

vive indisolublemente ligado. Precisamente por su naturaleza de Derecho especial (o excepcional, según Rocco), el mercantil plantea una cuestión de límites que el Derecho civil, dictado para regir las relaciones humanas de carácter general, no necesita proponerse. De aquí la existencia en los Códigos de comercio de normas delimitadoras de la materia mercantil (arts. 1.º del C. de c. italiano y 2.º del C. de c. español).

La demarcación legislativa del Derecho mercantil puede hacerse de dos modos distintos, según que se atienda preferentemente a la persona o a los actos. En la actualidad el Derecho mercantil se aplica a los actos de comercio. Esta proposición es hoy indiscutible y ha sido también verdadera aun en los tiempos en que el Derecho mercantil se configuraba como un Derecho de clase. Nunca se ha podido definir el Derecho mercantil como el Derecho que se aplica a los comerciantes, porque jamás se han sometido al Derecho mercantil *todos* los actos de la vida jurídica privada de los comerciantes. Derecho mercantil es el Derecho de los actos de comercio. Conviene asentar bien esta tesis para salir al paso de una doctrina errónea. Cuando se habla de sistema subjetivo para la delimitación del Derecho mercantil, no quiere decirse que se considere este Derecho como el Derecho propio de una clase de personas: los comerciantes. Tanto en el sistema objetivo como en el subjetivo, el Derecho mercantil es el Derecho propio de una clase de actos: los actos de comercio. La diferencia entre uno y otro sistema consiste sólo en que mientras en el sistema subjetivo actos de comercio son únicamente los realizados por comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio, no sólo los realizados por comerciantes, sino también los que, sin ser ejecutados por comerciantes, se definen como mercantiles atendiendo a su substantiva naturaleza. Tiene, pues, razón Rocco cuando niega valor a la clasificación de actos de comercio objetivos y subjetivos, utilizando el mismo argumento ya empleado por Goldschmidt (1), a saber, que la noción del acto de comercio subjetivo descansa enteramente en la del acto de comercio objetivo, toda vez que el acto de comercio subjetivo presupone al comer-

(1) *Handbuch des Handelsrechts*. Stuttgart, 1875, pág. 432, n. 4.

ciante, y la noción de éste, a falta de un criterio formal, se apoya en la del acto objetivo.

La legislación española, como la legislación italiana, funda el Derecho mercantil alrededor del acto de comercio, y, puesta en el trance inexcusable de precisar su concepto, rechaza acertadamente el sistema de la definición y el de la enumeración y recurre a una fórmula que los redactores de la Exposición de motivos quieren hacer pasar por original cuando no es sino una imitación desafortunada de la contenida en el artículo 1.199 del Código de 1829: «Serán reputados actos de comercio—dice el artículo 2.º del Código vigente—los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.» Frente a esta fórmula, la posición del intérprete español es idéntica a la del intérprete italiano frente a la enumeración del artículo 3.º de aquel Código: sabemos que los registrados en el Código son actos de comercio, pero no sabemos cuál es la esencia del acto de comercio. Y la investigación de un concepto general del acto de comercio, inducido de las disposiciones particulares del Código, es todavía más necesaria para el intérprete español, porque, si consigue establecer un concepto *positivo* del acto de comercio, podrá aplicar con facilidad el criterio de analogía, que invoca el artículo 2.º, para la calificación de actos mercantiles no previstos en el Código de comercio. En rigor, la definición del acto de comercio no corresponde al legislador, sino al intérprete. Si el legislador prudentemente se abstiene de dar un concepto general del acto de comercio, el intérprete no puede excusarse de inferir o de intentar inferir *a posteriori* un concepto de Derecho positivo, resultante de los preceptos del Código.

Contra la opinión dominante en este punto, Rocco afirma la posibilidad de llegar a un concepto unitario del acto de comercio conforme al Código de comercio, y después de proceder a un examen analítico de los actos de comercio catalogados en el Código italiano, formula ese concepto general del acto *intrínsecamente mercantil* según el Derecho positivo italiano, diciendo que es *acto por sí mercantil* todo acto en el cual se efectúa un cambio indirecto, o sea, todo acto de interposición en el cambio, sea cual fuere el objeto o la forma del cambio. Desde el punto de vista del Derecho italiano niega Rocco que sea

necesaria la finalidad de especulación o de lucro, porque la evolución social y económica ha asignado también a la función intermediaria finalidades distintas de la del lucro. Este concepto positivo del acto de comercio responde sólo parcialmente al concepto económico, el cual es, según Rocco, más reducido, por cuanto se refiere más propiamente a las mercaderías, mientras que el acto de comercio conforme al Código comprende todo acto de interposición, cualquiera que sea el objeto o del cambio.

La misma tarea inductiva para hallar el concepto legal del acto de comercio tropieza con mayores dificultades en el Código español. Notemos por de pronto que el dogma de la objetividad consagrado en la Exposición de motivos («el Código se fija en la naturaleza de los actos o contratos... con independencia de las personas que en ellos intervienen») y en el mismo artículo 2.º («sean o no comerciantes...») quiebra por completo en la reglamentación concreta de varios actos mercantiles. El principio de calificación automática (inclusión en el Código), que formula el artículo 2.º, no podía bastar más que respecto de los actos regulados exclusivamente en el Código de comercio. Mas respecto de aquellos otros actos regulados por partida doble, es decir, aquellos actos que tienen su correspondiente en el Derecho civil (venta, depósito, etc.), esa fórmula es inútil porque siempre surgirá la cuestión de cuál ordenamiento debe ser aplicado: el civil o el mercantil. Por esta razón, el Código de comercio español, después de haber calificado de mercantiles todos los actos en él incluidos, al regular en concreto la comisión, el depósito, el préstamo, la venta, el transporte y seguro, comienza por puntualizar las circunstancias necesarias para que cada uno de esos actos se considere mercantil. Y la contradicción apuntada consiste en recurrir muchas veces para esta calificación al dato de ser comerciante una de las personas que intervienen en el contrato, vulnerando así la esencia de un sistema que se dice basado en el concepto del acto mercantil absoluto, o sea, aquél que se considera mercantil por su contenido objetivo, sin tener presente que su autor sea o no comerciante o que el acto se realice de manera ocasional, aislada o en serie profesional. En este aspecto, el Código español es más subjetivo que el italiano, cuyo artículo 3.º ofrece una lista

actos mercantiles con efectiva independencia de las personas que los ejecutan. El sistema del Código italiano es más sencillo y correcto que el de nuestro Código. Permite la clasificación de Rocco en actos intrínsecamente mercantiles o actos de comercio constitutivos y actos mercantiles por conexión, entre los cuales se cuentan los llamados actos subjetivos, o sea, aquellos que se presumen mercantiles por ser comerciante su autor. Mas ¿cuáles serían en nuestro Código de comercio los actos intrínsecamente mercantiles, es decir, aquellos de interposición en el cambio? Quizá no puedan agruparse bajo esta rúbrica más actos que la compra para revender (art. 325) y las operaciones de los Bancos (arts. 175, 177, 179, 199 y 212). Falta en absoluto en nuestro Código el grupo de las *empresas* (núms. 6, 7, 8, 9, 10, 13 y 21 del art. 3.º del Código italiano), que constituye el núcleo central del Derecho mercantil moderno. Respecto de los demás actos incluidos en nuestro Código, el dato de la interposición, inexcusable al concepto de acto de comercio, no aparece suficientemente claro. A veces la definición legal implica un círculo vicioso porque invoca ella misma el concepto de comercio o de acto o de operación mercantil, que es justamente lo que queremos indagar a través de esas disposiciones del Código. Veamos separadamente los actos regulados exclusivamente en el Código de comercio y los comunes al Código de comercio y al Código civil:

a) Los actos pertenecientes al primer grupo son las operaciones de Bolsa, las operaciones bancarias, el depósito en almacenes generales, la letra de cambio, las libranzas, vales, pagarés, cheques y cartas-órdenes de crédito y los contratos pertenecientes al Derecho marítimo (fletamento, pasaje, préstamo a la gruesa, seguros). ¿Qué cualidades intrínsecas presentan estos actos? Algunos de ellos no ofrecen peculiaridad intrínseca alguna y sí tan sólo *circunstancias*, adyacentes, extrínsecas, que se refieren bien al lugar donde el acto se concluye (Bolsas, ferias, almacenes generales), bien al tráfico a que el acto pertenece (contratos del Derecho marítimo). Intrínsecamente, constitutivamente, como diría Rocco, estos actos en nada se diferencian de los de la vida civil, puesto que en ellos no concurre necesariamente el elemento de la intromisión para el cambio, que es lo que caracteriza el comercio

(v. gr.: construcción y actos jurídicos relativos a un buque de recreo, depósito de las propias cosechas en los almacenes generales). Son actos calificados legalmente de mercantiles y que pueden servir a finalidades completamente extrañas al comercio. Otros de los actos pertenecientes a este grupo son instituciones genuinamente mercantiles que tradicionalmente se reputan actos de comercio, pero que tampoco implican necesariamente la nota diferenciadora de la actividad mercantil (v. gr.: letras de cambio y cheques, los cuales pueden ser utilizados para operaciones típicamente civiles). Ninguno de estos actos ofrece un signo diferenciador intrínseco que permita llegar por inducción a un concepto del acto mercantil en general.

b) En el segundo grupo de actos incluidos en nuestro Código de comercio (actos regulados también en el Derecho civil: sociedad, comisión, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte, seguro, afianzamiento), precisamente porque aquí ya no se trata de actos que por tradición se consideran mercantiles, sino de actos que tienen una existencia doble, civil y mercantil, se plantea con mayor fuerza la calificación de su mercantilidad. ¿Por qué un depósito es depósito mercantil en vez de depósito civil? ¿Qué concepto de acto mercantil puede inferirse de estos actos calificados de mercantiles por contraposición al concepto del acto civil? El criterio de que se sirve el legislador español para distinguir estos actos de sus correlativos en el Derecho civil es múltiple y atiende a estos cuatro elementos: *subjetivo* (participación de un comerciante en el contrato), *real* (naturaleza de la cosa objeto del contrato), *objetivo* propiamente dicho (naturaleza del acto en sí mismo o de las operaciones de que procede o a las que se destina) y *formal* (requisitos relativos a la celebración del contrato y a su publicidad).

Unas veces el legislador se contenta con uno solo de estos cuatro elementos para otorgar al acto la cualidad de mercantil. Así ocurre en la compraventa, en el transporte y en el afianzamiento. En este último es manifiesto su carácter accesorio o conexo: basta con que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, para que el afianzamiento sea reputado mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante, dice el artículo 439. El carácter de la operación principal

—contrato afianzado—se extiende al acto accesorio o conexo, conforme a la regla clásica que hace seguir lo accesorio a lo principal. Al transporte también le basta para ser mercantil el hecho de que tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio, o el de que sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público (art. 349). La venta se califica de mercantil por el elemento intencional de una de las partes contratantes: propósito de revender lucrándose en la reventa (art. 325).

En los demás actos comunes al Código civil, para su calificación mercantil concurren dos, al menos, de los cuatro elementos de distinción apuntados. Así en la sociedad, donde concurre el elemento formal (escritura pública e inscripción en el Registro mercantil: art. 119) con el elemento objetivo (naturaleza de las operaciones a que la sociedad se dedica: arts. 117, 123 y 124). Y en la comisión, que exige el elemento objetivo (tener por objeto un acto u operación de comercio) y el elemento subjetivo (ser comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista) (art. 244). Y en el préstamo, donde coinciden también la exigencia de que alguno de los contratantes sea comerciante (elemento subjetivo) y la de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio (elemento objetivo) (art. 311). Y en el seguro, que se considera mercantil cuando es comerciante el asegurador y el seguro a prima fija (art. 380). El depósito, en cambio, exige la concurrencia de los tres elementos: subjetivo (que el depositario, al menos, sea comerciante), real (que las cosas depositadas sean objetos de comercio) y objetivo (que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles) (artículo 303).

¿Qué concepto del acto mercantil ha tenido presente el legislador al imponer estos varios requisitos? Es casi imposible contestar a esta pregunta, porque el legislador español se ha preocupado tanto de eludir la definición del acto de comercio, que no sólo no formula expresamente ninguna, sino que, para diferenciar los actos que son comunes al Derecho civil, descansa, en último término, en el concepto económico del comercio o de las operaciones mercantiles, con lo que nos hace volver al punto de partida sin posibilidad de hallar la solución.

El hecho, por ejemplo, de que el porteador sea comerciante o se dedique habitualmente a realizar transportes para el público, debería, a lo más, encerrar una presunción de comercialidad semejante a la contenida en el artículo 4.º del Código de comercio italiano. Pero nuestro Código de comercio, más subjetivista en este punto que ningún otro Código, afirma rotundamente el carácter mercantil de tal transporte, que puede no responder a las características propias del acto de comercio intrínseco. El dedicarse habitualmente a verificar transportes para el público es ya un dato más significativo en pro de la mercantilidad del transporte que el hecho de ser comerciante, porque supone que el transporte en cuestión pertenece a una serie profesional de transportes en que el porteador aparece como *empresario*, y el empresario, como señala Rocco, es siempre un mediador en el trabajo ajeno.

En los otros actos en que el Código exige la presencia de un comerciante, no se contenta con este puro criterio subjetivo, sino que, con mayor acierto que en el transporte, exige también otra circunstancia objetiva decisivamente mercantil. Se exceptúa el seguro, que por su misma naturaleza supone una organización en forma de empresa aseguradora. Lo curioso es que el Código, después de haber huido de la definición doctrinal del acto de comercio, acaba refugiándose en el concepto económico de comercio, ya que a este concepto habrá que recurrir para saber qué debe entenderse por «comercio» (art. 123) u «operaciones mercantiles» (arts. 244 y 303), o «actos de comercio» (artículo 311). Con este sistema el Código incurre, al definir el depósito, en manifiesta petición de principio: decir que para que el depósito sea mercantil, aparte de otras circunstancias, se requiere que constituya por sí una operación mercantil, vale tanto como decir que el depósito es mercantil cuando es mercantil; porque para saber si un depósito dado constituye operación mercantil habría que acudir al concepto general de acto de comercio en el artículo 2.º; mas este precepto nos vuelve a enviar al articulado para ver si el acto en cuestión está incluido en el Código. De este modo vendremos a parar nuevamente al artículo 303 sin haber resuelto la cuestión.

Cuando se trata de un acto de comercio, no en sí mismo, sino por conexión a un acto mercantil genuino (caso de la comisión, o del prés-

tamo o del mismo depósito, cuando se hace como «causa o a consecuencia de operaciones mercantiles»), queda a la apreciación de los Tribunales el decidir cuándo es mercantil el acto que tiene por objeto la comisión, o a qué se destinan las cosas prestadas, o de qué el depósito es causa o consecuencia, o qué se garantiza mediante el afianzamiento. De aquí resulta clara la inutilidad de la fórmula del artículo 2.º, puesto que antes y después de ella los Tribunales tendrán que recurrir al concepto económico del comercio para calificar como mercantil cualquiera de esos actos. Este envío al concepto económico del comercio para la calificación de los contratos se corresponde con la misma referencia que hace el artículo 1.º para la calificación del comerciante (dedicarse habitualmente al comercio). No cabe deducir el concepto de comercio en ese artículo de la repetición profesional de los actos registrados en el Código de comercio, puesto que, como vemos, muchos de ellos exigen, a su vez, la pertenencia o la destinación al comercio.

En definitiva, parece que es menester renunciar a un concepto unitario del acto de comercio en nuestro Código. En él hay actos que, efectivamente, son mercantiles por el solo hecho de estar incluidos en el Código; pero en ellos no se encuentra ningún dato común de mercantilidad, porque pueden ser realizados en función mediadora o no (letra de cambio, cheque, operaciones de Bolsa, etc.), con carácter aislado o en organización de empresa, con propósito de lucro o de liberalidad (véase, por ejemplo, la declaración en este sentido del art. 314). Hay otros actos que, para ser calificados de mercantiles, requieren la intervención de un comerciante y la pertenencia o destinación al comercio. De ellos tampoco puede inferirse un concepto común, como no sea el referirse a una misma noción del comercio, la cual, naturalmente, está fuera del Código de comercio. En último término, resulta que el concepto legal del acto de comercio hay que buscarlo fuera del Código de comercio.

Solamente la compra para revender con ánimo de lucrarse en la reventa ofrece en sí misma el elemento de la intromisión propio de todo acto de comercio constitutivo, porque, realmente, el mejor medio para tomar los productos de manos del productor y ponerlos en manos