, el sometimiento a las normas sobre competencia, los signos distintivos y las patentes que utilizan, el establecimiento mercantil) carecen, en su mayoría, de regulación en el derecho común, por lo que en nada afectarían a la unificación legislativa o formal del derecho privado.

Según una afirmación generalizada (RIPERI, BROSETA, BERCOVITZ), existe una parte del derecho mercantil que no es susceptible de generalización: el estatuto del empresario. Sin embargo, dejando a un lado la circunstancia de que no parecería lógico construir un derecho especial sobre una base tan exigua, siendo más congruente integrar dicho estatuto en un derecho profesional general, o, con un criterio más práctico, recogerlo en una o varias leyes especiales, o, incluso,

añadirlo al código único en la línea del derecho suizo, no debe olvidarse ahora que el *estatuto del empresario se ha extendido a muchos sujetos que históricamente no tenían esa condición*, de modo que la afirmación de que la parte relativa a la profesión de comerciante no es susceptible de generalización queda hoy claramente en entredicho: la actividad agrícola y pecuaria, las cooperativas o los profesionales liberales se aproximan cada vez más al viejo comerciante que dio origen al derecho especial: el Registro Mercantil deja de ser un registro exclusivamente de empresarios para convertirse en un registro de los sujetos o entidades que intervienen en el tráfico económico; las obligaciones contables se extienden igualmente. Hablar, pues, de un derecho especial para la regulación del estatuto del comerciante o del empresario resulta, cuando menos, excesivo, y no existiría inconveniente para ubicar su regulación en un derecho unificado, lo que incluso podría juzgarse como más racional.

125

Cabe afirmar, además, que, en la actualidad, no puede hablarse de un estatuto del empresario, porque existen, en realidad, *múltiples estatutos jurídicos correspondientes a las diversas actividades económicas*, que se regulan separadamente (Ley de Ordenación del Seguro Privado, Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, Ley del Mercado de Valores, etc.), en las que se produce una verdadera *superación* de las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil a través de leyes sectoriales.

## 2.2. *Los problemas de dualidad de regímenes.*

Las materias en las que existe duplicidad de regulaciones se reducen a cuatro y todas ellas —dicho sea de paso— encajarían mejor en sede de obligaciones y contratos.

a) El Código de Comercio contiene normas especiales en materia de *contratación con un comerciante casado en régimen de sociedad legal de gananciales* (arts. 6 a 12). Tales

normas, que pudieron justificarse en su momento por la supresión de la licencia marital, no sólo han planteado graves dudas interpretativas, creando más problemas de los que trataban de evitar, sino que además se han revelado inútiles tras la reforma del Código civil de 1981, que tutela suficientemente a quien contrata con un empresario. Así, pues, *la unificación no sólo es perfectamente posible, sino, en rigor, necesaria, porque la especialidad carece de sentido.*

b) Existen también unas normas especiales en materia de *auxiliares del comerciante* (arts. 281 ss.), que han llevado incluso a hablar de una *representación mercantil*. Los auxiliares del empresario gozan, sin necesidad de un otorgamiento expreso, de los poderes necesarios para el ejercicio de su función (contenido presuntivo de su ámbito de apoderamiento), como consecuencia de la *apariencia* que genera la actuación del auxiliar en el tráfico y de la protección de la *buena fe* de los terceros. Además, los auxiliares del empresario no pueden, sin consentimiento de sus principales, *delegar* en otros los encargos recibidos; y si lo hicieran, responderán directamente de las gestiones de los sustitutos y de las obligaciones contraídas por éstos (art. 296 C. de C.; v. art. 1.721 C.c.). En fin, el poder conferido a un factor no se extingue por la *muerte* de su principal, sino que subsiste mientras no sea expresamente revocado (art. 290 C. de C.).

No es éste el momento de detenerse en el tema, pero como ha demostrado DIEZ-PICAZO en un libro de significativo título (*La representación en el derecho privado*), dichas "especialidades" no resultan tan llamativas cuando se analiza en profundidad el Código civil, que no contiene un régimen sistemático de la figura, y se construye una teoría general de la representación. De lo que no puede dudarse es de que, en cualquier caso, una adecuada regulación general de la representación permitiría contemplar todos esos aspectos sin necesidad de un doble régimen jurídico de la institución.

c) Por lo que se refiere a la regla de *irrevindicabilidad* contenida en el artículo 85 del Código de Comercio, y dejando a un lado sus diferencias con la regla general del artículo 464 del Código civil, lo cierto es que resultaría indiferente que estuviere contenida en el Código civil o en el Código de Comercio y, por tanto, en una regulación única. En efecto, si la compraventa realizada en establecimiento mercantil se considerase una compraventa mercantil, la regla sería "especial" tanto frente al derecho civil común como frente al derecho mercantil especial, porque no se aplicaría a las compraventas civiles ni a muchas compraventas mercantiles (arts. 325 ss. C. de C.). Y si, como parece más correcto, se considera que las compraventas realizadas en establecimiento mercantil son, en rigor, civiles (arts. 325 y 326 C. de C.), sólo cabrá afirmar que no estamos en presencia de una especialidad mercantil.

d) Como es sabido, en España, la *fe pública* se encuentra peculiarmente compartida por notarios y corredores colegiados de comercio. La competencia de los primeros es total y ordinaria en toda la esfera de derecho privado extrajudicial, abarcando, en consecuencia, tanto el ámbito civil como el mercantil, salvo determinación legal en contra (arts. 1 LN y 2 RN). La de los corredores de comercio aparece limitada de forma muy poco clara, al disponer el artículo 93 que se extiende "a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio".

Sin entrar ahora en el problema de la conveniencia o inconveniencia de que existan dos cuerpos de fedatarios públicos, lo cierto es que la unificación del derecho privado en este punto no sólo no parece suscitar demasiados problemas, sino que, además, eliminaría el problema previo de delimitar la "competencia" de los corredores colegiados de comercio, que genera graves inseguridades en el tráfico.

### 2.3. *Los avances en la unificación.*

Las principales leyes dictadas en esta materia muestran, aun con diferente técnica, la progresiva *extensión* del derecho mercantil.

a) La Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades considera destinatarios de los deberes de *publicidad* y de *contabilidad* a los *empresarios*.

b) La Ley 16/1989, de 17 de julio, de *Defensa de la Competencia*, es una de las manifestaciones más evidentes de la *superación* de la dualidad derecho civil/derecho mercantil e incluso de la *summa divisio* derecho público/derecho privado, porque trata al mismo tiempo de preservar —aunque sea limitando— la libertad individual (prohibición de prácticas colusorias, prohibición de actos de competencia desleal) como de asegurar el funcionamiento del mercado (prohibición de abuso de posición dominante, defensa de los consumidores): deja de ser un ordenamiento privado para salvaguarda de los derechos subjetivos de los empresarios y pasa a primar la idea de la protección institucional, inspirada en los principios rectores de la política económica y social.

c) La Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal*, una de las más avanzadas en el panorama comparado, es uno de los exponentes más claros de la *extensión del derecho mercantil*. Como señala su magnífica Exposición de Motivos, “para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en párrafo primero del artículo 2: Que el acto se “realice en el mercado” (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con “fines concurrenciales” (es decir, que el acto —según se desprende del párrafo segundo del citado artículo— tenga por finalidad “promover o asegurar la difusión en el mercado de

las prestaciones propias o de un tercero")... No es necesaria ninguna otra condición ulterior; y concretamente —según se encarga de precisar el artículo 3— *no es necesario que los sujetos —agente y paciente— del acto sean empresarios (la Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales, etc.)*".

d) La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*, pese a sus contradicciones con las anteriores, regula (art. 2) "toda forma de comunicación realizada por una *persona física o jurídica*, pública o privada, en el ejercicio de una actividad *comercial, industrial, artesanal o profesional*, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

e) La Ley 11/1986, de 20 de marzo, de *Patentes*, dispone que podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la presente Ley cualesquiera *personas naturales o jurídicas de nacionalidad española* (art. 2.1), huyendo, pues, de la referencia a empresarios o comerciantes.

f) La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de *Marcas*, se pronuncia en igual sentido respecto a las personas que pueden obtener el registro de marcas (art. 10.1).

g) La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos*, continúa de forma clara la *extensión del derecho mercantil*, en referencia ahora a la llamada propiedad comercial. Se distingue, en efecto, entre arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda y a *usos distintos del de vivienda* (art. 1), enumerando entre estos últimos "los celebrados para ejercerse en la finca una *actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren*" (art. 3.2). Hay, pues, una clara extensión o generalización de normas nacidas en el ámbito mercantil a cualquier actividad y, además, con independencia de la condición de las personas que celebren el contrato.

### 3. El derecho de sociedades.

#### 3.1. *Los problemas de dualidad de regímenes.*

En esta materia, hay que comenzar realizando dos observaciones que reducen considerablemente las dimensiones del problema de la dualidad de regulaciones: que los tipos sociales que más importancia práctica tienen están regulados por *leyes especiales*, por lo que *no existe una duplicidad normativa*, y que la sociedad anónima —la forma social más extendida—, además de no ser una creación del derecho mercantil, en la actualidad se concibe como *técnica de organización que ha ampliado sus fronteras tradicionales mucho más allá del derecho mercantil*: sociedades anónimas laborales, sociedades anónimas públicas, sociedades anónimas deportivas, etc.

130

En los demás casos, la doble regulación de las sociedades de personas en el Código civil y en el Código de Comercio origina una de las cuestiones que más dificultades suscita dentro de nuestro ordenamiento, propiciada fundamentalmente por la confusa pretensión de calificación de mercantilidad que establece el Código de Comercio en su artículo 116 (GIROS). A la hora de resolver un litigio, surge siempre, como cuestión previa, de muy difícil solución, la relativa a la *calificación* de la sociedad como civil o como mercantil (e incluso civil con forma mercantil, en un claro ejemplo de *mercantilización* del derecho común), de modo que permanece plenamente vigente la afirmación de VIVANTE, según la cual “ni la doctrina ni la legislación han acertado a distinguir con un corte limpio las relaciones jurídicas que deben regularse con las normas mercantiles de aquellas que soportan la disciplina de las leyes civiles”.

En rigor, no existen obstáculos para la unificación: no sólo no hay inconveniente alguno para regular, como se ha hecho en otros ordenamientos (Suiza, Italia) diversos tipos de sociedad (simple, colectiva, comanditaria, anónima, de res-

responsabilidad limitada) como integrantes todos del derecho común, sino que, además, se aprecia como una sentida necesidad la elaboración de una *doctrina general —y de una Ley General— de las sociedades*. Cabe recordar aquí las palabras de PAZ-ARES, quien, al estudiar la sociedad civil, desarrollando las ideas alemanas de GIRON, arranca de “la convicción de que el derecho de sociedades, en el curso de su evolución actual, ha desarrollado una *racionalidad propia de tipo formal o instrumental*, que es más fuerte que la racionalidad específica del derecho civil y mercantil en que tradicionalmente se ha ubicado”, y propugna como sistema del derecho de sociedades tres piezas: la sociedad general, las sociedades personalistas y las sociedades de estructura corporativa.

Ello hace que el derecho de sociedades tienda claramente a su unificación, en el sentido de dar un tratamiento conjunto a las sociedades civiles y mercantiles, y que se afirme cada vez más su *individualidad como rama propia dentro de las disciplinas jurídicas* (SANCHEZ CALERO).

131

### 3.2. *Los avances en la unificación.*

El estudio de la legislación más reciente en esta materia muestra claramente la existencia de dos fenómenos significativos en el tema de la unificación del derecho privado: la *superación del problema calificador*, ya que se afirma expresamente el carácter mercantil de las sociedades por su forma, y el *protagonismo de la sociedad anónima* como técnica de organización, tanto por lo que se refiere a la *imposición de esa forma* a determinadas actividades como por la utilización de sus *reglas típicas*. Como ya se señaló, el derecho de sociedades no sólo tiende claramente a su unificación, en el sentido de dar un tratamiento conjunto a las sociedades civiles y mercantiles, sino que se afirma cada vez más su individualidad como rama propia dentro de las disciplinas jurídicas.

Dejando a un lado la consideración de algunas Leyes en las que se observa la imposición de la forma anónima para la realización de las más importantes actividades (banca, seguro, inversión, etc.) y la aplicación directa de la técnica de la anónima al mundo laboral (sociedades anónimas laborales) y deportivo (sociedades anónimas deportivas), cabe referirse ahora a las siguientes:

a) La Ley 3/1987, de 2 de abril, *General de Cooperativas*, obvia todo problema calificador, al declarar expresamente el sometimiento de las cooperativas a la quiebra y a la suspensión de pagos (arts. 103.9.º, 105.II, 110 y 115), aunque todavía se discuta su carácter mercantil (arts. 116, 117 y 124 C. de C.) —e incluso su naturaleza de sociedad— (así, STS de 24 de enero de 1990, que casa la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de marzo de 1988).

b) La Ley 12/1991, de 29 de abril, de *Agrupaciones de Interés Económico*, al regular esta figura de discutida naturaleza, declara su *carácter mercantil* (art. 1) y el sometimiento a la suspensión de pagos y la quiebra (arts. 17 y 18.3.º), eliminando todo problema calificador. Además, incluye entre sus posibles socios a quienes desempeñen actividades *empresariales, agrícolas o artesanales* (art. 4), poniendo así de manifiesto la extensión del derecho mercantil.

c) La Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las *Sociedades de Garantía Recíproca*, supera igualmente el problema calificador al imponer la mercantilidad formal de esta clase de sociedad (art. 4). Sin embargo, a diferencia de lo que viene siendo habitual, delimita la posición de socio a través de la condición de empresario, lo que no sólo resulta algo anacrónico, sino que puede originar problemas interpretativos para su delimitación.

d) La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, supera también el problema imponiendo la mercantilidad de estas sociedades (art. 3).

#### 4. El derecho de títulos-valores.

Como señaló GARRIGUES, "la letra de cambio es, quizá, el exponente más típico de la generalización del Derecho mercantil, porque es un instrumento que nace entre comerciantes para respaldar operaciones de cambio de moneda y que luego, al convertirse en instrumento de crédito, accede a la comunidad en general. La letra de cambio debe dejar de ser un instrumento mercantil y ser regulado en un Código general de las obligaciones".

Pues bien, la Ley 19/1985, de 16 de julio, *Cambiaria y del Cheque*, descodifica completamente el régimen jurídico de los títulos que regula. Su disposición derogatoria priva de vigencia a las antiguas normas contenidas en el Código de Comercio (arts. 443 a 543 y 950) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.465). Ello hace que la mercantilidad o no de la letra de cambio tenga escasas consecuencias prácticas. Como apunta SÁNCHEZ ANDRÉS, "la falta de tratamiento duplicado resuelve de antemano los problemas de competencia judicial, ámbito de aplicación de la ley y en general los temas de fronteras", es decir, de "delimitación de unas normas frente a otras que tratan la misma institución con diferente criterio".

A pesar de eso, la propia técnica seguida por la Ley Cambiaria es suficientemente expresiva de la intención de *desmercantilización* de la disciplina, pues ningún inconveniente hubiera existido para que el texto de la Ley hubiese formado parte del Código de Comercio. En el mismo sentido apuntan claramente la sustitución explícita del régimen mercantil por el civil en materia de causas de interrupción de la prescripción de acciones (art. 89 LC) o el régimen previsto para la acción de enriquecimiento (art. 65 LC), que se orienta al tratamiento general del enriquecimiento injusto.

Señala, sin embargo, SÁNCHEZ ANDRÉS que la Ley Cambiaria ofrece también argumentos consistentes para seguir pensando en la mercantilidad de la letra de cambio. Así, la

Exposición de Motivos afirma que la nueva Ley "supone dar un paso decisivo encaminado a la *renovación de nuestro Derecho Mercantil*", fundamentando la promulgación de la Ley en las circunstancias de "que el *Derecho Mercantil* ha reivindicado históricamente la nota de universalidad", o en el restablecimiento de "la confianza... en uno de los valores fundamentales de la *vida empresarial*: la buena fe", y se refiere a la "elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios".

Sin embargo, esas expresiones no deben sobrevalorarse. Las apelaciones al derecho mercantil o a la vida empresarial parecen obvias, porque la letra de cambio ha constituido históricamente uno de los paradigmas del derecho mercantil como derecho especial y la previsión de normas expresas para la defensa de los consumidores —recogidas hoy en la Ley de Crédito al Consumo— no se opone a la consideración unitaria del derecho cambiario.

Añade SANCHEZ ANDRES que existen en el texto articulado de la Ley testimonios demostrativos de la inspiración mercantil que orienta su tratamiento. Aunque esa afirmación no puede discutirse, porque es obvio que la Ley Cambiaria no podía desconocer la tradición, la argumentación no puede considerarse decisiva. En efecto, la corrección introducida en el artículo 60.II del Código de Comercio, respecto del cómputo de los plazos cambiarios, además de resultar innecesaria, no pasa de ser un ejemplo aislado de colocación de la nueva disciplina en el mismo lugar que ocupaba la derogada. La remisión a las normas del Código de Comercio en materia de cesión de créditos parecía obligada por la existencia de normas específicas en el Código de Comercio, aunque el régimen de la cesión no sea muy diferente en el Civil. La inclinación hacia el régimen característico de las obligaciones mercantiles (natural onerosidad: art. 6; solidaridad pasiva de los obligados cambiarios: art. 57;

prohibición de términos de gracia o cortesía: art. 91; representación: arts. 10 y 21), además de poderse entender cómo una manifestación de la generalización del derecho mercantil, significa únicamente que existe un régimen cambiario especial respecto del correspondiente al derecho común de las obligaciones; pero ello no tanto por ser derecho mercantil como por tratarse de derecho cambiario.

En efecto, todas esas cuestiones pueden fundamentarse en el *especial régimen cambiario* (PAZ-ARES), que lleva incluso a hablar de un *derecho cambiario*: aunque el legislador hubiese afirmado expresamente que la letra de cambio no tiene carácter mercantil, se habrían recogido igualmente esas soluciones. Por ejemplo, la solidaridad pasiva de los obligados cambiarios no se impone porque la letra de cambio sea mercantil —recuérdese que en el derecho mercantil español no existe expresamente presunción de solidaridad—, sino por el especial rigor de las obligaciones cambiarias y para favorecer el pago de la letra.

135

## 5. El derecho de la contratación.

### 5.1. *Consideración general.*

El derecho de las obligaciones y contratos es, sin duda, la piedra de toque de la tarea unificadora, a cuyo estudio se ha dirigido normalmente la doctrina, que en muchas ocasiones identifica unificación del derecho privado con unificación del derecho de obligaciones y contratos (la llamada *unificación parcial*), por cuanto se aprecia muy claramente la dualidad de regímenes.

La mayor parte de la doctrina, española y extranjera, se pronuncia a favor de la unificación del derecho de obligaciones y contratos, aunque difieran los cauces técnicos propuestos para ello. Baste ahora con señalar que las conclusiones del Coloquio de París, sobre unificación interna del derecho privado, celebrado en 1953, declaran, en un país en

el que aún subsiste la jurisdicción mercantil, que "en lo relativo al régimen del acto de comercio, el Coloquio parece aprobar las conclusiones presentadas por el señor Mazeaud y el señor Tunc y estimar que no está justificada ninguna particularidad", y que "aun percibiendo esas divergencias de puntos de vista, el Coloquio se muestra al menos unánime para desear que se reduzca el particularismo del derecho mercantil y que se reduzca su ámbito".

Este fue también el sentir general de la doctrina española en las Jornadas conmemorativas del centenario del Código de Comercio (1885-1985), celebradas en Madrid los días 18 a 21 de noviembre de 1985, en las que se concluyó, como resumió Polo, que, "discutida arduosamente en otro tiempo, parece existir hoy un general *consensus* en torno a la imperiosa necesidad de afrontar la *unificación* del derecho en este sector".

136

## 5.2. *La unificación de las normas generales sobre las obligaciones.*

Como ya se ha señalado, aunque el fenómeno no esté presente de forma intensa en el derecho positivo español, la tendencia general es favorable a la emigración al Código civil de las normas especiales nacidas en el tráfico mercantil y recogidas en el Código de Comercio, por lo que la doctrina se muestra casi unánime a la hora de postular la desaparición de la *dualidad de teorías generales* en materia de obligaciones, que eliminaría de raíz muchos de los problemas de calificación.

Con todo, si se modifica la perspectiva y se analiza el *derecho positivo español*, se observa, además, que conviene desdramatizar el tema. En efecto, de un lado, el derecho civil es tan poco *formalista* como el derecho mercantil (v. art. 1.278 C.c.) y protege la *seguridad del tráfico* casi igual que el Código de Comercio (v. arts. 464 C.c. y 34 LH).

De otro lado, sobre todo, *la existencia de unas normas*

normas generales sobre contratación mercantil, que se opondrían a las normas generales sobre contratación civil, y que deberían ser aplicadas no sólo a los contratos doblemente regulados que fuesen calificados como mercantiles, sino también a todos aquellos de regulación única a los que se considerase mercantiles, cuya lista sería interminable (cabe citar, por ejemplo, los de seguro, los de fianza y todos los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil) es más aparente que real: no existe, en rigor, una teoría general de las obligaciones mercantiles.

En efecto, de un lado, el Código de Comercio omite, conscientemente, la mayoría de esas normas generales y se somete al derecho común, a pesar de promulgarse antes que el Código civil: el artículo 50 establece que "los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común", es decir, por las normas imperativas sobre los contratos establecidas en el Código civil (arts. 1.261 ss.), que resultan, pues, directamente aplicables a los contratos mercantiles.

137

De otro lado, la lectura de los artículos 51 a 63, que contienen las "disposiciones generales sobre los contratos de comercio", pone de manifiesto que son escasos los preceptos que contienen verdaderas especialidades y que dichas especialidades son prácticamente irrelevantes. En efecto, si se comparan con las normas del Código civil, se observa que, debido a su elaboración por separado, muchas de esas normas tienen contenido idéntico o deben interpretarse del mismo modo, o contienen diferencias poco relevantes que no harían nada complicada la unificación.

a) Ante todo, el Código de Comercio no recoge algunas de las más destacadas especialidades normativas del derecho de las obligaciones, presentes en muchos Códigos de Comercio y muchas veces después generalizadas: presunción de

solidaridad, a pesar de que la técnica de la responsabilidad solidaria se encuentre muy extendida: producción de intereses de pleno derecho desde el momento del vencimiento de la obligación; regulación de la cesión de contrato, etc.

b) Si se entra en la consideración singular de los preceptos del Código de Comercio, se observa, directamente que algunos de ellos no son más que repeticiones del Código civil, explicables por ser anterior la codificación mercantil. Así sucede con los artículos 51 y 52, respecto al principio de libertad de forma (v. arts. 1.278 a 1.280 C.c.); 53, respecto a las "convenciones ilícitas" (arts. 1.275 a 1.277 C.c.); 56, respecto a la cláusula penal (arts. 1.152 a 1.155 C.c.), ó 60, sobre cómputo de los plazos (arts. 5 y 1.130 C.c.).

c) Respecto a las "especialidades" de los restantes preceptos, puede afirmarse que no son contradictorias o incompatibles con las correspondientes normas del Código civil o, al menos, que no tienen demasiada relevancia: el artículo 51 se remite a los medios de prueba del Código civil (arts. 1.214 ss.), fijando algunas peculiaridades respecto al valor probatorio de los testigos y de los telegramas; el artículo 54 contiene una solución distinta a la del artículo 1.262.II del Código civil sobre perfección del contrato por correspondencia; los artículos 55 y 58 se explican únicamente por la intervención de corredores colegiados de comercio; los artículos 57 y 59 matizan en algunos aspectos las soluciones "civiles" a la interpretación de los contratos, pero sin contradicción insalvable; el artículo 61, que prohíbe a los tribunales conceder términos de gracia y cortesía, se opone al artículo 1.124.3.º del Código civil, pero no al 1.128; el artículo 62, sobre exigibilidad, y el artículo 63, sobre mora, no son tan diferentes de los correlativos civiles como a veces se ha afirmado.

d) Del mismo modo, las especialidades contenidas en el Código de Comercio en materia de *prescripción* (arts. 942 a 955), que, sin embargo, no permiten afirmar la existencia de una doctrina especial sobre la prescripción mercantil (GARRI

tes), se explican fácilmente por la anticipación del Código Comercio respecto del civil, por lo que no constituyen artículo alguno para la unificación.

Se ha afirmado, por todo ello, con razón, que "sería sencillo refundir las escasas especialidades mercantiles dentro de una normativa unificada sobre obligaciones y contratos" (BERCOVITZ). Esta afirmación, adelantada ya por GARRIGUES BROSETA, revela no sólo que la unificación sea fácilmente factible, sino también que, en el momento presente, la discusión sobre el carácter civil o mercantil de los contratos con regulación única dista mucho de tener trascendencia práctica y más bien debe entenderse como una disputa de autonomía didáctica. Existe, pues, una *cuasiunificación del derecho privado en esta materia*.

El verdadero problema no es, pues, el de la existencia de dos regímenes generales en materia de obligaciones y contratos, sino el de la *inexistencia de una normativa adecuada* —desde luego única—. Como afirma VICENT, "lo peculiar de nuestro Derecho es la oscuridad con que se establece esta división, que la doctrina no ha hecho más que aumentar. Contribuyendo así, más que en otras legislaciones, a poner de relieve el escaso fundamento que hoy tiene dicha división, frente a otras más inspiradas en la realidad del tráfico". En efecto, la *teoría general* unificada de las obligaciones debe dar solución a las múltiples cuestiones que el Código civil y el Código de Comercio dejaron abiertas.

139

### 5.3. *La unificación de los contratos.*

En este punto, la cuestión fundamental ha sido siempre la del sometimiento de los no comerciantes a las normas dictadas para los comerciantes (contratos mixtos), que llevó a VIVANTE a exclamar: "Como si todos los ciudadanos estuvieran florecientes cuando florece el comercio; como si el interés supremo del consorcio social fuese la prosperidad de

los comerciantes, fuimos todos sujetos a la ley que éstos se han venido creando para proteger sus intereses. El Código ha dicho, poco más o menos, así: El que contrata con un comerciante debe sufrir la ley mercantil”.

Es evidente que, llevada a sus últimos extremos, la tesis es inadmisibile, porque el derecho mercantil no es un derecho excepcional y porque no está nada claro que el derecho especial de los comerciantes atentara a la igualdad (GIRON), pero no lo es menos que, ante los contratos con duplicidad de regímenes, la regla debe ser que el contrato en el que intervenga un no comerciante se rija por las normas comunes y no por las especiales.

140 Cabe tan sólo recordar aquí que la doctrina de los actos mixtos constituye, en realidad, un falso problema en el derecho español, porque no es cierto, con carácter general, que, cuando contraten un comerciante y un no comerciante, la disciplina aplicable vaya a ser la mercantil y no la civil, como no es tampoco cierto que pueda someterse a los particulares a los usos de comercio (v. art. 2 C. de C.), establecidos exclusivamente en interés de los profesionales del tráfico. Como ya se vio, *dicha solución no sólo no es la que se desprende de los complejos criterios de calificación establecidos por el Código de Comercio, sino que, además, resulta claramente desmentida a partir de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.*

Hay que señalar, además, que, como ocurre en el caso de las sociedades, los tribunales se ven obligados a una *compleja labor calificadora* previa para decidir si el contrato es civil o mercantil, sin que exista un único criterio para todos los contratos, que la doctrina se ha esforzado inútilmente en encontrar, y ni tan siquiera un criterio claro de delimitación para cada uno de ellos. Como ya se ha afirmado, los criterios de calificación de mercantilidad de los contratos doblemente regulados obedecen simplemente a una decisión legislativa de la época codificadora, lo que ocasiona graves dificultades interpretativas.

Si se desciende al análisis del régimen jurídico de los contratos doblemente regulados, se observa algo muy significativo: que *las diferencias son realmente escasas*. Los contratos con doble regulación son sólo siete: la comisión, el depósito, el préstamo, la compraventa, la permuta, el transporte y la fianza. Ningún problema plantean la *permuta* (art. 346 C. de C.), pues el Código de Comercio no sólo no la regula, sino que ni siquiera dice cuándo es mercantil, por lo que son extensibles las afirmaciones que se realicen para la compraventa; el *transporte*, ya que los artículos 1.601 a 1.603 del Código civil se remiten, en rigor, al Código de Comercio, y la *fianza* (arts. 439 a 442 C. de C.), porque las especialidades mercantiles son mínimas y de muy poca trascendencia, de modo que serían fácilmente eliminables.

Los demás contratos referidos tienen una *doble regulación* extensa; pero si se analizan con cierto detenimiento las normativas respectivas se comprueba fácilmente que *no sólo no hay obstáculos para la unificación, sino que la mayoría de las normas se inspiran en criterios similares, de modo que se alcanzan soluciones parecidas*:

a) Así sucede con el *mandato* y la *comisión*, cuyas diferencias son poco significativas y de carácter puramente dispositivo, reduciéndose al carácter naturalmente gratuito o retribuido (arts. 1.711 C.c. y 277 C. de C.), a la facilidad de designar sustitutos y al régimen de la sustitución (arts. 1.721 C.c. y 261 y 262 C. de C.), al privilegio —de dudosa justicia— del comisionista (art. 276; v. art. 1.730 C.c.) y a la extinción o no por fallecimiento del mandante (arts. 1.732 C.c. y 280 C. de C.). Las normas de la comisión se explican por la circunstancia de que el Código de Comercio es anterior al Código civil, de modo que abunda la repetición de normas (v. gr., arts. 245, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 254, 256, 263, 278, 279 C. de C.), o por referirse a cuestiones específicas no reguladas en el Código civil (arts. 248, 251, 255, 257, 258, 259, 260, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274 y 275 C. de C.). Es sumamente significa-

tivo, en fin, que el Código de Comercio acoja, en materia de autocontratación la tradicional solución restrictiva propia del ordenamiento civil (art. 267 C. de C.; v. art. 1.459.2.º C.c.). Todo ello hace patente la inutilidad de una doble regulación.

b) Así sucede también con el contrato de *depósito*. En efecto, el Código de Comercio se limita a sancionar su carácter naturalmente retribuido (art. 304), frente al carácter naturalmente gratuito del depósito civil (art. 1.760 C.c.); a señalar que el depósito quedará constituido con la entrega (art. 305), lo que da por sentado el Código civil (art. 1.758); a establecer las obligaciones de conservación y devolución del depositario (art. 306 C. de C.) del mismo modo que el Código civil (arts. 1.766 y 1.770); a regular el depósito de numerario y de títulos, valores o efectos (arts. 307 y 308); a privar al depositario de la facultad de usar las cosas depositadas (art. 309; v. art. 1.768 C.c.), y a sentar una —hoy— incomprensible norma sobre la preferencia de los estatutos de las compañías (art. 310), terminando su regulación con la significativa referencia a que “las reglas del Derecho común (...) son aplicables a todos los depósitos” (art. 310 *in fine*).

Existe, además, una modalidad de depósito regulada de forma unitaria: el depósito en almacenes generales (RD de 22 de septiembre de 1917).

c) En el contrato de *préstamo*, puede observarse que la escasa regulación contenida en el Código civil no hace sino dictar reglas generales, reiterar algunas de las normas contenidas en la más extensa regulación del Código de Comercio, y, paradójicamente, dictar normas más “mercantiles” que sus paralelas del Código de Comercio: mientras en el préstamo mercantil el pacto de intereses ha de constar por escrito (art. 314 C. de C.), en el civil basta el pacto expreso (art. 1.755 C.c.); el artículo 1.756 del Código civil establece que “el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos ni imputarlos al capital”. Todo

aboga también claramente por una unificación del régimen de este contrato, algo que se produjo ya parcialmente en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la...

d) Las diferencias de régimen jurídico no son tampoco esenciales en el contrato de *compraventa*, paradigma de la contratación y paradigma asimismo de las dificultades calificatorias por la peculiar estructura y contenido de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. En efecto, de un lado, el Código de Comercio se limita a regular la compraventa de *bienes muebles* —lo que priva de sentido al problema de la calificación de la compraventa de inmuebles—, y más en concreto de *mercaderías* —lo que hace, al menos, dudar del carácter mercantil de la compraventa de establecimiento mercantil, de buques, e incluso de títulos-valores—. Y puede hablarse ya de unificación en los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles (Ley 50/1965, de 17 de julio, de ventas de bienes muebles a plazos).

De otro lado, cuando se comparan las respectivas regulaciones, puede afirmarse (VICENT) que las diferencias legales no son tan marcadas como la interpretación doctrinal ha querido señalar y, sobre todo, que en los últimos tiempos se observa la tendencia a destacar las coincidencias y aproximar las soluciones de los dos Códigos. Junto a normas reiterativas y otras específicas del tráfico de mercaderías que no tienen acomodo en el Código civil, las diferencias básicas se centran en las obligaciones de entrega y saneamiento y en el problema de la transmisión de los riesgos, de forma que, aunque las diferencias son ciertamente significativas, la unificación sería fácilmente hacedera.

Todo ello hace inadmisibles aquellas posiciones doctrinales consistentes en acentuar —cuando no exagerar— las especialidades de los contratos mercantiles respecto de sus homólogos civiles, con la intención de “justificar” la sustantividad del derecho mercantil, y demuestra que las dificultades no están tanto en la tarea unificadora cuanto en el

establecimiento de un régimen jurídico adecuado, de carácter unitario.

#### 5.4. *De la unificación formal a la unificación sustancial.*

La *unificación formal* del derecho privado de la contratación llevaría aparejada su *unificación sustancial*. Para llegar a esa conclusión, hay que recordar que, a la hora de plantear el problema de la unificación, una parte significativa de la doctrina considera *mercantiles los contratos celebrados entre empresarios y aquellos en que es necesaria la presencia de empresarios (contratos de empresa), con independencia del lugar en que se encuentren regulados.*

144 Con ese modo de argumentar se incurre en un grave perjuicio, porque el verdadero sentido de la unificación es, precisamente, evitar en el ámbito de la disciplina privada del contrato una dicotomía basada en un criterio subjetivo, cual es la presencia de un empresario. Como ya objetó LANGLI, "si el contrato fuese de los *inconcebibles* sin participación de una empresa, se regiría por el Código de Comercio, y si, por el contrario, fuese concebible sin aquélla, caería dentro del Código de obligaciones. No obstante, es claro que toda empresa mercantil, por el hecho de serlo, actúa siempre comercialmente, y es notorio, asimismo, que sus actividades siempre van dirigidas al público. Tememos que este criterio discriminativo tropezase en la práctica con serios escollos y no llegase a satisfacer a una ni a otra parte contratante".

O, como se pregunta SÁENZ LLANOS, con mayor rotundidad, "*¿para qué descender a la mercantilidad del acto singular, si una y única es su disciplina jurídica?* En pura lógica, la categoría de los contratos mercantiles sólo se concibe allí donde el ordenamiento positivo propone reglas jurídicas diferenciadas para realidades contractuales de un mismo tipo que, sin embargo, puedan ponerse en relación, bien con un tráfico profesional o bien con una actuación aislada y, por

tanto, no profesional. No existen contratos mercantiles *per se, sub specie aeternitatis*, a espaldas de un concreto modo de ser histórico del derecho positivo". Añade el referido autor que "si la categoría de los contratos *ontológicamente* mercantiles ha de poseer alguna trascendencia fuera de un plano estrictamente especulativo y académico, no se ve la razón por la que esa trascendencia habría de limitarse a los contratos que así se califican y no debería extenderse a todos aquellos otros contratos que, no ya ontológicamente, pero sí existencialmente, forman parte de la actividad normal de otras empresas, como la compraventa de inmuebles, el depósito, el transporte y el arrendamiento de obras". El verdadero problema, como apunta SANCHEZ CALERO, es que los llamados contratos de empresa tipificados socialmente cuenten con una tipificación legislativa, que se inserte en el sistema del derecho de obligaciones y contratos, cuya parte general pueda integrar las deficiencias de la parte especial y aportar soluciones a los problemas de la realidad que el legislador no haya podido prever.

145

Además, hay que ser respetuosos con el derecho positivo. El análisis de los criterios de mercantilidad dispuestos por el Código de Comercio para los contratos doblemente regulados demuestra —como ya se señaló— que la categoría de los contratos de empresa es una importación en el derecho español, porque la mayoría de dichos contratos de empresa son, en rigor, civiles, y el análisis de las normas de *protección de los consumidores* revela que *los actos mixtos se someten, ante todo, a las normas sobre consumidores, sustancialmente unificadas, y, subsidiariamente, a las normas civiles y mercantiles (art. 7 LGDCU)*.

### 5.5. *Los avances en la unificación.*

También en esta materia se pueden observar importantes progresos unificadores, partiendo del fenómeno de la sectorialización del derecho privado, que lleva a hablar de un

derecho bancario, de un derecho de seguros, de un derecho del transporte y de un derecho del mercado de valores, en los que el Código de Comercio y, en su caso, el Código civil resultan *superados* por toda una serie de leyes en las que se manifiesta claramente la *crisis* de la separación derecho público-derecho privado.

Además, se han dictado varias Leyes significativas:

a) La Ley 50/1965, de 17 de julio, de ventas de bienes muebles a plazos, claro precedente de las normas de defensa de los consumidores, unifica de hecho la compraventa a plazos de bienes muebles, ya que, en adelante, carece de sentido preguntarse por su carácter civil o mercantil.

b) La Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la defensa de Consumidores y Usuarios*, como se ha señalado reiteradamente, a pesar de su deficiente técnica, llega a un resultado relativamente unificador de la normativa de los contratos, al dejar sentado que la Ley se aplicará, en todo caso, con preferencia a las normas civiles y mercantiles (art. 7). Se trata, obvio es decirlo, de una *Ley General*, que se antepone a la legislación mercantil y a la legislación civil, lo que supone, en expresión gráfica de FONT GALAN, una *desespecialización* del derecho mercantil, en cuanto cierto sector pasa a ser regulado por una ley *general* o *común*.

c) La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de *Contrato de Seguro* opta no sólo por la descodificación, derogando expresamente los artículos 1.791 a 1.797 del Código civil y 380 a 438 del Código de Comercio (disposición final), sino también por la *unificación* del contrato de seguro, ya que, a partir de entonces, no habrá contratos de seguro civiles y mercantiles. Encontramos, pues, una manifestación clara de la conocida admonición de ASCARELLI según la cual se sustituiría el articulado de los Códigos civil y de comercio por una nueva ley inspirada en principios más avanzados, propios del derecho mercantil contemporáneo.

d) La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad* establece (art. 9) que "los contratos publicitarios se

regirán por las normas contenidas en el presente Título y, en su defecto, por las *reglas generales de Derecho común*". En el *Estatuto de la Publicidad* de 1964 señalaba (art. 4) que los contratos publicitarios se regirán por los pactos celebrados válidamente entre las partes "que no sean contrarios a lo dispuesto en el presente Estatuto; en su defecto, por las normas de éste, subsidiariamente por los usos comerciales y, en último término, por las normas de Derecho común", lo que se interpretó (DE LA CUESTA) como una clara manifestación del fenómeno de la unidad del ordenamiento jurídico privado. La desaparición en la Ley de 1988 de la referencia expresa a los usos comerciales abona aún más esa tesis.

e) La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre *Contrato de Agencia*, aunque supone, a primera vista, un paso atrás en la unificación, ya que su Exposición de Motivos afirma que "el carácter mercantil de este contrato está fuera de toda duda" y, a lo largo del articulado, se refiere repetidamente a la realización de "actos de comercio", no debe sobrevalorarse. La propia Exposición de Motivos reconoce que su calificación como mercantil resulta obligada "en los ordenamientos jurídicos que disponen de una doble disciplina contractual, como el español", afirmación que debe completarse en el sentido de que calificar ese contrato como mercantil carece, en rigor, de virtualidad práctica, porque no existe un contrato de agencia civil y porque las lagunas de la Ley deberán llenarse acudiendo al contrato de comisión —cuyas diferencias con el mandato no son significativas— y a la teoría general de las obligaciones y contratos, contenida en realidad en el Código civil. Como si la Ley fuera consciente de la inutilidad de la calificación como mercantil del contrato, dispone expresamente que, "salvo disposición contraria de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio" (art. 4). En efecto, dicha aplicación se derivaría automáticamente del carácter mercantil

del contrato; además, la Ley regula de forma específica la prescripción (art. 31), de modo que no se comprende que normas del Código de Comercio —y no del Código civil— serán aplicables, como no sea la relativa a la interrupción de la prescripción (art. 944).

Igualmente significativa es la afirmación de la Exposición de Motivos de que "dicho carácter mercantil no condiciona la solución al problema de técnica legislativa". En efecto, se ha optado por una Ley especial y no por incluir la regulación en el Código de Comercio, que no hubiera sido técnicamente impropcedente.

Quizá la "obsesión" del legislador no vaya dirigida tanto a negar su carácter de contrato civil, y por ende, a entorpecer la unificación del derecho privado, cuanto a separarlo claramente de las relaciones laborales (arts. 1 y 2).

1) La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, merece una valoración idéntica a la de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Se trata de una Ley general, cuyos preceptos, como señala la Exposición de Motivos, "afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos, en *materias reguladas por los Códigos civil y de comercio*".

## 6. El derecho concursal.

Dejando a un lado ahora la circunstancia de que fue la doctrina española del siglo XVII (SALGADO DE SOMOZA) la que elaboró un sistema concursal de derecho común que tanta influencia tendría en el derecho alemán, existen dos argumentos que hacen que la unificación del derecho concursal sea, más que deseable, necesaria. El primero, se extrae de su naturaleza bifronte: existe una vertiente *procesal*, porque es esencial la intervención de un órgano jurisdiccional y porque consta de verdaderos procedimientos; pero existe también una vertiente *sustantiva*, porque la apertura de esos procedimientos produce efectos importantes sobre el

sus acreedores e incluso los terceros. Sin perjuicio de afirmar el carácter unitario de ese conjunto normativo, ha llevado a postular la *autonomía del derecho concursal*, parece obvio que a su propia complejidad intrínseca repugna la idea de procedimientos distintos por razones técnicas.

El segundo argumento se deduce del mosaico legislativo que constituye el derecho concursal español. Su regulación en textos tan variados y de tan diferente significación temporal y conceptual como el Código de Comercio de 1829 (aun vigente en buena medida—, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, el Código civil y la Ley de Suspensión de Pagos hace que la unificación legislativa sea estrictamente necesaria.

Por si ello fuera poco, las diferencias que pueden encontrarse entre el concurso de acreedores y la quiebra son escasas y radican, sobre todo, en el diferente trato que se aplica al comerciante (arresto, eventuales sanciones penales, mayores dificultades para la rehabilitación), a quien se consideraba que, por razón de su profesión, hay que tratar con mayor rigor, afirmación que hoy no puede mantenerse: en la existencia en la quiebra de un órgano añadido —el comisario— explicable históricamente por la complejidad del comercio para los jueces, y en la existencia en la quiebra de la temida retroacción, que, francamente, no puede mantenerse por más tiempo, ni siquiera reinterpretada por la doctrina y —en parte— por la jurisprudencia. La razón de esa similitud es que, a diferencia de lo sucedido en otras materias, el derecho concursal especial no es una rama desgajada del tronco común para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil, sino una creación primaria del ordenamiento, que, más tarde, es adoptada por el legislador común para dictar un conjunto de normas aplicables, como derecho común, a todas las situaciones concursales no especiales.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el derecho concursal es la verdadera piedra de toque para la calificación

de un sujeto como comerciante o no en el derecho vigente, pues cuando realmente importa determinar si alguien es "comerciante" es para someterlo o no al procedimiento de quiebra. En este sentido, destaca recientemente MENENDEZ que "las diferencias entre los procedimientos civiles y los mercantiles (...) hacen que situaciones similares sean tratadas de modo distinto, según que el deudor merezca o no la calificación —a menudo más formal que sustancial— de comerciante". Esa desigualdad de trato no puede mantenerse por más tiempo.

De otro lado, la unificación del derecho concursal vendría, en buena medida, exigida por la unificación del derecho de sociedades y de obligaciones y contratos.

150 Obsérvese, en fin, que la unificación del derecho concursal está incluso más extendida que la del derecho de obligaciones y contratos. Baste citar los ejemplos recientes de Alemania (*Insolvenzordnung* —*InsO*— de 1994, aunque ya desde la *Konkursordnung* —*KO*— de 1877), Portugal (Ley de 1993), Francia (Ley de 1985).

No puede extrañar, por ello, que también en este punto reine casi la unanimidad en la doctrina española sobre la necesidad de la unificación. Para GARRIGUES, el derecho concursal también tendría que instalarse en el "Código del tráfico en general". Haciéndose eco de esas palabras, ya en 1959, en el seno del Instituto de Estudios Políticos, se redactó un anteproyecto de Ley Concursal, que unificaba la legislación concursal para comerciantes y no comerciantes. Su Exposición de Motivos no podía ser más elocuente: "El derecho vigente, siguiendo la tradición de las Ordenanzas de Bilbao y el modelo del Código de Comercio francés a través del Código de Comercio español de 1829, regula la quiebra como institución propia y exclusiva de los comerciantes, y para los no comerciantes reserva el antiguo concurso de acreedores en el que aparece la cesión de bienes a éstos bajo la forma de juicio voluntario. En realidad *no hay ninguna razón de peso que justifique el diverso trata-*

amiento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante. Las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva cuando el patrimonio no es bastante para satisfacer todos los créditos pendientes son las mismas, sea cual fuere la naturaleza del deudor. En definitiva, lo que se perseguía con el procedimiento de quiebra destinado exclusivamente a los comerciantes era hacer más riguroso el procedimiento y las medidas personales contra el deudor... Pero una vez que en nuestro sistema se admitía el procedimiento de la suspensión de pagos.... en la que se dulcificaban las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones personales contra el comerciante, realmente *no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación* entre concurso de acreedores y quiebra".

En la misma línea se movía el malogrado Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, elaborado por la Comisión General de Codificación, cuya Exposición de Motivos daba por sentada la necesidad de la unificación, limitándose a señalar que se supera "la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor".

En fin, las Bases actuales para la elaboración de una Ley Concursal, de 23 de junio de 1994, vinculan a la Comisión General de Codificación para no distinguir entre procedimientos civiles y comerciales, de modo que los trabajos de elaboración de la futura Ley Concursal —ya avanzados— marchan por ese camino, previendo que "la declaración judicial de concurso procederá respecto de *cualquier deudor*".

7. El pretendido obstáculo constitucional para la unificación legislativa del derecho privado.

### 7.1. *Planteamiento del problema.*

Se ha afirmado recientemente (OLIVENCIA) que la consagración constitucional de la diferencia entre legislación mercantil y legislación civil forzosamente ha de dificultar la

unificación del derecho privado, porque, mientras la competencia estatal sobre la legislación mercantil se ostenta de forma exclusiva y total, en materia civil se reconocen a las Comunidades Autónomas facultades “para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, torales o especiales” (art. 149.1.8.”), lo que equivale a decir que, mientras *la legislación mercantil ha de ser única en todo el Estado*, como medio de lograr la *unidad de mercado*, la posibilidad de *regímenes civiles diversos* se encuentra expresamente reconocida. La consecuencia —afirma— es clara: la Constitución bloquea la posibilidad de lograr una *unificación sustancial* del derecho privado, ya que, mientras no se produzca una reforma constitucional, *será preciso distinguir entre materia civil y materia mercantil*, a efectos de determinar si la competencia corresponde en exclusiva al Estado o si, por el contrario, las Comunidades Autónomas pueden asumir alguna competencia en la materia.

152

## 7.2. *Relativización del obstáculo.*

Sin embargo, esas afirmaciones deben ser convenientemente matizadas. No se trata ahora de reiterar la afirmación de que la Constitución se limita a recoger una distinción entre legislación civil y legislación mercantil existente en el momento de promulgarse, sin consagrar, en absoluto, la autonomía sustancial del derecho mercantil. Se trata, más bien, de determinar el significado de la distinción constitucional, cuyo *carácter instrumental* parece manifiesto, y de valorar adecuadamente el *principio de unidad de mercado*.

La referencia constitucional separada a la legislación civil y a la legislación mercantil *no significa, en modo alguno, negar la posibilidad de una unificación formal del derecho privado*, que es lo que a la postre parece necesario. Ello es así porque la necesidad de determinar qué es lo mercantil y qué es lo civil se impone exclusivamente a efectos de dilu-

cidar si existe o no competencia de las Comunidades Autónomas, juicio que puede llevarse a cabo en cualquier ley de derecho privado, formalmente unificada o no. El reconocimiento constitucional de la distinción tiene, pues, *carácter simplemente instrumental*, por lo que no impide la unificación del derecho privado (Rozo).

El carácter instrumental de la distinción ha sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia de 8 de julio de 1993 sobre la regulación establecida por la Ley valenciana de Comercio en torno al "régimen administrativo de la actividad comercial", cuyo artículo 3 dispone que la actividad empresarial "podrá realizarse por quienes tengan la capacidad jurídica necesaria y cumplan con la legislación vigente en la materia" y fija los "requisitos generales para el ejercicio de la actividad comercial". El Tribunal Constitucional comienza señalando que, "como el Estado posee competencia exclusiva en *materia mercantil* (art. 149.1.6 CE), el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia sobre comercio interior, no puede entrar a regular ámbitos de la actividad mercantil que correspondan al Estado, como, precisamente, la capacidad para el ejercicio del comercio". Añade que no es dudoso que "el legislador autonómico se halle facultado para establecer un registro de los comerciantes que operan en su Comunidad, si dicho registro sólo posee un carácter simplemente administrativo y, por tanto, la inscripción en el mismo no tiene carácter constitutivo para el ejercicio del comercio. Ni tampoco que pueda establecer requisitos de índole puramente administrativa para el ejercicio de la actividad comercial". Pero más adelante se ve obligado a señalar que "el legislador autonómico se ha limitado a utilizar conceptos o categorías generales propios de la legislación estatal, cuyo significado jurídico sólo podrá establecerse por remisión a la *legislación civil o mercantil* a la que pertenecen", *introduciendo de forma clara el dato de la relatividad en la pertenencia a la materia civil o mercantil*.

La lectura de otros preceptos constitucionales relativiza todavía más el obstáculo y lleva a pensar que es realmente inexistente. En efecto, la atribución al Estado de la competencia exclusiva para legislar sobre las "bases de las obligaciones contractuales" supone que la Constitución no impide la unificación sustancial en aquellos sectores en los que existe duplicidad de regulaciones (sociedades, obligaciones y contratos y procedimientos concursales). Es cierto que las competencias autonómicas en materia *contractual y de sociedades* distan mucho de ser residuales, tanto porque las Comunidades Autónomas con competencia sobre legislación civil podrán dictar normas respetando los principios básicos sentados por el Estado sobre las obligaciones contractuales (v. gr., Ley catalana de garantías), como porque el establecimiento por el Estado de las bases de una materia no puede llegar a tal grado de desarrollo que vacíe de contenido las competencias autonómicas (SSTC de 28 de enero y 8 de febrero de 1982); pero no lo es menos que el principio de unidad de mercado no proyecta su aplicación sólo sobre la "legislación mercantil", sino también sobre las obligaciones contractuales, porque no puede desconocerse que el contrato es el instrumento fundamental de actuación en el mercado. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que a través de normas autonómicas no se deben introducir "derechos ni obligaciones en el marco de las *relaciones contractuales privadas*" (STC de 1 de julio de 1986).

El principio de unidad de mercado se extiende, lógicamente, al *derecho concursal*, ya que no puede admitirse la existencia de procedimientos concursales distintos en las diferentes Comunidades Autónomas. Además, al derecho concursal resultaría aplicable la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación procesal (art. 149.1.6.ª CE), que deja a salvo únicamente "las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho *sustantivo* de las Comunidades Autónomas", particularidades que no pueden darse en esta materia.

A ello debe unirse, como ha señalado VICENT, la consideración de otros principios constitucionales que se pueden ver afectados por la duplicidad normativa. Así sucede con el principio de *seguridad jurídica*, respecto a la calificación de un contrato como civil o mercantil, o incluso con el de *igualdad ante la ley*, ante el reconocimiento de preferencia de los créditos mercantiles sobre los civiles en caso de quiebra.

#### IV. La unificación del derecho privado en los ordenamientos más significativos

##### 1. Consideración general.

En los países de tradición jurídica anglosajona *no cabe plantear en rigor la separación entre derecho civil y derecho mercantil*, porque el *common law* es un ordenamiento general que se aplica a todas las personas y a todas las relaciones jurídicas. La "materia mercantil", como la civil, esté regida por el *common law*, como ordenamiento general, y sujeta a la competencia de los tribunales ordinarios. La flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema a las más variadas necesidades hace que no se sienta la necesidad de un derecho especial.

Como ya se señaló, en *Inglaterra* existieron usos mercantiles propios de los mercaderes que se aplicaban por tribunales especiales, tal y como sucedió en el continente, aunque contemplados como un cuerpo jurídico uniforme no nacional (*lex mercatoria* o *law merchant*). Con la formación de los Estados nacionales, los usos comerciales internacionales se incorporan a cada uno de los ordenamientos y es aquí donde se encuentra la razón de la diversidad: no hubo necesidad de crear un nuevo derecho, porque el *common law* fue absorbiendo ("nacionalizando") poco a poco los usos internacionales de los comerciantes. Como hitos de

este proceso de absorción suelen citarse la desaparición de las jurisdicciones especiales con la correspondiente absorción por los tribunales comunes (1606), el caso *Bronwich versus Loyd* (1699), que es un claro exponente de *generalización* de la letra de cambio, y, como culminación, la labor de Lord Mansfield al frente de la corte de Londres entre 1756 y 1788, período en el que los usos comerciales terminan por integrarse en el sistema de *common law*. En definitiva, la fusión se produce por la absorción del *law merchant* por el *common law* como una consecuencia clara de la elasticidad del sistema, que hace innecesaria la subsistencia de un derecho especial.

156

Ciertamente, eso no significa negar que la *materia mercantil*, al modo en que se entiende en los sistemas continentales, tenga relevancia propia como categoría que describe un sector de la realidad, aunque tampoco resulta fácil acotar ese sector. Podría afirmarse que el derecho mercantil goza de una autonomía científica (*commercial law*); pero el problema de la división y de la unificación del derecho privado carece por completo de sentido. Como resume Girón, "es inútil proponerse el tema: no existen cuerpos legales, como nuestros Códigos, que enfrenten partes del ordenamiento jurídico, que, a su vez, requieran, por razones de sistema, de un acotamiento o delimitación. Por ello los juristas ingleses, atentos primordialmente a este hecho, indican que el Derecho mercantil carece de sustantividad".

Aunque esas afirmaciones son aplicables igualmente al *derecho estadounidense*, la diversidad legislativa estatal y federal, que origina un complejo sistema normativo en el que la interpretación judicial juega un papel predonderante, ha reconducido la cuestión a otros términos, propiciando la promulgación del *Uniform Commercial Code*. Con el objetivo de evitar las restricciones al comercio que la variedad de leyes estatales podían crear, un cuerpo de expertos, promovidos por el *American Law Institute*, elaboró ese texto, con la pretensión de recoger las reglas más importantes de esta

particular disciplina, a la vez que se establecía un amplio acuerdo de uniformidad e integración, que no era posible instaurar a través de una ley ordinaria (*statute ordinary*).

Ahora bien, el derecho comercial se configura como un apartado particular del *derecho de obligaciones*. Es imposible para el código comercial operar como un cuerpo legal independiente de la ley general. Por el contrario, habrá que observar los principios legales y de equidad, incluyendo tanto las reglas de los comerciantes como las relativas a capacidad para contratar, y sus causas de validez o invalidez. En este sentido, podría entenderse que *existe una verdadera unificación del derecho privado*, puesto que los principios generales son aplicables siempre, con independencia del sector específico del ordenamiento privado de que se trate.

En definitiva, en el derecho norteamericano hay que distinguir dos aspectos. Por un lado, *no es posible hablar de un derecho privado, ni siquiera comercial, uniforme*. Por otro lado, en el seno de esa diversidad sí puede entenderse que *existe un derecho privado unificado*, puesto que los principios y conceptos generales estipulados resultan aplicables a todos los sectores del ordenamiento privado, con independencia de que determinadas disciplinas reciban, de forma añadida, una regulación específica. Esa reglamentación no es obstáculo para la aplicación de las disposiciones generales elaboradas sin distinción alguna de sectores en el derecho privado. Más aún, gran parte de las disposiciones del *Uniform Commercial Code* se aplican sin distinguir entre transacciones comerciales y contratos entre empresas y personas privadas.

Es en los países de derecho continental donde se plantea el problema de la naturaleza del derecho mercantil como *especial*, separado del común y, en consecuencia, autónomo respecto del civil. Como se ha visto, la propia evolución del derecho especial hace que la culminación lógica sea la unificación del derecho privado: cuando la materia, en su origen especial, se extiende progresivamente hasta informar

todo el ordenamiento, es lógico que desaparezca la diferencia entre derecho civil y derecho mercantil, que el derecho especial sea absorbido por el derecho común.

Algunos derechos, como el suizo (Código de las Obligaciones, 1881), el italiano (*codice civile*, 1942) o el holandés (Código civil, 1992) han culminado el proceso: en esos ordenamientos no existe ya diferencia alguna entre obligaciones y contratos civiles y mercantiles. Desaparece la autonomía legislativa del derecho mercantil y, en consecuencia, el propio derecho mercantil como especial frente al derecho civil, aunque se discuta todavía si puede identificarse una materia que justifique la subsistencia del derecho mercantil. Es manifiesta la autonomía académica (docente e investigadora); pero, como señala OLIVENCIA, "más como una división de estas tareas que como identificación de una dicotomía del Derecho objetivo privado, que se ha extinguido en tales ordenamientos".

Por el contrario, el derecho mercantil subsiste como categoría autónoma en países tan significativos como Francia y Alemania.

Tanto en los ordenamientos unificados como en los no unificados se aprecia una clara tendencia a la *disgregación* del clásico derecho mercantil, que se divide en nuevas ramas en un proceso que ya parece imparable: derecho de sociedades, derecho de los títulos-valores, derecho bancario, derecho bursátil, derecho de seguros, derecho de la navegación, derecho concursal, que, cada vez más, adquieren incluso autonomía didáctica.

## 2. Ordenamientos unificados.

### 2.1. Suiza.

Mientras en otros países europeos se discutía en torno a la doctrina de los actos de comercio y surgían las primeras tesis unificadoras, en 1881, en base a los trabajos de MUN-

MUNZINGER, se promulga la Ley Federal sobre el Derecho de Obligaciones. El *Obligationenrecht* contiene básicamente dos partes. La primera, referente a la regulación de las relaciones jurídico-obligacionales que constituirían formalmente "derecho civil". La segunda, constituida por las disposiciones hasta entonces mercantiles, prescinde de toda referencia formal al comerciante. En 1897 se promulga el *Zivilgesetzbuch*, en el que se incluye el *Obligationenrecht*. En 1911 y en 1936 se procede a sendas revisiones y queda consumada la primera muestra continental de unificación del derecho privado.

Firme el dato de la *unificación formal* del derecho privado, se discute, sin embargo, en torno a la existencia o no de una *unificación sustancial*. La afirmación más extendida es la de que la promulgación del Código de las Obligaciones de 1881, que unifica la materia civil y la mercantil, obedeció a razones políticas, consistentes en fomentar la cohesión entre los diversos cantones, caracterizados por la diversidad en sus instituciones civiles, y en evitar la existencia de un derecho de clase, por lo que subsistiría un derecho mercantil sustancial (OETTINGER, GIRON); pero lo cierto es que el Código unifica el derecho privado y no dicta normas para delimitar la materia civil y la mercantil. No existe una dualidad de regulación (civil y mercantil) para las obligaciones y los contratos, sino una regulación única. MUNZINGER prescindió deliberadamente de la técnica de acotamiento mediante los actos de comercio, por considerar que su eficacia delimitadora era nula tanto desde un punto de vista dogmático como práctico. Como subraya otra parte de la doctrina (RAISCH, EIZAGUIRRE), no puede desconocerse el alto grado de *unificación funcional y efectiva* alcanzado en el ámbito de las relaciones obligacionales, en el que la regulación unitaria toma debidamente en consideración las necesidades del tráfico.

Se afirma también que existen instituciones típicamente mercantiles que se han llevado indebidamente al Código de

las Obligaciones, pero ello no constituye sino una petición de principio, porque la doctrina se esfuerza en delimitar el ámbito de la materia "mercantil" a través de los más diversos criterios en un esfuerzo claro por conservar la *autonomía académica*.

## 2.2. Italia.

Como ya se señaló, la tesis unificadora tuvo en Italia un magnífico defensor en la figura de VIVANTE, cuya influencia en la unificación del derecho privado en aquel país se mantendría a pesar de su posterior "conversión". Sin embargo, la polémica doctrinal que habría de desembocar en el *Codice Civile*, de 1942, se inicia con la recepción de la doctrina de la empresa, cuyo gran impulsor fue MOSSA.

160

El significado del *Codice civile* de 1942 sobre la unificación del derecho privado no deja de ser discutido. Mientras unos autores afirman que la idea de la contraposición entre derecho civil y derecho mercantil, que se mantuvo en los proyectos de reforma del Código de Comercio de 1923 (Proyecto Vivante), de 1925 (Proyecto de la Comisión Real) y de 1940 (Proyecto Asquini), fue vencida por la voluntad política del régimen fascista tendente a superar la lucha e intereses de clase en nombre de un superior interés corporativo de la nación, que impuso la unificación de ambos códigos, otros sostienen que la codificación italiana es frecuentemente poco conocida y mal valorada, como "obra del régimen"; que, en realidad, el *codice civile* tiene sus precedentes tanto en las numerosas Comisiones de reforma de los Códigos como, sobre todo, en la Comisión italo-francesa para un Código uniforme de las obligaciones, que influyó decisivamente en el Libro de las obligaciones, y, sobre todo, que la abolición del Código de Comercio no ha tenido un contenido puramente formal consistente en sustituir el derecho mercantil por un derecho de la empresa, sino que responde precisamente a aquel movimiento que, a través de la

progresiva extensión del ámbito de aplicación de las normas del derecho mercantil, había planteado el problema de la unificación del derecho de las obligaciones.

La unificación no se produce tanto por la desaparición del derecho mercantil cuanto por la generalización de los principios inspiradores del Código de Comercio, esto es, por la *comercialización del derecho privado*. Se advierte incluso que la Exposición de Motivos del Código justifica la desaparición del antiguo derecho civil por la circunstancia de que "el *bonus pater familias* ha devenido actualmente empresario". La causa de esa evolución hay que buscarla tanto en las propias razones ideológicas del régimen fascista que impera en Italia a la promulgación del Código civil, ya que la existencia de un Código de Comercio que regulase las relaciones jurídico-económicas de una determinada clase social resultaba incompatible con las propias exigencias del corporativismo fascista, como, sobre todo, en la propia situación económica que subyace a la sociedad capitalista moderna, que provocó la extensión del derecho mercantil a todas las relaciones obligatorias surgidas en el derecho privado, de modo que se hace innecesario un derecho especial.

Ciertamente, la existencia de una mercantilidad académica hace que abunden los intentos de afirmar la *subsistencia* del derecho mercantil como categoría sustantiva. Así, se afirma que el derecho mercantil se diferencia del resto de las normas contenidas en el Código civil por la *especialidad de la materia regulada*, especialidad que actúa no ya desde el punto de vista formal, sino en relación al contenido, o que las relaciones económico-privadas de producción e intercambio de bienes, propias del derecho mercantil, presentan un carácter dinámico o funcional, mientras aquellas predicables del tradicional derecho civil se presentan más bien en un aspecto estático.

Lo que nadie discute es que ya *no es posible continuar hablando de dos sistemas normativos contrapuestos o autóno-*

mos que disciplinan de modo diferente una misma materia, sino que lo que existe es un sistema unitario que regula todas las relaciones. En este sentido, se observa que desaparece la posibilidad de la analogía preferente de las normas mercantiles sobre las civiles, o que desaparece la tradicional prevalencia de los usos mercantiles sobre las normas contenidas en el Código civil o que las normas dictadas en el ámbito civil, en cuanto que no sean derogadas por normas excepcionales o especiales, son de inmediata aplicación al ámbito mercantil como normas de un mismo sistema y no como normas de un sistema diverso.

### 2.3. *Holanda.*

162

Como señala HARTKAMP, la distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil no existía en Holanda antes de la codificación francesa, por lo que, en realidad, la *reunificación* del derecho civil y del derecho mercantil holandés es el final de un proceso que comenzó con la promulgación del Código de Comercio en 1838, cuyo artículo 1 ya disponía que, salvo derogación expresa, el Código civil se aplica a todas las materias reguladas en el Código de Comercio. Además, los tribunales de comercio, creados en la época napoleónica, fueron abolidos en 1838; el derecho concursal fue llevado a una ley especial y no se aplica sólo a los comerciantes. En fin, en 1934, casi todas las diferencias que subsistían entre comerciantes y no comerciantes fueron eliminadas. En esas circunstancias, la duplicidad de códigos era difícilmente justificable. No debe olvidarse tampoco que Holanda contó con una figura señera para la unificación del derecho privado, MOLENGRAAF, que en el último tercio del siglo XIX profundiza en los trabajos de ENDEMANN. Aunque con cierto retraso, sus lúcidas reflexiones calaron en el legislador holandés.

En efecto, el nuevo Código Civil holandés (*Nieuw Burgerlijk Wetboek: NBW*), todavía inacabado, comenzó a elabo-

se en 1934. En 1970 entró en vigor el libro primero (De personas y de la familia); en 1976, el libro segundo (De personas jurídicas), y en 1992, los libros tercero, quinto y sexto, así como una parte del séptimo, relativos al derecho de bienes y de obligaciones. Con ello, el proceso de recodificación está próximo a su fin. Se trata de un Código consolidado, en el que se reúnen el derecho civil, el Código de Comercio (*Wetboek van Koophandel*) y el derecho del consumo.

### 3. Ordenamientos no unificados.

#### 3.1. Francia.

Es sin duda el país vecino el paradigma de la división del derecho privado, porque, junto a la dualidad de códigos, existe dualidad de jurisdicciones. Sin embargo, la idea de la unificación ha estado siempre presente en la doctrina.

La doctrina tradicional, además de decantarse por la fusión del derecho privado (LAURENT), polemizó en torno a las influencias recíprocas entre el derecho civil y el derecho mercantil: es ya clásico el enfrentamiento entre THALLER, para quien la codificación napoleónica consagró la prevalencia del derecho común, que después se irá afirmando progresivamente, y LYON-CAEN, para quien es igualmente patente "la influencia del derecho mercantil sobre el derecho civil", de modo que, aunque "habrá siempre algunas reglas que serán especiales para los comerciantes, llegará sin duda un momento en que no serán tan numerosas para constituir una rama del derecho".

Con posterioridad, aunque la idea de la fusión se atempera, autores tan destacados como RIPERT, desde la comercialización del derecho común, y HAMEL, desde la recíproca influencia de ambas ramas del derecho privado, postulan también la unificación.

Las ideas unificadoras arrecian tras la segunda guerra

mundial, modificándose parcialmente la perspectiva de análisis. Sobre la base de la continuación de la división legislativa del derecho privado, prosigue la polémica acerca de las relaciones entre ambas ramas: pero comienza a observarse que el tradicional derecho mercantil ya no se adapta a la realidad. Y un movimiento análogo se produce en la doctrina belga.

En el Congreso de 1953, la doctrina francesa, mayoritariamente, reconoce la imposibilidad de realizar la unificación sustancial del derecho privado, la *conveniencia de unificar el derecho privado de obligaciones*, la imposibilidad de hacer desaparecer todas las reglas especiales para ciertas actividades profesionales y la necesaria reducción del ámbito del derecho mercantil como derecho especial.

En esa consideración influye, sin duda, la constatación de la insuficiencia del derecho civil tradicional para ofrecer las soluciones que la vida económica exige, configurándose el derecho mercantil como un derecho excepcional y pragmático frente al derecho civil; el derecho mercantil forma parte del derecho privado junto al derecho civil, sin confundirse; el derecho civil conformaría el derecho común, mientras el derecho mercantil comprendería las reglas particulares establecidas en interés del comerciante, configurándose, salvo excepciones, como un derecho dependiente del derecho civil. Son, pues, razones empíricas las que justificarían la separación de ambas ramas del derecho privado, y ello a pesar de que se reconoce que la unificación conllevaría la simplificación de las reglas jurídicas.

No obstante, destacadas voces se alzan contra la dualidad derecho comercial/derecho civil. Para ROBERT, parece claro que una concepción puramente objetiva del derecho mercantil conduce a la defensa de la idea de unidad dentro del derecho privado: parece difícil justificar la dualidad, excepto en lo referido a las reglas relativas al ejercicio de la profesión de comerciante —que habrían de conformar un derecho profesional—, cuando numerosos contratos utilizados en la

la comercial coinciden con los contratos utilizados en la vida civil, y ello máxime cuando en la sociedad moderna el espíritu comercial domina la vida civil. La conclusión es clara: un régimen uniforme sería en todo caso más simple y respondería mejor al ideal de igualdad y al espíritu de la lógica.

Para MAREY, el autor que con más detenimiento y profundidad se ha ocupado del tema en tiempos recientes, un análisis desapasionado del problema muestra dos claros fenómenos. El primero, el de los *progresos de la unificación del derecho civil y del derecho mercantil*: "el legislador ha continuado el movimiento tradicional de aproximación entre las instituciones civiles y las mercantiles, con lo que atenúa las consecuencias tradicionales de la distinción y acentúa la unificación del derecho civil y del derecho mercantil". El segundo, el de la *superación de la distinción del derecho civil y del derecho mercantil*: "el legislador, para tener en cuenta la realidad económica, se abstrae cada vez más de la oposición tradicional entre los comerciantes y los no comerciantes para referirse a conceptos u oposiciones diferentes. Entre ellos, la noción de profesional, que supone una verdadera superación de la distinción del derecho civil y del derecho mercantil".

165

### 3.2. Alemania.

Hay que comenzar recordando que en Alemania se han dado factores que llevan a contemplar de diferente forma las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil. En particular, la "generalización" del derecho mercantil tuvo una manifestación positiva en la promulgación del Código civil (*BürgerlichesGesetzbuch: BGB*), al que pasaron múltiples instituciones originariamente mercantiles desde el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB)*, lo que, al mismo tiempo que reduce considerablemente el contenido del Código de Comercio (*HandelsGesetzbuch: HGB*), permite

mundial, modificándose parcialmente la perspectiva de análisis. Sobre la base de la continuación de la división legislativa del derecho privado, prosigue la polémica acerca de las relaciones entre ambas ramas; pero comienza a observarse que el tradicional derecho mercantil ya no se adapta a la realidad. Y un movimiento análogo se produce en la doctrina belga.

En el Congreso de 1953, la doctrina francesa, mayoritariamente, reconoce la imposibilidad de realizar la unificación sustancial del derecho privado, la *conveniencia de unificar el derecho privado de obligaciones*, la imposibilidad de hacer desaparecer todas las reglas especiales para ciertas actividades profesionales y la necesaria reducción del ámbito del derecho mercantil como derecho especial.

164 En esa consideración influye, sin duda, la constatación de la insuficiencia del derecho civil tradicional para ofrecer las soluciones que la vida económica exige, configurándose el derecho mercantil como un derecho excepcional y pragmático frente al derecho civil; el derecho mercantil forma parte del derecho privado junto al derecho civil, sin confundirse: el derecho civil conformaría el derecho común, mientras el derecho mercantil comprendería las reglas particulares establecidas en interés del comerciante, configurándose, salvo excepciones, como un derecho dependiente del derecho civil. Son, pues, razones empíricas las que justificarían la separación de ambas ramas del derecho privado, y ello a pesar de que se reconoce que la unificación conllevaría la simplificación de las reglas jurídicas.

No obstante, destacadas voces se alzan contra la dualidad derecho comercial/derecho civil. Para ROBLON, parece claro que una concepción puramente objetiva del derecho mercantil conduce a la defensa de la idea de unidad dentro del derecho privado: parece difícil justificar la dualidad, excepto en lo referido a las reglas relativas al ejercicio de la profesión de comerciante —que habrían de conformar un derecho profesional—, cuando numerosos contratos utilizados en la

da comercial coinciden con los contratos utilizados en la vida civil, y ello máxime cuando en la sociedad moderna el espíritu comercial domina la vida civil. La conclusión es clara: un régimen uniforme sería en todo caso más simple y respondería mejor al ideal de igualdad y al espíritu de la lógica.

Para MARTY, el autor que con más detenimiento y profundidad se ha ocupado del tema en tiempos recientes, un análisis desapasionado del problema muestra dos claros fenómenos. El primero, el de los *progresos de la unificación del derecho civil y del derecho mercantil*: "el legislador ha continuado el movimiento tradicional de aproximación entre las instituciones civiles y las mercantiles, con lo que atenúa las consecuencias tradicionales de la distinción y acentúa la unificación del derecho civil y del derecho mercantil". El segundo, el de la *superación de la distinción del derecho civil y del derecho mercantil*: "el legislador, para tener en cuenta la realidad económica, se abstrae cada vez más de la oposición tradicional entre los comerciantes y los no comerciantes para referirse a conceptos u oposiciones diferentes. Entre ellos, la noción de profesional, que supone una verdadera superación de la distinción del derecho civil y del derecho mercantil".

165

### 3.2. Alemania.

Hay que comenzar recordando que en Alemania se han dado factores que llevan a contemplar de diferente forma las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil. En particular, la "generalización" del derecho mercantil tuvo una manifestación positiva en la promulgación del Código civil (*BürgerlichesGesetzbuch: BGB*), al que pasaron múltiples instituciones originariamente mercantiles desde el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB)*, lo que, al mismo tiempo que reduce considerablemente el contenido del Código de Comercio (*HandelsGesetzbuch: HGB*), permite

deslindar de una forma más adecuada las relaciones sometidas al derecho especial y al derecho común.

Como consecuencia de ello, en Alemania es bastante clara la existencia de materias desgajadas (*Sondermaterie*) del derecho mercantil tradicional: a la tradicional autonomía del derecho concursal —desde siempre unificado—, del derecho marítimo e incluso del derecho cambiario, se suma hoy el derecho de sociedades, como derecho de organización de las empresas, el derecho bancario, el derecho del transporte, el derecho de la competencia, que se manifiesta tanto en los manuales como en la docencia de la disciplina, y que han llevado a afirmar (ZÖLLNER) que “el derecho mercantil como derecho separado de los comerciantes y del comercio es tan sólo una forma de expresarse” y a subrayar su “utilidad académica”.

166

Aunque no han faltado defensores de la tesis de la unificación (EICHLER, MÜLLER-FREIHNELS y, sobre todo, MÖLLER, que, tras un amplio análisis de los dos Códigos alemanes y de la realidad del tráfico, se inclina por la conveniencia de abandonar la distinción entre derecho civil y derecho mercantil, a través de la elaboración de un amplio Código civil de carácter general y de múltiples leyes especiales sectoriales), la tendencia dominante es la de considerar al derecho mercantil como un derecho especial de los comerciantes, que forma parte del tronco del *Privatrecht* (LUTTER, K. SCHMIDT, ZÖLLNER).

### 3.3. Argentina.

Una buena piedra de toque para afirmar la posibilidad de la unificación del derecho privado la encontramos en la República Argentina. Un avanzado intento de unificación del derecho privado tuvo su punto de arranque en la creación, en 1986, de la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados”. La unificación se apoyaba en dos presupuestos

fundamentales señalados por la doctrina: la pérdida de vigencia del Código de Comercio y, sobre todo, la progresiva extensión del derecho mercantil que provocó una generalización de su ámbito de aplicación y la comercialización del derecho civil. Desde un punto de vista formal, la unificación trataba de llevarse a cabo a través de tres conjuntos normativos: la Ley de Unificación, el conjunto de reformas del Código civil (Anexo I) y el conjunto de reformas de la legislación complementaria (Anexo II). No se creaba, en consecuencia, un solo cuerpo legal que sustituyese a los dos Códigos de derecho privado, sino que se derogaba el Código de Comercio, se reformaba en profundidad el Código civil para acoger en su seno las normas "mercantiles" y se mantenía la vigencia de las leyes especiales desgajadas de ambos Códigos (títulos valores, sociedades, concurso de acreedores).

La reforma no llegó a cuajar, por dos razones fundamentales: su apresuramiento, ampliamente denunciado por la doctrina argentina, que era difícilmente compatible con los ambiciosos objetivos perseguidos, y la tendencia del derecho argentino a recibir, acriticamente, soluciones de otros ordenamientos. Pero lo que verdaderamente interesa ahora señalar es que *en ningún momento se cuestionó la conveniencia de la unificación del derecho privado*, sino tan sólo el apresuramiento con que se pretendía llevar a cabo, y que *la labor de unificación resultó relativamente sencilla*: las críticas de fondo no se dirigieron nunca contra las decisiones unificadoras, sino contra la previsión de instituciones sin raigambre en el derecho argentino.

## V. Conclusiones

168 El sucinto análisis *histórico* muestra que el derecho mercantil no es más que una categoría jurídica nacida en un momento determinado como consecuencia de las exigencias de los comerciantes y de la insuficiencia del derecho común, que, consecuentemente, puede —y debe— desaparecer cuando esas circunstancias no concurren. Del mismo modo que fue innecesario un derecho especial en Grecia y, sobre todo, en Roma y que en los sistemas anglosajones el *common law* satisface las necesidades del tráfico sin necesidad de acudir a un derecho especial, la *generalización* del derecho mercantil (en la doble manifestación de su extensión a quienes no son comerciantes o empresarios y de la “mercantilización” del derecho común) lleva a la conclusión de que la unificación *sustancial* del derecho privado parezca, si no inevitable, algo fácilmente hacedero y muy conveniente para la seguridad del tráfico. A la dificultad de acotar el ámbito de aplicación del derecho mercantil se une la consideración de que el derecho común, debidamente evolucionado, puede satisfacer sin excesivas dificultades las “necesidades del tráfico”.

Esa conclusión se refuerza con el análisis de las tendencias actuales del derecho privado del tráfico, que llevan a propugnar una *disolución del tradicional derecho mercantil* y una *desmembración del derecho del tráfico* —público y privado— en múltiples sectores, que presumiblemente alcanzarán autonomía: derecho de la competencia, derecho industrial, derecho de sociedades, derecho de los títulos-valores, derecho de obligaciones y contratos, derecho bancario, derecho bursátil, derecho del seguro, derecho de la navegación, derecho concursal. De acuerdo con ello, la *técnica* más adecuada para llevar a cabo la unificación sería la *superación* de la dualidad derecho civil/derecho mercantil a través de la promulgación de *leyes especiales sectoriales*, que permitirían la contemplación global —pública y privada— de las diversas instituciones.

La unificación del derecho privado deja de ser simplemente conveniente y se convierte en necesaria cuando se asocia a la consideración de la *autonomía legislativa* del derecho mercantil. La subsistente duplicidad de instituciones civiles y mercantiles en los campos del derecho de sociedades, del derecho de obligaciones y contratos y del derecho concursal carece de todo sentido, porque provoca problemas muy graves de orden teórico y, sobre todo, práctico, que se eliminarían de raíz con la unificación: competencia judicial (en aquellos ordenamientos donde se mantiene una jurisdicción mercantil separada de la civil), ámbito de aplicación de la ley (problema de *calificación*) y, en ocasiones, incluso trato desigual a las personas.

La *referencia constitucional* a la "legislación mercantil" como separada y distinta de la "legislación civil", que parece dificultar, al menos a corto plazo, la unificación del derecho privado español, ante la necesidad de delimitar a diario el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, constituye un obstáculo más aparente que real: no sólo por la posibilidad de reforma constitucional y ni siquiera por el hecho de que la delimitación de lo mercantil vendría exigida única y exclusivamente a efectos de determinar la competencia estatal, lo que puede hacerse sin dificultades en el seno de una ley unificadora, sino también, y sobre todo, porque el propio texto constitucional propicia, al amparo de la unidad de mercado, la unificación de aquellos sectores en los que existe duplicidad normativa: derecho de sociedades, derecho de obligaciones y contratos y derecho concursal.

La consideración de la *legislación reciente* muestra claramente los indudables *progresos de la unificación* en el derecho español y lleva a concluir que la unificación del derecho privado es ya, más que un deseo, una verdadera realidad, aunque todavía no consolidada definitivamente. Salvo pequeñas excepciones, la desaparición de dualidad de instituciones y la superación de la tradicional confrontación civil/mercantil son las constantes.

La unificación se está llevando a cabo por dos vías: unas veces es *implícita*, cuando, sin entrar en el problema de la dualidad de instituciones, se establecen principios comunes (v. gr., Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley Cambiaria y del Cheque); pero otras veces es *explícita*, porque se promulga una ley común para las instituciones anteriormente duplicadas (v. gr., Ley de Contrato de Seguro).

Los avances en la *sectorialización del derecho privado* son asimismo evidentes en el derecho de la competencia, de sociedades, del seguro, del mercado de valores, del transporte, y, a nivel prelegislativo, del derecho concursal.

170 El análisis exhaustivo de la *doctrina* que se ha ocupado específicamente de las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil muestra que la idea de la unificación del derecho privado está claramente enraizada entre los mercantilistas, sobre todo por lo que se refiere a los sectores donde existe duplicidad de instituciones, y que la división del derecho privado se manifiesta fundamentalmente como una cuestión académica, de forma que incluso los escasos autores que rechazan la unificación sostienen, al mismo tiempo, que la "autonomía sustancial" del derecho mercantil no se vería amenazada por la unificación formal o legislativa del derecho privado, que juzgan conveniente.

La *consideración de los principales ordenamientos* del entorno español confirma esas impresiones. Dejando a un lado los ordenamientos del sistema anglosajón, en los que —como en Roma— el problema de un derecho especial ni siquiera se plantea, es lo cierto que destacados ordenamientos (Suiza, Italia, Holanda) han llevado a cabo la unificación sin excesivas dificultades técnicas y, desde luego, sin consecuencias traumáticas para el tráfico: que en otros (Argentina) ha fracasado, al menos temporalmente, por cuestiones accesorias, y que donde se mantienen ambas "ramas" (Francia, Alemania), las constatadas dificultades de delimitación del derecho especial y las siempre existentes tesis unificadoras se unen a la más que patente sectorialización del derecho privado.

## Bibliografía

- AA VV, *Centenario del Código de Comercio*, I, Madrid, 1986;
- AA VV, *La reforma del derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español)*, Madrid, 1982; AA VV, *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979; AA VV, *L'unification interne du droit privé*, Paris, 1954; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, Barcelona, 1991; ALFARO, "El papel de los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 C.Co.)", en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, II, 3; A. ALONSO, *Elementos de Derecho mercantil*, t. I, *Introducción (Concepto, método y sistema)*, Albacete, 1989; ALSINA, "El Proyecto de unificación de normas civiles y comerciales: Algunas de sus muy graves falencias", en *El Derecho*, 20 de octubre de 1987, I; AIVAREZ DEL MANZANO, *Curso de Derecho mercantil, filosófico, histórico y vigente*, I, Madrid, 1890; AIVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MISANA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, I, Madrid, 1915; ASCARELLI, "La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale", *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 1; *Corso di diritto commerciale* (3.ª ed.), Milano, 1962; AULETTA/SALANTIRO, *Diritto Commerciale* (6.ª ed.), Milano, 1990.
- BELTRAN, "La unificación del derecho privado en la República Argentina", *ADC*, 1988, 517; "Sobre los contratos de integración vertical en la agricultura", *ADC*, 1989, 445; BERCOVITZ, "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Garrigues*, 1971, I, 1; "En torno a la unificación del Derecho privado", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, I, 151; "La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil", en BERCOVITZ/BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, 22; BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho Mercantil según la Filosofía, la Historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América* (3.ª ed.), I, Madrid, 1910; BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; BONET CORREA, "Las transformaciones contemporáneas del ordenamiento patrimonial", en *Estudios De Castro*, cit., I, 271; BONET RAMÓN, "Proceso formativo del Derecho mercantil", *RJCat*, 1953, 210; BORRAJO, "Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo", *RDM*, 1957, 363;

- BRADGATE/SAWAGE, *Commercial Law*, London / Dublin / Edinburgh 1991; BROSELA, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965; "Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del derecho mercantil", en AA VV, *Centenario*, cit., 421; BUCHER, "Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht", *Festschrift Meier-Hayoz*, 1972, 1; BUONOCORI, "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", *Riv. dir. civ.*, 1995, 1-41; BURIN DEL ROZIERI, *La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais*, Paris, 1959; BUSTOS, "Derecho civil, derecho mercantil, derecho del consumo", *La Ley*, 1990, 3, 857.
- H. CAMARA, "Una aproximación al Proyecto de unificación legislativa civil y comercial", *RDCO*, 1987, 379; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Napoli, 1988, vol I; CARNAZZA, *Il diritto commerciale dei romani*, Catania, 1891; CASSANDRO, *Storia del diritto commerciale*, Bari, 1955; CASIAN, *Derecho civil español, común y foral* (2.<sup>a</sup> ed.), I, Madrid, 1926; COING, "Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte", en *Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, 1975, 102.
- DAVID, "La distinction du droit civil et du droit commercial en Angleterre", en *Studi Mossa*, 1960, I, 40; J. DE BENITO, *Prólogo a la traducción de VIVANTE, La unificación del derecho privado*, Madrid, 1925; J. DE BENITO MAMPEL, "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, 1978, 31; L. DE BENITO, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1924; DE CASIRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1942; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, I, Madrid, 1923; DE LA CUESTA RUTE, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974; DELAMARRE/LE POHVIN, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, Paris, 1861; DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, Salamanca, 1977; DELL'AQUILA, "La comercializzazione del diritto privato al vaglio della tradizione", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1251; DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* (2.<sup>a</sup> ed.), Helle; DEAZ DOMINGUEZ, *Tratado elemental de Derecho Mercantil*, I, Granada, 1908; DIDIER, *Droit commercial*, Paris, 1992; DIEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979; "Codificación, descodificación y recodificación", *ADC*, 1992, 473; DUQUE, "Constitución económica y Derecho mercantil", en AA VV, *La reforma de la legislación mercantil*,

- Madrid, 1979, 63; "El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época", en AA VV. *Centenario*, cit., 85; DURAN Y BAS, "Concepto del Derecho mercantil en la ciencia moderna", *RJCat*, 1896, 5.
- FRENBERG, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, Leipzig, 1913;
- EICHLER, "Die Einheit des Privatrechts", *ZHR*, 1964, 184;
- EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, 1988; ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt* (2.<sup>a</sup> ed.), Heidelberg, 1868; ESCARRA, *Principes de droit commercial*, Paris, 1934; "L'autonomie du droit commercial", en *Studi Vivante*, I, 379; ESPEJO, *Derecho mercantil* (5.<sup>a</sup> ed.), I, Valencia, 1923; ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, I, Madrid, 1951; ESTIENS, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1890.
- FADDA, *Gli istituti commerciali del diritto romano*, Napoli, 1903;
- FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950; FERNANDEZ NOVOA, "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", *RDM*, 1965, 7; FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale* (8.<sup>a</sup> ed., a cura di Angelici y Ferri), Torino, 1991; FRICK, *Das schweizerische Obligationenrecht vom 30 März 1911*, Zurich, 1911; FIGA, "Colisión intraestatal de ordenamientos, Derecho civil y Derecho mercantil, líneas de conflicto", *ADC*, 1981, 41; "El ordenamiento jurídico mercantil", *RGLJ*, 1982, 5; "Los civilistas y la evolución histórica del Derecho mercantil", *ADC*, 1984, 369; FONT GALAN, "¿Hacia un sistema jurídico mercantil de faz completamente nueva? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social", *RDM*, 1985, 381; "El derecho del consumidor entre Códigos y Constitución: lugar de encuentro del derecho civil y del derecho mercantil", *CDC*, 6 (1989), 79; FRANCESCHELLI, *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*, Milano, 1970; FREDERICK, "L'unification du droit civil et du droit commercial", *Rev. dr. com.*, 1962, 203.
- GALAN, "En torno a la competencia del corredor de comercio para la intervención de poderes", *CDC*, 1 (1987), 10; GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976; *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1979; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La competencia exclusiva del Estado sobre la «legislación mercantil»", en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, Madrid, 1991, V, 4081-4104; GARCÍA VILLAVEVERDE/FLORES/FRADE-

- IAS, "Diez años de Constitución, diez años de reformas del derecho mercantil español", *CDC*, 6 (1989), 7; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1.ª, Madrid, 1947; "Hacia un nuevo Derecho mercantil", *REP*, 1942, 197; "La crisis del Derecho mercantil contemporáneo", *RDM*, 1955, 91; "Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", *RDM*, 1959, 7; "Derecho Mercantil y Derecho Civil", *AAMN*, 1967 (separata); "Setenta y cinco años de Derecho Mercantil", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, 263; GAY DE MONTELLA, *Código de comercio español comentado*, Barcelona, 1936; GIERKE, "Der Entwurf des neuen HGB", *ZGR*, 1896, 449; GIRON, "El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", *ADC*, 1954, 695; "Concepto de Derecho mercantil en derecho español", *ADC*, 1954, 971; *Tendencias generales en el Derecho mercantil actual (Ensayo interdisciplinario)*, Madrid, 1985; *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986; "Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio", en AA VV, *Centenario*, cit., 167; GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I (2.ª ed.), Stuttgart, 1875; *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891; GÓMEZ SIGAEL, "Algunos problemas actuales del Derecho mercantil", en *Estudios Uria*, cit., 207; GÓMEZ DE LA SERNA/REUS, *Código de Comercio concordado y anotado precedido de una introducción histórico-comparada* (3.ª ed.), Madrid, 1859; GONDRA, *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992; GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1853; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Fundamentos de Derecho mercantil*, Madrid, 1956; GOODE, *Commercial Law*, London, 1982; "The codification of commercial law", en *Commercial Law, Aldershot/Hong Kong/Singapore/Sydney*, 1992, 537; GORDON, *Système de droit commercial des soviets*, Paris, 1933; GUYON, *Droit des affaires* (6.ª ed.), Paris, tomo I.
- HAMIL, "Droit civil et droit commercial en 1950", en AA VV, *Le droit privé français au milieu du XX siècle*, Paris, 1950; HARIKAMP, "Civil Code revision in the Netherlands 1947-1992", en HAANAPPEL/MACKAAY, *New Netherlands Civil Code patrimonial law (Property, obligations and special contracts*, Boston, 1990; HECK, "Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesordnetes Handelsprivatrecht?", *AcP*, 1902, 438; HERNÁNDEZ GIL, *El concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943; HOUIN, "L'unification interne du droit privé en France", en AA VV,

- Unification interne*, cit., 99; HOJIN/PEDAMON, *Droit commercial* (9.ª ed.), Paris, 1990; HONDIUS, "Das neue niederländische Zivilgesetzbuch", *AcP*, 1991, 378; HULCK/KANARIS, *Derecho de los títulos-valor* (traducción), Barcelona, 1988; HUVELIN, *L'histoire du droit commercial*, Paris, 1904.
- La *edad de la descodificación* (traducción), Barcelona, 1992.
- JIMÉNEZ DE PARGA, "Algunas cuestiones previas acerca del concepto y método del Derecho mercantil actual", en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, 1971, III, 477; "Condicionamientos históricos del Derecho mercantil en la fase inicial de su formación", en *Estudios Uria*, cit., 313; "Desarrollo y expansión del Derecho mercantil", en *Estudios Polo*, cit., 375; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Aproximación al tema del concepto del Derecho mercantil", en *Estudios Uria*, 335; JORDANO, "Derecho civil, Derecho privado y Derecho público", *RDP*, 1963, 868; "Derecho civil y Derecho mercantil", *RDP*, 1964, 175.
- KASER, *Das römische Privatrecht* (2.ª ed.), München, 1971; KING, "Commercial Law: Times of change and expansion", en *Commercial and consumer law*, Oxford, 1993, 121; KRAUSE, "Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht", *ZHR*, 1938, 68.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1988; LALAGUNA, "La relación entre el Derecho civil y el Derecho mercantil", *RGLJ*, 1968, 418; LANGEL, *Manual de Derecho mercantil español*, I, Barcelona, 1950; "La autonomía del Derecho mercantil", *RGLJ*, 1942, 465 y 581; "Las directrices fundamentales del Derecho mercantil", *RDM*, 1947, 317; "El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil", *RDM*, 1961, 319; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción), Barcelona, 1980; LAURENT, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, Paris, 1903; LEFEBVRE, "La spécificité du droit commercial. Réflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil", *Rev. trim. dr. comm.*, 1976, 285; LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908; M. LEHMANN, *Bürgerliches Recht und Handelsrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse*, 1983; LOCHER, *Handels-, Wechsel- und Seerecht*, Berlin, 1931; LOCRE, *Esprit du code de commerce*, Paris, 1807; LYON-CAËN, "Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial", *Rev. trim. dr. com.*, 1949, 557.
- MANARA, *Contro un codice unico delle obbligazioni*, Torino, 1893; MARIN LAZARO, *Comentarios del Código de Comercio español*, I, Madrid, 1932; MARTI DE EIXALA, *Instituciones del Derecho*

- Mercantil de España*, Barcelona, 1848 (9.ª ed., adaptada al Código de Comercio de 1885 por Duran y Ventosa, 1911); MARTÍN BALLESIERO, "La empresa y el Derecho civil", en *Estudios Serrano*, I, 585; MARTÍNEZ SARRIÓ, "Renacimiento de la idea de la codificación: el Código Civil holandés de 1992", *RJN*, 1992, 235; MARTY, "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", *Rev. dr. com.*, 1981, 681; MENÉNDEZ, "Código de Comercio y reforma de la legislación mercantil", en AA VV, *Reforma*, cit., 39; *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982; "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española", en AA VV, *Centenario*, cit., 45; "Reforma de las leyes y derecho mercantil", ponencia presentada en las Jornadas sobre el nuevo Derecho de la Empresa, celebradas en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, del 18 al 22 de mayo de 1987 (separata); "La «Constitución económica» del Estado mercantilista y el Derecho mercantil", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallés de Govisolo*, I, Madrid, 1988, 349; "El Derecho mercantil del siglo XXI", *La Ley*, 1990, 4, 1197; "Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos", en *RCGAE*, 2, septiembre 1994, 6; MOISSET, "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en Argentina", *RDP*, 1988, 466; MOLENGRAAF, *Principes de droit commercial néerlandais* (traducción), Paris, 1931; MOLL, "El Derecho comercial del Estado nacionalmercantilista", *RJCat*, 1982, 667; MOLLER, "L'unification interne du droit privé dans la République Fédérale allemande", en AA VV, *L'unification interne*, cit., 73; MOSSA, "I problemi fondamentali del diritto commerciale", *Riv. dir. civ.*, 1926, I, 233; MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1921/1924; MÜLLER-FRIEHNELLS, "Zur Selbständigkeit des Handelsrecht", en *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, 583; MUÑOZ-PLANAS, "La objetivación del derecho mercantil en la codificación napoleónica", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, II, 2541-2570.
- NUSSBAUM, "Die Auflösung des Handelsrechtsbegriff", *ZHR*, 1915, 325.
- OFINGER, "Le droit commercial et le droit civil dans la législation suisse", en AA VV, *L'unification interne*, cit., 35; OLIVENCIA, "El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de la reforma", en AA VV, *La reforma*, cit., 315; "El

derecho mercantil. Origen y evolución histórica"; "El derecho mercantil de la codificación"; "Derecho mercantil y derecho de la empresa"; "La autonomía del derecho mercantil", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (dir.), *Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, 3, 11, 21, 26.

PAOLI, "L'autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica", *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 36; PASCUAL QUINTANA, "Aspecto histórico del Derecho mercantil", *RDM*, 1958, 7; PATRY, "L'unité du droit des obligations", en ROTONDI (dir.), *L'unité du droit des obligations. Enquête de droit comparé*, Padova, 1974, 422; PAZ-ARES, "De la sociedad", en AA VV, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, tomo II, 1299; "Naturaleza jurídica de la letra de cambio", en MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario (Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque)*, Madrid, 1986, 96; A. POLO, "El nuevo Derecho de la economía", *RDM*, 1946, 373; "El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia española", *RDP*, 1956, 1175 y 1957, 3; "Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil", en *Estudios Uría*, cit., 547; "Reflexiones finales sobre el centenario del Código de Comercio", en AA VV, *Centenario*, cit., 439; PUENTE, "Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho mercantil", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, III, 75; "De la unificación del Derecho patrimonial privado", en *Homenaje Broseta*, cit., III, 3065-3074.

QUINTANA, "La materia mercantil en la jurisprudencia del Tribunal constitucional", en *La jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Zaragoza, 1985.

RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho* (traducción), Madrid, 1930; RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrecht vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1962; *Geschitliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnvandung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965; "Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht", *JuS*, 1967, 533; REHME, *Historia del Derecho mercantil* (traducción), Madrid, 1941; REICH, *Mercado y Derecho* (traducción), Barcelona, 1985; RIESER, *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1894; RIPERI, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (2.<sup>a</sup> ed.), Paris, 1951; "La commercialisation du droit civil", en *Mélanges Maurovic*, 1934, 269; RIPERI/ROBIOT, *Traité élémentaire de droit commercial*,

I (12.<sup>a</sup> ed.), Paris, 1986, con puesta al día de 1991; ROCCO, *Principios de Derecho mercantil*, Madrid, 1931; ROJO, "José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española", *RDM*, 1977, 121; "El derecho económico como categoría sistemática", en *Estudios Polo*, cit., 977; "Codificación comercial italiana y española", en AA VV, *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 183; ROPPO, *Diritto commerciale* (3.<sup>a</sup> ed.), Roma/Bari, 1991; ROTONDI, "Evoluzione ed involuzione dell'autonomia del diritto commerciale", en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, 835; "La unificación del derecho de las obligaciones civiles y mercantiles en Italia", *RDM*, 1967, 301; RUBIO, "Sobre el concepto de Derecho mercantil", *RDM*, 1947, 317; *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950; RUIZ Y TOMAS, "La moderna doctrina ante el Código único de las obligaciones y contratos", *RGLJ*, 1931, 271.

SACCO, "Codificare: modo superato di legiferare", en *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 117; SÁNCHEZ ANDRÉS, "Marco histórico-comparativo de la nueva disciplina sobre la letra de cambio", en MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario*, cit., 29; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil* (17.<sup>a</sup> ed.), Madrid, 1994; "El Código de Comercio y los contratos mercantiles", en AA VV, *Centenario*, cit., 211; SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico* (traducción), Madrid, 1963; SANTINI, *Commercio e servizi (due saggi di economia del diritto)*, Bologna, 1988; SANTOS, "Sobre los conceptos, sistema y principios en el Derecho mercantil", en *Estudios Batlle*, 739; "Derecho económico y Derecho mercantil", en *ADUM*, 1978, 37; SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui* (3.<sup>a</sup> ed.), Paris, 1964; SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, s.f.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht* (3.<sup>a</sup> ed.), Köln/Berlin/Bonn/München, 1987; *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts. Die Handelsrechtskodifikation in Sichte der Praxis*, 1983; "Vom Handelsrecht zum Unternehmensprivatrecht?", *JuS*, 1985, 249; SCHMITTHOFF, "Il diritto commerciale in Gran Bretagna e nei paesi dell'Europe continentale", *Riv. dir. comm.*, 1973, I, 65; SECRETAN, "L'unité interne du droit suisse", *Bull soc lég comparé*, 1947, 143; SIVELA, *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1881; SOTGIA, *Il diritto commerciale nell'ordinamento corporativo*, Padova, 1942; SPIRO, "Einheit der Kodifikation und Selbständigkeit des Handelsrechts in der Schweiz", en ROTONDI (dir.), *L'unité*, cit., 566; SUÁREZ LLANOS, *Elementos*

de teoría general del derecho patrimonial, Madrid, 1988; "Bases para una ordenación del Derecho de la Contratación mercantil", en AA VV, *La reforma*, cit., 283; "Crítica del saber de los mercantilistas", en *Estudios Polo*, cit., 1141.

TALLON, "Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial", en *Mélanges Jauffret*, 648; THÉZARD, "De l'influence des relations commerciales sur le développement du droit privé", *Rev. crit. lég. jur.*, 1873, 103; THOL, *Das Handelsrecht*, I (5.ª ed.), Leipzig, 1875.

UREÑA, "Ensayo de un plan orgánico de un curso de Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América", *RGLJ*, 1888, 35; URÍA, *Derecho mercantil* (21.ª ed.), Madrid, 1994; "En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal", en AA VV, *Jornadas*, cit., 411.

VAN RYN, "Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial", *Rev. dr. com.*, 1953, 565; VERDERA, "La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento general y directrices básicas", en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, 29; "Código de Comercio y letra de cambio", en AA VV, *Centenario*, cit., 261; VERGEZ, "El Derecho mercantil ante la Constitución española", en *Lecturas sobre la Constitución*, II, 493; VICENT CHULLA, *Compendio crítico de Derecho mercantil* (3.ª ed.), Barcelona, 1990/1991; "El Derecho mercantil del neocapitalismo", *RDM*, 1976, 7; "Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho mercantil en la última década", en *Homenaje Broseta*, cit., III, 4043-4121; VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado* (1.ª ed.), Zaragoza, 1944; (4.ª ed.), Zaragoza, 1960; VIVANTE, "Per un codice unico delle obbligazioni", en *Arch giur.*, 1888, 407; "Ancora per un codice unico delle obbligazioni", *Riv. it. sc. giur.*, 1892, 378; *La unidad del Derecho privado en materia de obligaciones* (traducción), Madrid, 1925; VON THUR, *Allgemeiner Teil Des schweizerischen Obligationrechts*, Tübingen, 1924.

WHITE/SUMMERS, *Uniform Commercial Code* (3.ª ed.), St. Paul [Minnesota], 1991; WIEDEMANN, *Handelsrecht* (6.ª ed.), München, 1992; WIELAND, *Handelsrecht*, I, München/Leipzig, 1921.

ZÖLLNER, "Wovon handelt das Handelsrecht?", *ZGR*, I, 1983, 82; "Die politische Rolle des Privatrechts", *JuS*, 1988, 5.