

misión creada en 1855 para la reforma del Código de comercio, de la que formaba parte el ilustre profesor.<sup>44</sup> Por fin, tras la “revolución gloriosa”, el decreto de 20 de septiembre de 1869 nombrada la sexta comisión y establecía las bases que debían orientar la realización de los trabajos posteriores.<sup>45</sup>

El proyecto elaborado por la sexta Comisión, que aparece fechado el 6 de febrero de 1875 y consta de 924 artículos se eleva al gobierno quedando posteriormente paralizado como consecuencia de determinadas vicisitudes políticas que no permitieron la conclusión del proceso legislativo. Años más tarde, exactamente el 8 de mayo de 1880, se publica en la Gaceta de Madrid la ley que ordena el nombramiento de una comisión revisora del proyecto<sup>46</sup> y el sometimiento del mismo a información pública.<sup>47</sup> Cum-

del *Curso de derecho mercantil* (pp. 17 a 83) del mismo autor es verdaderamente notable y en sus preceptos figuran incorporadas orientaciones expuestas por González Huebra en su interpretación del Código de 1829 (*vid. p.e.*, pp. 46-47 del *Curso* y art. 83 del proyecto, p. 81 y art. 286, p. 84 y arts. 279-280, por citar solamente algunas). De sus preceptos, en fin, merecen referencia en este lugar los arts. 2º y 3º que contienen una enumeración de 16 y 6 clases de actos de comercio respectivamente; el art. 7º “Serán tenidos por comerciantes para todos los efectos del derecho los que reuniendo las cualidades que se expresará, se inscriban en la matrícula del comercio y ejerzan actos mercantiles”; el art. 8º que somete a la ley y al fuero mercantil, imponiéndolas también las obligaciones propias de los comerciantes, a quienes no estando matriculados se dediquen habitualmente al comercio; y el art. 9º: “Los que accidentalmente practiquen alguna operación mercantil, sólo quedarán sujetos a la Ley y al fuero de comercio, en lo que concierne al cumplimiento de la operación que hayan practicado”.

<sup>44</sup> Así, Menéndez, Aurelio, *El registro mercantil*, *cit.*, p. 45, el cual pone de manifiesto que el proyecto es de valor desigual.

<sup>45</sup> Rubio, J., *Introducción*, *cit.*, p. 330, ha indicado que, en verdad, “los trabajos realmente preparatorios se acometen a partir de la Comisión de 1869”.

<sup>46</sup> La Comisión, nombrada por real decreto de 1 de marzo de 1881, inicia sus tareas el 4 de marzo de 1881 y probablemente prolonga su actividad hasta fechas bien próximas a la presentación del proyecto en las Cortes. *Cfr.* Iglesias Prada, J. L., *RDM*, 1973, pp. 474-477. Es también por estas fechas cuando la Comisión revisora, entre los diversos informes que elaboran entidades y corporaciones —como el de la Junta Sindical del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa y el presentado al Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid por los ponentes nombrados por el mismo—, recibió las “observaciones referentes al proyecto de Código de comercio” presentadas por una comisión de comerciantes banqueros”, fundamental para el conocimiento del proceso de elaboración de los títulos X y XI del libro II. Las “observaciones” están impresas en Madrid en 1881. Un ejemplar del mismo figuraba entre los materiales de trabajos utilizados por la Comisión revisora. Puede igualmente consultarse el ejemplar existente en la Biblioteca Nacional.

<sup>47</sup> Con anterioridad, las Cortes habían aprobado, en la sesión del sábado 17 de abril de 1880, el siguiente texto del proyecto de ley: “Artículo 1º. El gobierno a propuesta de los Ministerios de Gracia y Justicia y de Fomento, nombrará una

plido este último trámite y revisado de nuevo por la Comisión, el proyecto es presentado a las Cortes el 20 de marzo de 1882. La inestabilidad política de la época retrasó la tramitación. El 22 de agosto de 1885 tuvo lugar su promulgación, entrando en vigor el 1 de enero de 1886<sup>48</sup> y continuando su vigencia en la actualidad, aunque con importantísimas modificaciones y derogaciones parciales. Poco después de la promulgación se extendió su vigencia a Cuba y Puerto Rico y también a Filipinas.<sup>49</sup>

## 2. La oposición universitaria al Código de comercio

En la génesis del segundo Código de comercio español, la existencia de una codificación mercantil separada no es, sin embargo,

Comisión especial que revise el proyecto de reforma del Código de Comercio, formado por la Comisión que se ha nombrado al efecto por decreto de 20 de septiembre de 1869. Dicho proyecto se publicará desde luego, señalándose un plazo de seis meses para que dentro de él los tribunales, corporaciones y particulares puedan someter al juicio de la Comisión las observaciones que acerca del mismo estimen conveniente. Dentro del propio plazo se consultará por el Ministerio de Gracia y Justicia a las Audiencias, Colegios de Abogados y Academias de Derecho, y por el de Fomento a las Universidades, Juntas provinciales de agricultura y comercio y demás corporaciones competentes que del mismo dependen, acerca de la conveniencia de establecer los tribunales de comercio y respecto a las bases de su organización en primera y segunda instancia si ha de tener lugar su restablecimiento. Artículo 2º. El Gobierno someterá a las Cortes, en la forma que juzgue más expedita y adecuada, en cuanto se haya cumplido con lo dispuesto en el artículo anterior, la reforma de la legislación mercantil hasta el día vigente” (*Diario de las sesiones de Cortes*, apéndice quinto al núm. 108, sesión del sábado 17 de abril de 1880). La ley se aprobó el 7 de mayo, publicándose en la *Gaceta* del siguiente día. Por lo que se refiere a las observaciones remitidas por centros profesionales Silvela, F., *Proyectos de reforma en nuestra legislación mercantil, penal y civil* (discurso leído por el Ministro de Gracia y Justicia en la Apertura de Tribunales, celebrada en 15 de octubre de 1884), *R.G.L.J.*, 65, 1884, pp. 294-311, en particular p. 296.

<sup>48</sup> Esta larga vigencia del C. de c. de 1885 no significa que resulte satisfactorio. Incluso puede afirmarse que nace viejo. Como escribe R. de Ureña, en su “Ensayo de un plan orgánico de un curso de Derecho mercantil de España, y de las principales naciones de Europa y América”, *R.G.L.J.*, 73, 1888, pp. 637-639, nota 1, “el Código de 1885, a pesar de sus muchos defectos, hubiera sido uno de los más notables en Europa si se hubiera publicado treinta años antes, es decir, a mediados de siglo”. No es de extrañar, en consecuencia, que desde el momento mismo de su promulgación se denunciase la necesidad de reformarlo (v., entre otros, Blanco Constans, F., “Reformas que deben introducirse en el Código de comercio vigente”, *R.G.L.J.*, 93 1898, pp. 109-117, 340-348 y 426-442 y 94; 1899, pp. 277-299; Santos Guzmán, F. de los, “Reformas más urgentes que deben realizarse en la legislación civil, mercantil y penal”, *R.G.L.J.*, 103, 1903, pp. 185 y ss.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

un postulado que carezca de contradictores. La doctrina unitaria —o unificadora— de los derechos civil y mercantil está presente, en efecto, en los autores españoles del último tercio del siglo XIX. Esta aportación española —por motivos de difícil justificación— ha caído en el olvido, a pesar de que tanto por las fechas en que la idea unificadora es defendida como por la autoridad de los defensores merece el calificativo de adelantada.

Dos informes universitarios de la época destacan especialmente en favor de la unificación.

El primero es el emitido por la Facultad de Derecho de la Universidad Literaria de Oviedo, con fecha 9 de julio de 1881.<sup>50</sup> El informe se emite “en cumplimiento de la Real Orden de 10 de junio próximo pasado, para llevar a efecto lo mandado por la Ley de 7 de mayo de 1880 (...), acerca de la conveniencia de restablecer los tribunales de comercio, y respecto a las bases de reorganización en primera y segunda instancia si ha de tener lugar su restablecimiento”.<sup>51</sup> Desaparecida la jurisdicción mercantil especial por el Decreto de unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868,<sup>52</sup> fueron muchas las veces que, a lo largo de los años sucesivos, reclamaron su restablecimiento, hasta el punto de que el gobierno consideró oportuno reconsiderar la supresión.<sup>53</sup> Entre los organismos consul-

<sup>50</sup> Archivo de la comisión General de Codificación, *Código de comercio*, Legajo S. N., doc. 12. El informe ovetense aparece manuscrito y sin título y sin paginar.

<sup>51</sup> V. *supra* nota 47.

<sup>52</sup> El Código de comercio español de 1829, siguiendo no sólo el ejemplo francés sino también lo establecido en el decreto de 14 de octubre de 1809 y en la r. o. de 10 de mayo de 1817, mantuvo una jurisdicción especial en los asuntos mercantiles, en primera instancia, en aquellas localidades en las que existiera un consulado de comercio y en aquellas otras donde en el futuro se erigiera uno nuevo (especialmente artículos 1178 y 1179). Los escasos preceptos que el Código dedicaba al tema fueron desarrollados por la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, promulgada el 24 de julio de 1830, en la que se contenía todo el aspecto procedimental del juicio mercantil ordinario y de los especiales (Gacto, E. *Historia de la Jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, 1971, pp. 159-178). Esta dualidad jurisdiccional, que quizá haya que explicar más por las circunstancias económicas y políticas del momento que por la decisiva influencia modélica del Código de comercio de 1807 en el pensamiento de Sainz de Andino (v., sin embargo, en este último sentido Langle, E., “La jurisdicción mercantil en el Código de 1829, *Boletín de la Universidad de Granada*, 1930, p. 85), desapareció el 6 de diciembre de 1868 con el Decreto de unificación de fueros (v. artículo 1º-8º).

<sup>53</sup> No es posible entrar ahora en el análisis de si esta supresión ha resultado a la larga beneficiosa. A lo largo del último tercio del siglo XIX buena parte de la doctrina y de la práctica la consideraron una equivocación. Así, por ejemplo, en la 13ª sesión del Congreso Jurídico Español, celebrado en 1886 (sesión de 11 de diciembre) se convino en el restablecimiento de los tribunales de comercio (v.

tados, estaba el Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad ovetense, que aprobó “por mayoría de votos” el dictamen formulado por la comisión designada, compuesta por los profesores Rafael Ureña, Fermín Canella y Gerardo Berjano, Comisión de la que fue ponente el primero.<sup>54</sup> Después de analizar el contenido del

R.G.L.J., 69, 1886, pp. 435-447 y 565-665, en particular, pp. 654-663). En el mismo congreso L. Silvela dictaminó favorablemente a la admisión de peritos mercantiles en los tribunales ordinarios (v. también la interesante enmienda presentada por B. Oliver). Con todo, no es posible desconocer que la supresión ha contribuido poderosamente a acentuar el recurso a esquemas de solución extrajudicial de los conflictos jurídico-mercantiles. Esta tendencia, que no es exclusiva del ámbito mercantil (v. J. J. Toharia, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, pp. 202-215), es explicable si se piensa, de un lado, en el origen social (Toharia, J. J., “Origen social de la magistratura española”, *Sistema*, 7, 1974, pp. 101-121) e incluso geográfico de los juzgadores españoles, los cuales mantienen escasos contactos con la realidad del tráfico mercantil, y, de otro, en la lentitud del procedimiento ordinario: Ya a comienzos del presente siglo denunciaba J., Roig y Bergada, (*Estado actual de la administración de justicia en España. Reformas convenientes a su organización y funcionamiento*, Madrid, Real Acad. Jurispr. y Leg., 1919, p. 13) que “el comercio, que ve la imposibilidad de que se le atienda en sus deseos de solucionar rápidamente las reclamaciones judiciales, se aleja de la justicia”.

Probablemente desde la perspectiva de 1868, la unificación se presentaba como justificada. Dejando a un lado consideraciones de orden político, está claro que, como señala la exposición de motivos del Decreto de unificación, desde el momento en que la justicia ordinaria se ocupaba de los asuntos mercantiles en segunda instancia, no había motivo que justificara el mantenimiento en la primera de un juzgado especial. Pero es que, además, ya desde finales del siglo XVII, proliferaban los ataques contra la jurisdicción mercantil especial. Los conflictos de competencia, no entre la jurisdicción ordinaria y la mercantil, sino sobre todo entre los distintos consulados; la paradójica obsesión de los jueces mercantiles por las formalidades jurídicas, que repercute en la rapidez y en la economía del proceso; y, en fin, la falta de capacidad de esos mismos jueces a medida que los tratos rudimentarios entre mercaderes se sustituyen por mecanismos jurídicos de mayor complejidad, son factores que contribuyen decisivamente a la supresión (*cf.* Rubio, J., *Sainz de Andino, cit.*, pp. 100-103 y 125).

<sup>54</sup> Al hacer la historia de la Facultad de Derecho en la segunda mitad del siglo XIX, el propio F. Canella alude a este informe, si bien la autoría —a diferencia de lo que expresa el propio dictamen— no queda suficientemente clara: “(.) Y para terminar estas noticias relativas a la Facultad de Derecho —escribe— hemos de mencionar aquí los trabajos que se le encomendaron por el Gobierno; uno relativo a la conveniencia de establecer tribunales de Comercio en primera y segunda instancia con proyecto de su organización y bases, y otros relativos al problema de los foros, tan importante en Galicia y Asturias. En su día se elevaron a la Superioridad los correspondientes informes en que fueron ponentes los catedráticos Sres. Aramburu (D. Juan D.), Ordoñez y Escandón, Manzano, Buylla, Ureña, Berjano, Jove y el autor de este libro” (Canella y Secades, F., *Historia de la Universidad de Oviedo*, 2ª ed., Oviedo, 1903, p. 203. En nota 1 se refiere el autor al archivo de la Universidad, claustros de la Facultad de Derecho de 1º de junio de 1874, 18 de julio de 1881 y 5 de diciembre de 1885).

Código de comercio de 1829, “un Código de comercio que, por su método y doctrina, es uno de los más notables y dignos de aprecio en los Estados modernos”, el Claustro llega a la conclusión de que “ni el Código de comercio puede pura y sencillamente adornarse con el título de tal, ni puede tampoco aspirar al más amplio de legislación industrial”. Para preguntarse a continuación:

Y ahora bien, operaciones económicas diversas artificialmente agrupadas bajo la misma consideración legal ¿pueden llevarnos lógicamente a pedir con bases racionales la creación de una jurisdicción privativa? Seguramente que no.

Por otra parte esos mismos actos y contratos pueden y deben ser concebidos no como especialísimos del comercio o determinada industria, sino como generales de la vida social. La compraventa, la sociedad, el préstamo, el seguro, la prenda, la hipoteca, el depósito, etc. etc. podrán en ciertos casos realizar directa o indirectamente el hecho comercio u otro cualquier fenómeno social, pero nunca por eso perderán su esencia, su característica naturaleza. Y conforme la legislación civil va perfeccionándose y acomodándose a las necesidades de nuestro siglo, así esos contratos, sean o no regulados como mercantiles, quedan sujetos a idéntica legislación: ejemplo demostrativo de este aserto encontramos en la legislación mercantil Europeo respecto al contrato de compraventa (...) y si esto sucede con el más fundamental de los contratos mercantiles ¿qué suerte espera a las disposiciones especiales que, sobre otros diversos contratos contienen los Códigos de comercio? Iran desapareciendo poco a poco para formar parte integrante de los Códigos civiles a medida que esta rama de la legislación vaya penetrando por el escabroso camino de las reformas: pues, es principio general de la legislación mercantil Europea que la ley civil rige los actos de comercio en tanto que no haya sido especial y expresamente derogada por el Código de comercio.

El segundo informe es el emitido por el Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. El informe, del que habían sido ponentes Augusto Comas, Gumersindo de Azcarate y Luis Silvela —este último encargado de la redacción— se aprobó por el Claustro el 20 de marzo de 1882, en la fase de información pública del proyecto de Código de comercio.<sup>55</sup> En él se afirma con especial fuerza la tesis de la sustancial unidad del derecho privado:

<sup>55</sup> En *el Informe sobre el Proyecto de Código y Tribunales de comercio, presentado al Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid por los ponentes nombrados por el mismo y aprobado en sesión de 20 de marzo de*

...el Proyecto de Código, digno de alabanza en muchos puntos (...) —señala el mencionado *Informe*—, carece de criterio para marcar los límites de su propia materia y contenido, separándolo de los demás, con los que pudiera confundirse; en suma, que en ese Código de comercio no se puede llegar a averiguar qué es lo verdaderamente mercantil y por qué lo es.

Pero el Claustro (...) ha de confesar, con igual ingenuidad y franqueza, que no se debe sustituir el múltiple criterio del legislador por otro que estime más fundamental, más recto y seguro, porque a sus ojos es imposible distinguir los actos mercantiles de los civiles y el derecho comercial del civil (...) <sup>56</sup>

Pero como para que pueda tener razón de existencia un verdadero Código de comercio es indispensable la distinción entre actos civiles y comerciales, se deduce como consecuencia necesaria que no pudiendo establecerse, es vano empeño la formación de un cuerpo de leyes especiales mercantiles. El Claustro de la Universidad de Madrid está seguro que en el progreso del derecho la

1882, Madrid, 1882, se contienen varios párrafos (v. pp. 22 a 26) del máximo interés, cuya lectura recomendamos. El *Informe* sorprende por la plena recepción de la doctrina unificadora que en otras naciones europeas estaba aún en sus primeros pasos, sorpresa que aumenta si se considera que desde hacía algunos años la desaparición del derecho mercantil era tesis que se defendía incluso en las explicaciones de los cursos de la Facultad. El propio Silvela, en *Lecciones de Derecho mercantil según las explicaciones de... por varios de sus alumnos en el curso de 1879 a 1880*, Madrid, Imprenta Central, 1881, afirmaba: "Examinando el Derecho mercantil, nada encontramos en él que nos lleve a considerarlo de otro modo que como simple rama del Civil, porque entre ambos, a decir verdad, no hay una esencial diferencia" (p. 10); para después precisar que "En nuestro entender, el Derecho mercantil está llamado a desaparecer para refundirse en el civil, modificándolo en relación a los actos de comercio" (p. 18).

Pocos años después, en el Congreso Jurídico Español, celebrado en el año de 1886, el propio L. Silvela reiteraba que "en su entender el progreso jurídico no consiste en empeñarse en la tarea imposible de distinguir el Derecho comercial del civil, sino en fundirlos en uno solo, llevando al segundo el espíritu moderno 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" (v. *Congreso Jurídico español, tema duodécimo: Tribunales especiales de Comercio*, Madrid, 1886, p. 13).

<sup>56</sup> Cfr. *Informe sobre el Proyecto de Código* (...), cit., p. 21. En un párrafo anterior indicaban los redactores que "el Claustro (...) no puede penetrar por qué se califica de mercantil la legislación que regula ciertos actos que siempre se reputan comerciales, como los marítimos, la letra de cambio y otros. Si al legislador se le ocurriera colocar en uno de los títulos del Código civil todo lo relativo a la letra de cambio, por ejemplo, por considerar que es un contrato tan ordinario, tan común y corriente para todo el mundo, al menos, como el de censo, no se atina qué razón habría para arrancar ese título del Código civil y llevarlo al de comercio, a no ser la práctica más o menos constante, la rutina y el uso. Si se entablara, por decirlo así, litigio entre el derecho civil y el comercial,

separación histórica entre estas dos ramas está llamada a desaparecer. El derecho civil ha permanecido mucho tiempo y permanece hoy estacionario, dentro de los estrechos moldes del derecho romano. La nueva savia que ha de transformarle comunicándole el espíritu moderno, se encuentra en el derecho mercantil. El progreso no consiste en *civilizar* (si es lícito emplear esta palabra en sentido bien distinto del que realmente tiene) el derecho comercial sino en *mercantilizar* el derecho civil (...) <sup>57</sup>

(...) el Claustro considera imposible hacer uno (un Código) que resista a la más ligera crítica, si pretende partir de principios fundamentales y desenvolverse con lógica y racionalmente; esto es, de la distinción de actos civiles y actos comerciales, y de materia propia del derecho civil y materia propia del derecho comercial. Si el estado actual de cultura no consiente, como en efecto no consiente, formar un solo Código para todos los hechos nacidos de la libre voluntad de los que contratan, fórmenselos en buena hora, y llámese uno —puesto que alguna denominación ha de tener— Código de comercio.. En él, abandonando toda distinción fundamental y con pretensiones de científica deben colocarse todos los contratos que aparezcan animados del moderno espíritu de empresa, de la celeridad propia de la vida moderna, y a los que venga como estrecha y aparezca mezquina la reglamentación histórica del derecho civil (...) <sup>58</sup>

Las ventajas de considerar de esta manera más amplia la misión harto transitoria de un Código de comercio se comprende con sólo considerar cuán útil es no partir de principios erróneos, de creaciones fantásticas ajenas a la realidad, sino de la verdad de las cosas tales como son en sí (...) <sup>59</sup>

De los párrafos transcritos de los dos informes mencionados —que no debieron ser los únicos informes universitarios favorables a la unificación— <sup>60</sup> se deducen los postulados de que parten sus autores. En ellos se aprecian los ecos de las primeras formulaciones continentales de la tesis unificadora —la afirmación del carácter

reivindicando éste para sí tal contrato, no aciertan los que suscriben qué razones de peso pudieran dar y que títulos justificativos de su derecho aducir la legislación comercial para considerar como de su propiedad y dominio la letra y el contrato de cambio” (p. 20).

<sup>57</sup> Cfr. *Informe...*, cit., p. 22.

<sup>58</sup> Cfr. *Informe...*, cit., p. 23.

<sup>59</sup> Cfr. *Informe...*, cit., pp. 23-24.

<sup>60</sup> Al dar la noticia de la existencia de los informes universitarios, el propio Ureña, Rafael, “Ensayo de un plan orgánico”, cit., *R.G.L.J.*, 72, 1888, p. 43, nota 2, se refiere a ello.

histórico de la distinción, la misión “harto transitoria” del Código de comercio, la disgregación progresiva de la materia mercantil— y en la que aparecen intuiciones —la referencia a la mercantilización del derecho civil, el fijar convencionalmente la distinción según que los contratos aparezcan animados o no “del moderno espíritu de empresa”— que con posterioridad habrían de ser desarrolladas principalmente por las doctrinas alemana e italiana.

No es fácil determinar que influencias pesaron sobre los autores españoles de la época.<sup>61</sup> Es evidente que, en alguna medida, se bebió en los precursores italianos de la época,<sup>62</sup> pero esta influencia del

<sup>61</sup> Las ideas favorables a la unificación se encuentran recogidas por otros autores. Así, por ejemplo: Moya y Giménez L. de, *El Código de comercio comentado y precedido de un estudio histórico, crítico y doctrinal*, Madrid, 1885, p. 11, escribe: “...tras la atrevida afirmación del derecho nuevo (se refiere a la contenida en la exposición de motivos) venga este mismo a colocarse avergonzado ante el derecho civil, del que no conocemos las diferencias que le separan, y al que irá en un plano más o menos lejano, el día en que, vencidos algunos escrúpulos, y deshechos los viejos y limitados horizontes de la legislación romana, entremos decididamente en el comienzo de la movilidad y de progreso, que vienen reclamando las nuevas necesidades”. Es de señalar que este autor, que —por cierto— se declara discípulo de L. Silvela (a quien califica como “nuestro maestro”, p. 13), insiste en la imposibilidad de diferenciar el acto civil de mercantil (v. pp. 11-12), siguiendo una argumentación similar, aunque más sintética, a la del Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, cuyo *Informe* conoce (p. 12, nota 1).

<sup>62</sup> En este sentido resulta de gran expresividad el siguiente párrafo de Ureña, R., “Ensayo de un plan orgánico”, *cit.*, *R.G.L.J.*, 72 (1888), 42-44:

“...la distinción entre el Derecho mercantil y el llamado Derecho civil, más que fundamental es histórica. Mientras apegado al Derecho romano, sin querer salir de su estrecho círculo, ha vivido pobre y raquítico el Derecho de contratación, las necesidades del comercio han engendrado un libre y progresivo desenvolvimiento contractual. Por eso observamos que los nuevos Códigos de comercio contienen numerosas disposiciones que pertenecen al Derecho mercantil, no por su esencia, sino porque han sido incluidas en el Código. Y al querer explicar este fenómeno uno de los más entusiastas heraldos de la teoría de la sustantividad del Derecho mercantil, el ilustre (...) Goldschmidt, añade que la causa de este hecho es la deficiencia de la legislación civil.

“De aquí es que la importancia del Derecho mercantil aumenta de día en día y su influencia en el derecho de la contratación es tal, que puede decirse 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, desaparecen por completo formándose nuevos Códigos que regulen toda clase de actos contractuales.

“Afortunadamente estas ideas se van abriendo camino, y si hace veinte años implacables Aristarcos lanzaban verdadera excomunión científica sobre el eminente Fiore-Goria, cuando indicaba que había de llegar un momento en que la separación histórica del Derecho civil y mercantil desapareciese, hoy no puede menos de respetarse el sistema al ver que aumenta el número de sus sostenedo-



pensamiento unificador previvantiano no debió de haber sido única. Además de esta influencia, es patente el conocimiento de aquel sector de la doctrina alemana que se había manifestado favorable a la unificación: Es significativa la coincidencia en la idea de la transitoriedad del Código de comercio, el cual habría de desaparecer en cuanto el grado de cultura jurídica consistiera forma un sólo Código.<sup>63</sup>

Sin embargo, y sin desconocer la influencia directa de mercantilistas italianos y alemanes, la tesis unificadora en España no puede explicarse convenientemente sin tener en cuenta la filosofía jurídica del krausismo español y, más concretamente, de los denominados krausistas positivistas.<sup>64</sup> No es este el momento de analizar las ra-

res; que respetables Claustros universitarios fundamentan en semejante doctrina sus informes sobre el proyecto de Código español, y que la República Suiza se apodera de la teoría y la lleva a la práctica con la publicación de su notable Código federal de obligaciones”.

En 1884, que es cuando R. Ureña escribe el “Ensayo de un plan orgánico”, *cit.*, que algunos años más tarde habría de publicar en la *R.G.L.J.*, el autor conoce perfectamente la experiencia unitaria representada por el Código suizo de las obligaciones, así como la polémica doctrinal alemana en la que se enfrentaban W. Endermann y L. Goldschmidt. También resulta significativo el interés con que se sigue a la doctrina italiana y al nuevo Código de comercio de 1882: La cita que Ureña hace de F.M. Fiore Gorla, director de la *Rassegna di diritto commerciale italiano e straniero*, al que exageradamente califica de “eminente”, es buen ejemplo de esa influencia, de la que también es exponente la revista jurídica española más importante de la época, la *R.F.L.J.*, la cual publica por aquellos años la traducción de los artículos de Vitalevi, M., “Los actos de comercio en el nuevo Código italiano”, *R.G.L.J.*, 66, 1885, pp. 558-589, y “La separación entre el derecho mercantil y el civil”, *ibidem*, 72, 1888, pp. 458-467. En este último artículo el autor afirmaba que la distinción era “no siempre plausible ni racionalmente fundada” y se mostraba convencido de la “poca posibilidad de que en el futuro exista una separación neta y precisa”.

<sup>63</sup> En un importante trabajo publicado en 1858 bajo el título *Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches in seinen ersten drei Büchern*, en el que sometía a crítica el proyecto que habría de convertirse en el *A.D.H.G.B.* de 1861, afirmaba W. Endermann que la promulgación de un Código de comercio era solución meramente transitoria mientras no se pudiera contar con un Código civil general, adecuado a la necesidad del tráfico real. Esta idea está presente también los redactores del mencionado *Informe* de la Universidad de Madrid. No obstante, parece existir una pequeña diferencia: Para W. Endermann la unificación no era posible por motivos políticos; el Código de comercio constituía un instrumento para la unificación político-jurídica y, en consecuencia, como solución transitoria resultaba aceptable. Por el contrario, para los redactores del *Informe* la unificación no es posible “en el estado actual de cultura”.

<sup>64</sup> Cfr. Rojo, A., “Codificación comercial italiana y española. Reflexiones con ocasión del Centenario del Código de comercio italiano de 1882”, *1882-1982 Cento anni d'ol Codice di commercio (Atti del Convegno Internazionale di Studi, Taormina 4-6 novembre 1982)*, Milán, 1984, pp. 183-199, en particular p. 197.

zones por las cuales es Krause<sup>65</sup> y no Hegel, quien influye en el pensamiento laico, tanto filosófico como jurídico, de los españoles de entonces, ni tampoco detenerse en las condiciones en que tiene lugar la “importación” del idealismo alemán.<sup>66</sup> A los efectos aquí perseguidos es suficiente con señalar que, en la llamada generación de krausistas positivistas, las clasificaciones abstractas en que se movía esta corriente de pensamiento dejaron paso a proposiciones concretas, entre las que figuraba el postulado de un único derecho del tráfico. Es indudable que los autores del informe del Claustro de Madrid o son destacados krausistas, como Gumersindo de Azcarate<sup>67</sup> o como el propio redactor del informe Luis Silvela,<sup>68</sup> o son muy

<sup>65</sup> Sobre la filosofía de K. Ch. F. Krause, vid. F.F. Conradi, *Karl Christian Friedrich Krauses Rechtsphilosophie in ihren Grundideen*, Estrasburgo, 1938; M. de Rivacoba, *Krausismo y Derecho*, Santa Fe, 1963.

<sup>66</sup> Cfr. Díaz, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, 1973, pp. 9-67, Gil Cremades, J.J., *El reformismo español*, Barcelona 1969, pp. 51-121 (y 221-301).

<sup>67</sup> Sobre Gumersindo de Azcárate 1840-1917) vid. Azcárate, P. de, *Gumersindo de Azcárate. Estudio biográfico documental (semblanza, epistolano, escritos)*, Madrid, 1969; Díaz, Elías, *op. cit.*, pp. 161-259.

<sup>68</sup> Luis Silvela (1903), catedrático de derecho penal de la Universidad de Madrid, constituye, junto con Concepción Arenal y Félix de Aramburu, un destacado miembro de la que suele denominarse *Escuela correccionista española*, cuyos postulados básicos se derivan de la *Besserungstheorie* (teoría de la mejora), doctrina originaria de C. Cr. F. Krause, pero cuyo principal divulgador fue C.D.A. Röder (1806-1879). Esta doctrina tuvo escaso eco entre los penalistas alemanes de la época, pero encontró buena acogida entre los españoles. La introducción del krausismo en España fue seguida de la adopción de las ideas de Röder por un grupo de nuestros penalistas y criminólogos del último tercio del siglo XIX. Francisco Giner de los Ríos tradujo la obra capital de Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena y sus interiores contradicciones* (Madrid, 1871; 3ª ed., 1877), traducción a la que el propio Röder añadió una *Memoria sobre la reforma del sistema penal español*. La traducción de *Las doctrinas fundamentales*, a la que seguiría poco después la efectuada por V. Romero Girón de los *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios* (Madrid, 1875), fue decisiva para la difusión de la *Besserungstheorie*, difusión en la que estaba especialmente interesado Giner (v. Giner de los Ríos, F., “Carlos Röder”, *R.G.L.J.*, LVI, 1880, p. 129 y ss.). No obstante, a diferencia del propio Röder, los correccionistas españoles se caracterizan por considerar que la corrección o la mejora del delincuente es el fin más importante, pero no el único de la pena, con lo que enlazan con la tradición española de los siglos anteriores (v. Anton Oneca, J., “La teoría de la pena en los correccionistas españoles”, *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor L. Legaz y Lacambra*, II, Santiago de Compostela, 1960, pp. 1015-1025; también Rivacoba, M. de, *op. cit.*, pp. 108-181). Para una visión general de la escuela correccionista española y de sus principales representantes, v., por todos, Cerezo Mir, J., *Curso de derecho penal español*, I, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 99-103, con amplias referencias bibliográficas. Sobre el método del correccionalismo, Mir, S., *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 266-267). No estará de más

afines al krausismo, como es el caso de Augusto Comas. Y por lo que se refiere al Claustro de la Facultad de Derecho ovetense, por aquella época comenzaba a formarse en él la famosa *pépinière* de sabios, discípulo de Giner de los Ríos, que, como una proyección de la institución libre de enseñanza aunque centrada específicamente en los estudios jurídicos, que tanta fama habría de dar años más tarde a la Universidad de Oviedo.<sup>69,70</sup>

Sin embargo, esta oposición universitaria al Código de comercio no habría de producir fruto alguno. Probablemente se manifiesta en una fase en la que la elaboración de los dos códigos de derecho privado —el de comercio de 1885 y el civil de 1889— estaba ya demasiado adelantada, sin posibilidad razonable de revisar las bases del proceso codificador. A ello se une el hecho de que en el proceso de la codificación civil el gran tema fue la cuestión foral, cuya dificultad política oscureció o incluso hizo desaparecer otras cuestiones de no menor importancia.

Tras la promulgación del Código de comercio de 1885 esa oposición continuaría, aunque más difuminada. Las ideas unificadoras del krausismo se reforzarían con la “recepción” del “solidarismo”

señalar que la concepción de la pena en los krausistas es radicalmente distinta de la que por la misma época dominaba entre los penalistas alemanes, cuyos fundamentos filosóficos se encuentran en Kant y en Hegel. Para los correccionistas y, en general, para los krausistas la dignidad humana resulta incompatible con la causación de un mal carente de finalidad. La pena, por consiguiente, no puede entenderse sino como un bien. De ahí que la idea de culpabilidad resulte incompatible con las ideas jurídico-penales del krausismo (v. Bacigalupo, E., “Culpabilidad y prevención en la fundamentación del derecho penal español y latinoamericano”, estudio preliminar de la traducción castellana de la monografía de G. Strantenwerth, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, pp. 9-40, en particular, p. 32).

Como penalista, la principal obra de L. Silvela es *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, I, 1874 y II, 1879; 2ª ed., Madrid, 1903. En este libro, como se ha dicho con acierto (Antón Oneca, J., y J.A. Rodríguez Muñoz, *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, p. 37) “ha formado su cultura penal una generación de juristas”.

<sup>69</sup>Cfr. Melón, S., *Un capítulo de la historia de la Universidad de Oviedo (1883-1910)*, Oviedo, 1963; Gil Cremades, J.J., *op. cit.*, pp. 199-205.

<sup>70</sup>Fermin Canella Secades (Oviedo 1849-1924) fue catedrático de derecho civil de la Universidad de Oviedo desde 1876, rector (1906-1914) y senador (1913). Aunque ideológicamente independiente, la colaboración de F. Canella con los institucionalistas ovetentes en muy distintas iniciativas —como la de la extensión universitaria— está suficientemente atestiguado. Cfr. Suárez, Constantino, *Escritores y artistas asturianos*, Madrid, 1936, t. II, pp. 259-271; J(esús). E(varisto). C(asariego)., voz “Canella Secades, Fermín”, *Gran enciclopedia asturiana*, t. III, p. 212 y s..

o, si se prefiere, del “socialismo jurídico” italiano,<sup>71</sup> pero sería equivocado considerar que la unificación del derecho privado, en la España de entonces, era monopolio de una determinada corriente de pensamiento. El propio M. Durán y Bas, tan crítico del krausismo jurídico, no admitía la autonomía científica del derecho mercantil.<sup>72</sup>

### 3. *El carácter del Código de comercio de 1885*

Los antecedentes más inmediatos del Código permiten destacar que, al lado de una cierta preocupación por aclarar y coordinar la profusión de disposiciones especiales ya aludidas, el ánimo de los impulsores y realizadores de la nueva codificación participó significativamente de las aspiraciones políticas de la época nacidas de la Revolución de septiembre de 1868. Tanto el decreto de 1869, como la exposición de motivos (del proyecto) de Código<sup>73</sup> muestran claramente el propósito de trascender la ideología liberal a la nueva ley mercantil, aun cuando quepa señalar que por razones obvias el primero acusa de modo más directo las tensiones del momento. Es

<sup>71</sup> Las ideas de reforma del derecho privado desde postulados sociales, propugnada por los “socialistas jurídicos” italianos eran conocidas por los krausistas españoles, cuyo planteamiento en este punto es muy similar. V., por todos, Azcárate, G. de, “El problema social y el derecho civil”, *La reforma social*, (1916, VIII, 462-474 y 467).

<sup>72</sup> De M. Durán y Bas, discípulo de R. Martí de Eixala, a quien habría de suceder en la cátedra de derecho mercantil de la Universidad de Barcelona, es la siguiente afirmación (v. Durán y Bas, M., “Concepto del derecho mercantil en la ciencia moderna”, *R.J.C.*, II, 1896), pp. 5-21): “La autonomía, la absoluta independencia (...) 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” (p. 21; igualmente del mismo autor *El derecho mercantil en el sistema general del derecho positivo*, *ibidem*, VII, 1901), pp. 209-222, que constituye uno de los capítulos de su conocido *Tratado*).

<sup>73</sup> El decreto de 28 de enero de 1886 extendió la vigencia del Código de comercio de 1885 a Cuba y Puerto Rico a partir del 1º de mayo, si bien con algunas diferencias en los artículos 179, 201, 453, 547, 550, 559, 798, 804, 934 y 940 (v. Antequera, J.M., *R.G.L.J.*, 71, 1887, 17). Con posterioridad también fue extendido a Filipinas, con algunas modificaciones, derivadas de la mayor importancia de la mujer como factor comercial y de la influencia de los tifones en la paralización del tráfico (v. Maluquer, J., “Unificación de las leyes civiles y mercantiles”, *R.G.L.J.*, 74, 1889, pp. 754-775, en particular pp. 765-766).

cierto, desde luego, que en el preámbulo del decreto de 1869, aprobatorio de las bases de la segunda codificación mercantil, se alude ampliamente a necesidad de plantear una reforma radical del derecho de sociedades y quiebras, reforma que fundamental, aunque no exclusivamente, tenía carácter técnico.<sup>74</sup> Pero no lo es menos que en él también se proclama insistentemente el principio de libertad contractual en su forma más pura<sup>75</sup> y, sobre todo, que, el lado de la formulación del principio, en las bases para el nuevo código se insiste con idéntico fervor en la supresión de toda desigualdad política o social y muy concretamente en las derivadas de una situación profesional concreta.<sup>76</sup> Se comprenderá así por qué la Base tercera establece que “en consonancia con el espíritu de las bases anteriores, deberá suprimirse todo monopolio, privilegio o exclusión para el ejercicio de las varias profesiones comerciales”.<sup>77</sup> Se comprenderá también por ello cómo más que un propósito de regular el tráfico extraprofesional, en el ánimo de los redactores del proyecto la libertad se constituyó en una verdadera obsesión. La preocupación fundamental se centró en la elaboración de un ordenamiento cuyas normas no se destinaran al comerciante en cuanto miembro de un estamento socialmente cualificado.

<sup>74</sup> La redacción de la exposición de motivos del Código no tuvo lugar en el seno de la Comisión revisora, pues la persona a quien se atribuyen sus páginas no formaba parte de la misma. Sin embargo, parece probable, como apunta J.L. Iglesias Prada (*RDM*, 1973, pp. 486-487) que el texto no fuera preparado al margen de los trabajos legislativos ni tampoco en total desconexión de quienes se ocupaban de ellos. En la primera versión, la exposición de motivos probablemente es obra de Bienvenido Oliver, pero el proyecto a que se refiere debió ser el fechado en 1875 o, cuando más, el resultante de las primeras reuniones para su revisión. El texto de la exposición de motivos fue puesto a disposición de los miembros de la Comisión a fin de que efectuaran las correcciones necesarias conforme a las conclusiones de las ponencias perspectivamente encomendadas. Tarea que no debieran haber realizado con la diligencia debida. Por eso, la exposición del Código, en realidad, lo es de una de los proyectos de los que deriva.

<sup>75</sup> “Dos puntos hay, sin embargo, que exigen una reforma radical y sobre los que aún insistiré el ministro que suscribe: son éstos, la asociación y las quiebras: ambos incompletos hoy, ambos fundados en principios viciosos”.

<sup>76</sup> Pueden verse en el preámbulo del decreto de 1869 párrafos tan significativos como éstos: “La única regla de los contratos es la voluntad de las partes y la potencia creadora de los pueblos debe encontrar campo libre en que ejercitarse... La nueva fórmula es clara, precisa, terminante: la ley jurídica de toda transacción es la estipulada por las libres voluntades de las partes: debe ser lo que han querido los contratantes que sea; quedan obligados los que han querido obligarse, sea cual fuere la forma, como dice con sencillez admirable y admirable espíritu aquel antiguo y venerado precepto.”

<sup>77</sup> *Cfr.* incluso la base 3ª y la regla primera de la 5ª

Bajo este punto de vista ha de ser entendido el primer párrafo del artículo 2º del Código vigente cuando establece que sus disposiciones regirán “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecutan”. No parece equivocado entender, en efecto, que la redacción de esta parte del citado precepto ha estado presidida por la clara intención de generalizar la posibilidad de alcanzar la condición de comerciante a cualquier persona con capacidad para contratar y obligarse. En la tarea codificadora el peso de la ideología del momento ha sido decisiva. El Código no contiene una opción sobre el carácter del derecho mercantil codificado; “la significación técnica de los llamados sistemas subjetivo y objetivo” le es ajena.<sup>78</sup> La exposición de motivos confirma, por su parte, este punto de vista cuando pretende destacar la diferente concepción del comerciante que se incorpora al Proyecto frente a la contenida en el Código de 1829. Resulta significativo, en efecto, que el redactor de la exposición haya incluido esta referencia en la parte titulada “Orientación general del proyecto. Actos de comercio”, y más aún la forma en que se alude al tema:

Según la legislación vigente, son comerciantes los inscritos en la matrícula como tales, previos los requisitos establecidos, y los que ejercen habitualmente actos positivos de comercio declarados por la ley, y no se conocen más actos mercantiles que los calificados previamente por el legislador. Según el proyecto, se reputan comerciantes todas las personas capaces de contratar y obligarse que

<sup>78</sup> Cfr. Girón, J., “El concepto del derecho mercantil”, *Anuario de Derecho Civil*, VI, 1954, pp. 615-807 y 971-1029, y edición separada publicada en Madrid, 1954 (de la que citamos), pp. 125-126. En el mismo sentido, v. J.M. Eizaguirre, *op. cit.*, p. 111. Girón pone de relieve, por otra parte, cómo “lo que verdaderamente preocupa es que el Código del 29 centró su atención en los comerciantes como “clase”. Claro está, que con el sistema objetivo se produce el resultado de llevar la esfera de vigencia del Código al tráfico no profesional, pero entonces no se piensa sino en la faceta política y social de haber dedicado atención, desde ese punto de vista, en el seno del Código, a las comerciantes”. En otro lugar insistirá Girón en esta idea: “Respecto del concepto de comerciantes la gran preocupación es claramente política: romper privilegios y con ello evitar, mediante la supresión, las irritantes dificultades que provenían del sistema de matrícula. Los demás problemas técnicos, y entre ellos el de susceptibilidad de partir del concepto de acto de comercio para determinar quien sea comerciante, no fueron objeto de preocupación” (*op. cit.*, p. 129).

ejercen habitualmente actos que merecen el nombre de mercantiles, aun que el legislador no se haya ocupado de ellos.<sup>79</sup>

Con otras palabras, los artículos 1º y 2º del Código de comercio de 1885 contienen la solución técnica de un problema político, y no la solución técnica de un problema también técnico. El tema del carácter subjetivo u objetivo de la segunda codificación mercantil ni preocupó ni ocupó a los redactores del Código. En el Código de comercio de 1885 no hay una previa estructura lógica subyacente.<sup>80</sup>

Ahora bien, si superando las dificultades propias de esta ausencia se pretendiera una determinación aproximada de la relación en que se encuentren los elementos combinados por el legislador, el resultado práctico es bien distinto al del Código de 1829.

En efecto, en el artículo 1º, siguiendo una técnica de dudosa validez dada la filosofía política y jurídica de la segunda codificación, trata de identificar a los sujetos (destinatarios) normativos principales. Al igual que en el Código de 1829, éstos siguen siendo los comerciantes.<sup>81</sup> Naturalmente, no se exige la inscripción en la matrícula corporativa: La inscripción en el Registro mercantil —que entre tanto se ha ido desarrollando y que, en parte, es heredero de la vieja matrícula— es potestativa para el comerciante individual (artículo 17). Para adquirir esta condición tan sólo basta tener “por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil”, como decía el artículo 1º del primer Código y como, con expresión similar, señala el artículo 1º del Código de 1885, o constituirse como compañía mercantil o industrial con arreglo al propio Código. Esta dedica-

<sup>79</sup> Debe recordarse aquí que la ley de 30 de julio de 1878 había establecido, entre otras cosas, que el art. 1º del Código debía entenderse en el sentido de que “la falta de cumplimiento de la inscripción en la matrícula no exime a la persona que al comercio se dedica, de ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código”. De ahí que la redacción de la Exposición tenga que ser anterior a la citada Ley.

<sup>80</sup> V., sin embargo, Duque, J., *op. cit.*, pp. 123-124.

<sup>81</sup> Al discutirse en la Comisión de Códigos el proyecto que hoy constituye el Código de comercio, Laureano Fieguerola sostuvo que debería formarse el libro I con todo lo referente a las personas que intervienen en el comercio y que, por tanto, en ese libro debería tratarse de los capitanes, patrones de buques, sobrecargos, etc., de los cuales se habla en el libro III, segregando también de éste, pero trasladarlo al libro II, todo lo relativo a los contratos del comercio marítimo. Pero prevaleció el criterio del Código de comercio de 1829, mantenido principalmente por Rodríguez San Pedro (v. Romero Girón, *Código de comercio concordado y anotado*, Madrid, 1885, p. 16; Ureña, R., *R.G.L.J.*, 75, 1889, p. 6, nota 1).

ción habitual se presume legalmente en términos similares a los del viejo Código (artículos 17 de 1829 y 3º de 1855). No es comerciante el que realiza actos de comercio, sino quien se dedica habitualmente al comercio.<sup>82</sup>

Pero, a continuación el artículo 2º, a diferencia del artículo 2º del primer Código, viene a establecer una nueva categoría de destinatarios principales de la normativa, y no una simple extensión de esta normativa a una serie de sujetos normativos secundarios: El Código no es sólo el de los comerciantes, sino de cuantos realicen actos de comercio aunque sin dedicarse habitualmente al ejercicio del comercio, incluso de quienes realizan accidentalmente una operación incluida o mencionada en el Código como acto de comercio, si bien, lógicamente, a estos sujetos no se aplica íntegramente el régimen contenido en el Código, sino sólo parcialmente: al acto ocasional, régimen ocasional. O, como decía el viejo Código, los que hagan accidentalmente una operación de comercio no son considerados comerciantes.<sup>83</sup>

No se insistirá nunca suficientemente en que los redactores del Código vigente no dispusieron el artículo 2º con la finalidad específica de constituir el acto de comercio —y, más precisamente, el acto aislado de comercio— en centro del sistema; lo que pretendieron fue evitar que la mercantilidad dependiese de la pertenencia a una clase más o menos privilegiada.<sup>84</sup> Pero, en cualquier caso, el acto de comercio se ve elevado, como consecuencia de esa opción política, a determinador de la mercantilidad, incluso desconectado del ejercicio habitual. El Código de comercio de 1885 se integra así en la familia de los códigos de *sistema objetivo* o de los actos de comercio. Lo que sucede es que, por deficiencia técnica, la fidelidad al sistema objetivo queda enturbiada en un elevado número de casos, que o bien acriticamente se trasladan, sin modificación de perspectiva, del Código precedente, o bien, por inadvertencia, se mercantilizan con un sistema subjetivo. Este criterio persiste en el articulado del libro II —el libro de los actos de comercio por excelencia, sin que el propósito político se traduzca en una decisiva modificación de la delimitación respecto de los civiles de la mayoría de los contratos mercantiles. Así, la presencia de un comerciante presupone por sí misma o puede presuponer —en unión de otros

<sup>82</sup> Cfr. Duque, J., *op. cit.*, pp. 109-111.

<sup>83</sup> Cfr. Duque, J., *op. cit.*, pp. 111-113.

<sup>84</sup> Cfr. Girón, J., *El concepto*, p. 128.



requisitos— la mercantilidad del contrato de mandato o comisión (artículo 244), del seguro (artículo 380), del depósito (artículo 303), del préstamo (artículo 311), del transporte (artículo 342 2º) o incluso de las cuentas en participación (artículo 234).<sup>85</sup> Si se comparan estos artículos con el precedente de 1829 se aprecia un cierto debilitamiento del criterio subjetivo, pero no lo suficientemente intenso, a pesar de las proclamaciones de la exposición de motivos. El criterio objetivo —a pesar de ser el criterio políticamente dominante— es en realidad un criterio técnicamente enturbiado.

Partiendo pues, del carácter objetivo del Código, es fundamental señalar que la delimitación de la materia mercantil se realiza siguiendo un doble criterio: el de la *inclusión* y el de la *analogía* (artículo 2-II). Son actos de comercio tanto los incluidos en el Código, como los que presenten características análogas, aunque el Código nos los regule o ni siquiera los mencione.<sup>86</sup>

La cláusula general de analogía tiene extraordinario interés. El criterio analógico, concurrente con el criterio de la inclusión, prueba que el codificador ha realizado una operación de selección de la materia mercantil en atención a las necesidades de un concreto momento histórico, pero sin cerrar el ámbito de la mercantilidad. El legislador interviene no por consideraciones de índole dogmática, sino por razones de oportunidad histórica. En este instante, es indiferente que el codificador-seleccionador se haya equivocado en la identificación de esas necesidades y que, en consecuencia, la mer-

<sup>85</sup> La denuncia de esta “trascendentalísima” contradicción es lugar común en la literatura mercantilista (Cfr., por ejemplo, Díaz Domínguez, A., *Apuntes para un ensayo crítico del Código de comercio vigente*, Granada, 1908, p. 27).

<sup>86</sup> En la interpretación de la expresión “comprendidas en este Código” que utiliza el artículo 2-II C. de c., podría suscitarse la duda de si la inclusión se refiere a la simple mención en el texto o si, por el contrario, se requiere además la regulación de la materia. Una primera pauta interpretativa la ofrece el párrafo primero de ese mismo artículo al hablar de actos de comercio que “estén o no especificados en este Código”; pero es principalmente en la exposición de motivos donde se trasluce con toda claridad el sentido del precepto: “La Comisión —señala— fiando, más que en la ciencia, en el buen sentido, ha declarado que son actos de comercio todos aquellos que *menciona* el Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga” (cfr., por todos, Menéndez Aurelio, “Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques”, *Revista de derecho mercantil*, XXV, 1958, pp. 229-343, en particular p. 333. El artículo 1199 del Código de comercio de 1829 se refería, sin embargo, al establecer la competencia de los tribunales de comercio, “a las obligaciones y derechos procedentes de los negocios, contratos y operaciones mercantiles, que van comprendidos en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de actos de comercio”.

cantilidad del Código de comercio de 1885 no sea la que en realidad correspondería a la estructura socioeconómica del último cuarto del siglo XIX español, ni, por supuesto, la que corresponde a la estructura actual. Lo único que importa es retener el carácter contingente de la operación seleccionadora.

Para los autores de la segunda codificación mercantil la mercantilidad no sólo es previa al Código; la mercantilidad es también posterior, en el sentido de que la materia mercantil nace continuamente, sin que la codificación pretenda segar las más genuinas fuentes generadoras. El recurso a la analogía —al que se llegó no sin trabajo— se presenta como una “fórmula práctica”, que evita los inconvenientes tanto del criterio de la definición como del de la enumeración —característico del Código de comercio francés de 1807—<sup>87</sup> y que permite la “aplicación del Código a las combinaciones del porvenir”, según señala un conocido texto de la exposición de motivos. Pero el recurso no produce el efecto deseado. Porque la inducción a partir del articulado del Código mercantil no es posible por la heterogeneidad de los criterios dispersamente utilizados por el propio codificador para la calificación de las relaciones jurídicas incluidas.<sup>88</sup> Se explica así que resulte imposible encontrar unidad allí donde sólo ha presidido un criterio práctico.

<sup>87</sup> “En 1872 —puede leerse en *El Informe sobre el Proyecto de Código y Tribunales de Comercio, presentado al Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid por los ponentes nombrados por el mismo y aprobado en sesión de 20 de marzo de 1882*, antes citado (p. 9), se circuló impreso a los individuos de la Comisión creada por el decreto de 20 de septiembre el Proyecto de Código por la misma redactado, y en él aparecía en blanco y con la nota de *en suspenso* el art. 3º Estaba destinado nada menos que a establecer qué actos se reputaban comerciales; y de público se dijo que los dignos individuos de aquella Comisión estaban discordes en tan importante materia. Opinaban los unos que debía, a semejanza del Código francés, enumerarse los actos que a los ojos del legislador debía merecer tal calificación, absteniéndose de señalar sus caracteres. Pensaban otros que, lejos de esto, era indispensable fijar los caracteres distintivos de los actos de comercio, de suerte que fuera fácil, mediante ellos, determinar cuáles los reunían, sin necesidad por tanto, de enumerarlos. Venció, al parecer, la última de las escuelas señaladas...”

<sup>88</sup> Esta imposibilidad, permanentemente puesta de manifiesto por la doctrina más autorizada (v., por todos, Garrigues, J., *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, I-1º, pp. 192-196; Rubio, J., *Introducción cit.*, pp. 32-43), fue la causa de que los redactores del *Anteproyecto de Código de comercio de 1926/1927* se preocupasen de establecer una nueva disposición a fin de determinar qué debía entender por naturaleza análoga. En efecto, el artículo 2º del libro I, después de reproducir como párrafo primero el vigente párrafo segundo del artículo 2º del Código de comercio de 1885, añadía un segundo párrafo, según el cual “Se entenderán de naturaleza análoga los que reúnan caracteres de mediación cambio y lucro, y los de transformación de productos propios de la industria”. A con-

Ahora bien, del defecto es consciente el propio codificador. El recurso a la cláusula general analógica no persigue que la calificación de la materia se realice en función de una mercantilidad unitariamente destilada del articulado del Código de comercio, sino —como se encarga de señalar la exposición de motivos— en función del “buen sentido de los comerciantes” y de la “experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados”. La calificación de una relación jurídica nueva que aparezca “en la escena mercantil” tiene que realizarse por intuición o por experiencia extralegal. El recurso a la analogía no es sino la forma de enmascarar una intención primaria: el abandono del problema calificador. En lugar de la expresión utilizada en el artículo 2-II del Código de comercio, es posible que el codificador hubiera preferido recurrir a una fórmula en cierto modo tautológica (verbigracia.: “y cualesquiera otros de naturaleza mercantil”).<sup>89</sup> En cualquier caso, se trata de una firma en blanco

tinuación, en un párrafo tercero, el anteproyecto precisaba que “Sin embargo, no se comprenderán entre los actos de comercio los de mediación, cambio y lucro que sean accesorios de otro civil, ni las operaciones normales y corrientes de los agricultores para la colocación y venta de sus productos”. A juicio de E. Langle, (“Il progetto del codice di commercio spagnuolo”, *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 704-725, en particular p. 711), los dos últimos párrafos mencionados representan “cierta mejora” en relación con el Código de 1885. Sin embargo, no solucionan el problema. En realidad, el artículo 2º del libro I del anteproyecto de 1926/1927 elimina prácticamente la fórmula de la cláusula general analógica para sustituirla —al presumir la analogía— por la fórmula del señalamiento de caracteres distintivos (mediación, cambio y lucro, que parece deberían presentarse acumulativamente, además de los de transformación industrial), limitando al mismo tiempo los efectos de esta fórmula mediante la recepción de la teoría jurisprudencial francesa de la accesoriedad. Para una crítica general del anteproyecto v. el excelente artículo de Pérez Serrano, N., “La proyectada reforma del Código de comercio”, *R.D.P.*, 13, 1926, pp. 345-362, 385-399 y 14; 1927, pp. 3 ss.

<sup>89</sup> La intuición de la preferencia del legislador por una fórmula en cierto modo tautológica (v. Aurelio Menéndez, *R.D.M.*, XXV, 1958, pp. 335-336, nota 56), que hasta el momento no había podido fundamentarse en datos objetivos, aparece plenamente justificada a la luz del artículo 3º del proyecto de Código de comercio de 1875. Según esta disposición “Será reputado acto de comercio todo hecho que se ejecute con el fin de realizar, facilitar o asegurar una operación o negociación mercantil”. En *El Informe (...) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, se alude precisamente al carácter tautológico de la fórmula elegida (pp. 9-11): “Desde luego en ella (en la definición) se nota un gravísimo defecto; seguramente el mayor que en una definición o descripción puede hallarse, el de que no dé idea, ni próxima ni remota, ni confusa ni clara, de lo definido o descrito. En vez de explicar o desenvolver lo que se intenta definir o describir, substituyendo las ideas confusas u oscuras por otras más conocidas y claras, no hace otra cosa que substituir unas palabras por otra, unos sonidos por otros diferentes, lo cual se demuestra con sólo hacer una inversión de sus términos. Si se

en favor de los criterios prácticos intuitivos o experimentados. Por eso, la fórmula de la analogía es engañosa. La investigación sobre el Código ha incurrido con frecuencia en el error de la lectura simplista del texto legal. La mercantilidad de una relación jurídica determinada no incluida o no mencionada en el Código no se puede determinar recurriendo al propio Código.

En realidad, la fórmula de la analogía es sólo el medio para desviar la atención del intérprete de la capitulación del codificador ante el problema de delimitación de la materia mercantil: el Código pretende —pero no se atreve a decirlo con claridad— que no se recorra a él para saber qué relaciones jurídicas pueden ser calificadas de mercantiles.<sup>90</sup> Por eso también, la fórmula de la analogía es más trascendente de lo que pudiera parecer a primera vista: es el medio de que dispone el codificador para evitar dos riesgos preliminares: El riesgo de *totalización* del patrimonio mercantil codificado y el riesgo de *fossilización* de ese patrimonio,<sup>91</sup> tanto en sentido *absoluto* (identificación legislativa de la mercantilidad) como en sentido *relativo* (identificación legislativa del criterio de la mercantilidad). Queda sin respuesta legal, no obstante, el de cual sea la esencia de la mercantilidad.

A la contingencia histórica de la operación seleccionadora de la materia mercantil acompaña, no la contingencia de la operación calificadora, sino la renuncia al establecimiento de un criterio permanente de calificación. Esta renuncia se explica porque la codificación tiene lugar cuando la materia mercantil “está en tránsito, es

reputa acto de comercio todo hecho que se ejecuta con el fin de realizar, facilitar o asegurar una operación o negociación mercantil, con igual justicia y con igual derecho pudiera decirse que será reputada operación o negociación mercantil la que se ejecuta con el fin de realizar, facilitar o asegurar un acto de comercio (...); en vez de marcarse cuál es el carácter distintivo que (el acto) lleva tras sí y supone tal calificación, la definición se contenta con sustituir el genitivo de *comercio* con el adjetivo *mercantil*, que equivale a repetir las ideas hasta con el mismo signo, pues es llano que todo lo mercantil es de comercio, y todo lo relativo al comercio es mercantil (...).” La sustitución de la fórmula tautológica del artículo 3º del Proyecto de 1875, que habría de convertirse en el artículo 2º del Proyecto de 1881, por la cláusula analógica del que habría de ser artículo 2º del Código de comercio de 1885, desde el mismo proyecto de 1882, sustitución en la que quizá influyó la crítica de los profesores del claustro madrileño, no debió alterar el sentido de la referencia legal: Es acto de comercio cualquier acto que el buen sentido de los comerciantes y la experiencia de los tribunales califiquen como tal, es decir, el que el tráfico mismo califique de mercantil.

<sup>90</sup> Cfr. Girón, J., *El concepto*, cit., p. 150; sin embargo, vid. Rubio, J., *Introducción*, cit., pp. 10-14, nota 4, y p. 437.

<sup>91</sup> Cfr. Girón, J., *El concepto*, cit., pp. 137-139 y 146.

decir, en un periodo indefinido". Los códigos mercantiles lo son de comercio "cuando se está en las postrimerías de lo que el comercio significó en la historia económica".<sup>92</sup>

#### IV. EPÍLOGO

Transcurridos más de cien años desde la promulgación del Código de comercio de 1885, las transformaciones de los presupuestos políticos, sociales y económicos en que se asentaba la segunda codificación mercantil han afectado vitalmente a su sentido y significado. El "desguace" progresivo al que ha sido sometido, le han ido restando peso específico, en el conjunto del ordenamiento jurídico. Pero más importante que la "pérdida de materia", emigrada hacia leyes mercantiles especiales o hacia leyes unificadas o, al menos, en las que no está expresa la dicotomía histórica del derecho privado, es la pérdida de su "valor constitucional" de un sector jurídico determinado. Sólo una parte del derecho mercantil de hoy —y, ciertamente, no la más importante— se contiene en el Código de comercio. El régimen jurídico de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, el de la letra de cambio, el del seguro, el de la suspensión de pagos y el del contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento —por citar ejemplos significativos— no puede buscarse en el Código de comercio. Pero lo decisivo no es la pérdida de conjuntos normativos, sino la *marginalidad* del Código. Un código que no ha asumido las consecuencias de la revolución industrial, difícilmente es útil en la sociedad postindustrial. Un código impregnado de un liberalismo ingenuo y primitivo, difícilmente es útil en una sociedad mucho más compleja, en la que la autonomía de la voluntad no es el único valor a considerar. Un código, en fin, que obliga a prescindir de él para determinar la mercantilidad de una materia —tenga o no autonomía efectiva y sustancial la materia mercantil—, difícilmente puede justificarse.

El Código podrá pervivir, pero como una ley más, cada día menos relevante, a la espera de una decisión de política jurídica en torno a una definitiva desaparición. Una estela de leyes, más o menos coordinadas, será el rastro que deje su existencia.

<sup>92</sup> Cfr. Girón, J., "Dos conferencias sobre el estado de nuestra legislación mercantil", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, XV, núm. 40, 1971, pp. 23-59, 25.