

del consumidor consiste en comprarlos al primero y venderlos al segundo. La comercialidad de este acto se descubre en la misma definición del Código por la finalidad de los contratantes, es decir, a través del elemento intencional (*para revender*). Este elemento intencional es, en definitiva, según Vidari (1), el único criterio cierto para la distinción entre actos civiles y actos mercantiles: cuando la finalidad es comercial, repercute sobre el acto y lo convierte en mercantil. Mas este punto de vista sólo es cierto respecto de la compraventa y de algún otro acto cuya finalidad esté enderezada a una operación mercantil (v. gr.: préstamo). No es verdadero respecto de otros actos cuya calificación de mercantiles en nada depende de la finalidad, sino del solo hecho de la inclusión en el Código (v. gr.: operaciones de Bolsa, letra de cambio, cheque, etc.).

La compraventa de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, por ser el acto mercantil típico de todos los tiempos, presenta en sí misma la nota de la mediación, que en los demás actos registrados en el Código o no aparece necesariamente (v. gr.: letra de cambio girada para el pago de deudas civiles), o, si aparece, es porque el Código invoca la noción general del comercio.

Una sola compraventa realizada con ese propósito es acto mercantil. Como lo son un depósito o un préstamo o una comisión en que concurren los requisitos de sus respectivas definiciones legales en el Código de comercio. El Derecho mercantil español, aún más que el francés y el italiano, es un Derecho de los actos de comercio aislados. Basta un solo acto que encaje en la definición del Código para que se rija por las disposiciones de éste. La existencia de ciertos actos mercantiles que, como el seguro o las operaciones bancarias, suponen una organización en empresa, no autoriza para dar a todo el Derecho mercantil español el carácter de un Derecho de empresa. Recordemos que el propio Mossa, en su admirable esfuerzo para configurar de este modo el Derecho mercantil italiano, confiesa que tanto la venta como los títulos de crédito se resisten a entrar en la categoría general de la

(1) *Corso di Diritto commerciale*. Milano, 1893, I, pág. 25.

empresa (1). Si esto vale para el Derecho italiano, donde expresamente se mencionan como actos mercantiles once tipos de empresas (de suministros, de edificaciones o construcciones, de manufacturas, de espectáculos públicos, editoriales tipográficas o librerías, de transportes de personas o cosas por tierra o por agua, de comisión, agencia y oficina de negocios), con mayor motivo habrá que reconocer la inadaptación del concepto de empresa como punto central del sistema al Derecho español, donde todos los actos mercantiles se definen como actos aislados. Tal es la consecuencia forzosa de todo sistema objetivo que tiende a separar el acto de su autor (sean o no comerciantes, como dice nuestro art. 2.º), aun cuando después reincida en el punto de vista subjetivo (el autor del acto ha de ser comerciante) para calificar algunos de esos actos. En éstos, la invocación al comerciante implica, ciertamente, una presunción de empresa, es decir, implica la presunción de que el acto en cuestión pertenece a una serie orgánica de actos iguales que el autor realiza profesionalmente, o sea, como medio de obtener una ganancia constante. Atendiendo en tales actos a esta participación de un comerciante y, además, a la referencia que en esos casos hace el Código de comercio al concepto de comercio, se podría decir que el concepto legal del acto mercantil coincide con el concepto económico, y como el comercio, en sentido económico, consiste en una función de intromisión entre productores y consumidores para realizar la circulación de los bienes, en último término resultaría que en nuestro Código de comercio algunos actos mercantiles podrían encajar en el concepto unitario que Rocco propone sobre los textos del Código italiano. Y, en efecto, la referencia al concepto usual del comercio puede ser un criterio legislativo para la acotación del campo sometido al Derecho mercantil. Pero en seguida debemos anotar, como observación importante y urgente, que en el Código español esa referencia al concepto usual del comercio se hace sólo para algunos contratos, y no sería lícito edificar sobre éstos el concepto general del acto de comercio. Precisamente porque para los demás actos incluidos en el

(1) *I problemi fondamentali del Diritto commerciale*. Riv. di Dir. comm., año XXIV (1926), pág. 246.

Código es inútil querer buscar la adecuación al concepto económico del comercio, la doctrina (me refiero a la doctrina extranjera que se ha planteado el mismo problema) busca la salida recurriendo al llamado concepto jurídico del comercio o comercio en sentido jurídico. Mientras originariamente—dicen los autores—el comercio implicaba tan sólo la compra de cosas muebles para revenderlas en forma inalterada, función mediadora pura entre productores y consumidores, en el curso del tiempo ese concepto estrecho se ha ampliado para recibir en su contenido una serie de actividades que ya no efectúan la mediación entre producción y consumo de un modo directo, sino indirectamente (v. gr.: operaciones de transporte, de seguros, de Banca, de comisión, etcétera), o que se limitan a organizarse en forma mercantil (v. gr.: teatros). Se prescinde de la nota de profesionalidad (criterio del acto único, que impera, según hemos visto, en nuestro Código de comercio), y aun dentro del acto mercantil típico—compra para revender—, se borra la exigencia de reventa en forma inalterada (véase art. 325 C. de c. español). En algunas legislaciones la forma de la sociedad es decisiva para su calificación mercantil, aunque no se proponga la realización de operaciones de comercio (v. gr.: sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en el Derecho alemán). Inspirándose en el mismo criterio formal, nuestro Código considera siempre acto mercantil la letra de cambio, sin distinción de personas y sea cual fuere la naturaleza del negocio a que sirve (art. 443). En suma: se equiparan los términos comercio e industria, Derecho mercantil y Derecho industrial, para dejar sólo fuera la industria agrícola, hasta hoy rebelde al Derecho mercantil. El Derecho, se añade, ha amplificado el concepto del comercio, y como no se corresponde el moderno Derecho mercantil con el concepto clásico del comercio, se habla de un concepto jurídico.

Mas esto es una solución artificiosa, porque si es cierto que se ha ampliado la esfera de aplicación del Derecho mercantil fuera de lo que constituye el comercio en sentido económico, la consecuencia ineludible será que el Derecho mercantil no depende del concepto de comercio. Dicho de otro modo: lo que en cada país constituye Derecho mercantil no se determina por lo que sea el comercio, sino tan sólo por la

calificación del legislador, determinada por criterios heterogéneos imposibles de reducir a una directriz única.

Mas el acto de comercio no absorbe por completo el Derecho mercantil. Como dice Rocco, basta abrir el Código de comercio para convencerse que existen relaciones sujetas a la ley comercial y, por consiguiente, mercantiles, que no se pueden considerar como el producto de un acto de comercio. La obligación legal de contabilidad o de inscripción en el Registro, o la capacidad del comerciante, o la constitución y organización de las sociedades, constituyen materia de comercio, y, esto no obstante, no se les puede hacer derivar de una actividad, sino de un estado de hecho permanente. A estos ejemplos, que Rocco cita, podemos añadir, corroborando su tesis, que tampoco son propiamente actos mercantiles la organización y el régimen de las instituciones auxiliares del comercio, como, por ejemplo, las Bolsas, los Bancos, los almacenes generales, las casas de compensación, etc., todas las cuales son objeto de regulación por el Derecho mercantil. Por eso la definición que Rocco formula de este Derecho (pág. 5), se muestra como incompleta sometiéndola al propio criterio de su autor, que ella contradice cuando limita el contenido del Derecho mercantil al «conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a éstas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial». Más en armonía con el pensamiento del propio autor hubiera estado una definición que aludiese a las relaciones entre particulares derivadas, no sólo de actos, sino de instituciones que el legislador reputa mercantiles, y a la capacidad de los comerciantes y sus auxiliares. Tal es la definición que formula Navarrini, quien, como nosotros, renuncia a encontrar otro principio diferenciador de las instituciones de Derecho mercantil que el arbitrio legislativo...

Se haría este prólogo interminable si, abandonando estas perspectivas que dominan el ámbito total del Derecho mercantil, quisiéramos ahora descender al examen de cada uno de los capítulos de la obra de Rocco para subrayar en ellos las novedades, los puntos de vista originales, la agudeza de interpretación y tantas infinitas cualidades que hacen de la presente obra un modelo de libro didáctico, de fácil com-

preensión para los no especialistas, de utilidad verdadera para quien aspira a tener noticia escogida de la literatura mercantilista moderna. Sus aciertos harán de este libro uno de los libros preferidos de todos los que, como profesores o alumnos, sean estudiantes del Derecho mercantil.

JOAQUÍN GARRIGUES.

PRELIMINAR

Esta obra ha nacido en la Universidad como producto de la enseñanza del Derecho mercantil que profesé en la de Padua durante más de diez años. Pero a consecuencia de las sucesivas reelaboraciones que he hecho de ella, ha ido perdiendo el carácter de explicaciones de curso académico y adquirido cada vez más el de tratado teórico-práctico de la Parte general de Derecho mercantil.

A juicio mío, la transformación queda consumada con la última revisión efectuada antes de ofrecerla al público, y en que aparecen completamente rehechos capítulos enteros como los relativos a la Historia del Derecho mercantil, a la teoría de los actos de comercio, a la *hacienda* (establecimiento o casa) de comercio; he apreciado debidamente la Jurisprudencia, sobre todo la de casación, y he aprovechado la Doctrina, aun la más reciente; la legislación posterior a la guerra, que tan profundas innovaciones ha motivado, la he tenido muy en cuenta. Me permito por ello vaticinar que el libro, a más de orientar a los jóvenes, puede ser de alguna utilidad a los prácticos, abogados, magistrados, que busquen una guía de principios generales concretos y claros para la resolución de los casos controvertidos.

El mérito científico de esta obra consiste, singularmente, en que constituye un ensayo de aplicación de aquel método de investigación jurídica que llamo unitario, porque el particularismo de la excesiva especialización es opuesto a la unidad orgánica del Derecho. Más aún con el ejemplo que por medio de discursos teorizantes, hace años voy señalando a los jóvenes el daño que causa el aislamiento en el campo del Derecho; y la necesidad de contemplar la ciencia jurídica como ciencia unitaria, que sólo para más fácil investigación aislamos en sus diversas ramas, y que por exigencias de la división del trabajo estudiamos por separado sus distintas partes, y cuanto más especial sea la que estudiamos, cual ocurre con el Derecho mercantil, más manifiesta es la necesidad de coordinación asidua con las demás ramas más o menos próximas, y con el sistema jurídico positivo. A Vivante corresponde el mérito de haber inducido por primera vez a los estudiosos italianos a seguir este camino; de haber proclamado la unidad

sustancial de la ciencia del Derecho privado y la necesidad de no separar jamás el estudio del Derecho mercantil del civil, que es su base y presupuesto; mas aunque indispensable, a mi juicio, esta coordinación no basta; hay que hacer más aún; hay que coordinar las instituciones de Derecho civil y mercantil con las de Derecho público y remontarse por último a los principios del Derecho comunes a todas las ramas jurídicas, cuya elaboración constituye el objeto de la *Jurisprudencia general o doctrina general del Derecho*: obra coordinadora, fecunda en resultados tanto para la teoría como, sobre todo, para la práctica del Derecho y la única susceptible de guiarnos hacia los principios directivos fundados sólidamente en el conjunto sistemático del Derecho vigente.

No quiero concluir este breve prólogo sin manifestar públicamente la gratitud que debo al magistrado Gaetano Azzariti, experto conocedor de la doctrina y jurisprudencia italianas, por el valioso auxilio que me ha prestado en la última revisión de la materia, así como al excelente juez Giuseppe Lampis, que me ha auxiliado en la corrección de pruebas y redacción de índices.

ALFREDO ROCCO.

Roma, noviembre 1927.

INTRODUCCION

DERECHO MERCANTIL

y

CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL

§ 1. CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL Y DE LA CIENCIA DEL DERECHO-COMERCIAL.

SUMARIO: 1. Idea general del Derecho mercantil. Materia o contenido de mismo.

1. *Derecho mercantil*.—En su significado propio, es el conjunto de normas jurídicas por que se rigen las relaciones nacidas en la industria comercial (1). Sin embargo, esta frase ha adquirido hoy un valor que dista mucho de su significado etimológico, porque actualmente el Derecho mercantil, por una parte, encierra algo más, y por

(1) No parece satisfactoria a Bolaffio (*Codice di comm. commentato*, Edizione Tip.-ed., 5.^a ed., vol. I, pág. 5, n. 1.) esta definición, porque dice: «industria comercial» no es un concepto jurídico. Cierto; pero para fijar el ámbito de aplicación del derecho, hay que apelar necesariamente a conceptos jurídicos, porque el Derecho norma relaciones sociales que sólo en tanto reguladas por él advienen soluciones jurídicas, por ello es necesario señalar cuáles son las relaciones sociales, a las que se aplica el conjunto de normas jurídicas. El que después el ámbito de aplicación del Derecho mercantil no coincida precisamente con el de la industria comercial, ya lo hago notar en el texto, pero esto no impide que el ámbito propio peculiar de Derecho mercantil sea el de la industria comercial. Ahora que la objeción de Bolaffio arranca del concepto de que, a su juicio, no puede