

§ 5.º LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO MERCANTIL.

SUMARIO: 14. Movimiento en favor de un Código único de obligaciones. Razones en que se apoya. Crítica.—15. Constitución moderna de las relaciones económico-privadas y oportunidad de un derecho especial para el comercio.

14. La creciente ampliación del ámbito de actividad del Derecho mercantil ha inclinado a tratadistas notables a negar la necesidad y oportunidad de un derecho especial para el comercio y a sostener, en cambio, la necesidad de fundir el Derecho mercantil con el civil de obligaciones en un *código único de obligaciones*.

Este movimiento a favor del Código único lo inició en 1888 Vivante, en una notable y genial lección preliminar a su curso, y cada vez fué adquiriendo mayor número de adeptos, entre ellos, Bolaffio, Sraffa, Bruschetti, y fué combatido en cambio por Manara, Vidari y Sacerdoti (75).

Los promotores del Código único de obligaciones se apoyan principalmente en que el desarrollo histórico del Derecho mercantil y el estudio de sus condiciones actuales, demuestran que hoy, éste, de hecho, no regula únicamente el fenómeno social comercio, sino que se ha transformado en Derecho común y rige para comerciantes y no comerciantes, actos de comercio verdaderos y otros que de ello no tienen sino el nombre, y que en realidad son actos de la vida civil.

(75) Vivante: *Per un codice unico delle obbligazioni*, en *Arch. giur.*, XXXIX (1888), págs. 407 y siguientes; *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, en *Riv. ital. per le scienze giur.*, XIII, págs. 378 y siguientes; *Trattato di Dir. comm.*, 5.ª ed., § 1; Bolaffio: *Per un codice unico delle obbligazioni*, Venecia, 1889; *A proposito dell'unificazione del diritto delle obbligazioni*, en *Giur. ital.*, 1907, IV, 113; Sraffa: *La lotta commerciale*, Pisa, 1894; Manara: *Contro un codice unico delle obbligazioni*, en *Giur. ital.*, 1892; Vidari: *Contro un codice unico delle obbligazioni*, ap. al vol. I del *Corso di diritto comm.*, 5.ª ed.; Sacerdoti: *Contro un codice unico delle obbligazioni*, Padua, 1890. También opinaron en contra de la unificación, Marghieri: *Trattato*, 3.ª ed., *Introduzione*, y en *Riv. de Dir. comm.*, 1907, I, 21; V., además, Cohn: *Drei Rechtswissenschaftliche Vorträge*, 1888; Riesser: *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1894, y, por último, Wieland: *Handelsrecht*, 1921, que enérgicamente aboga por la necesidad de una legislación mercantil especial, pág. 54; V. también Thaller: en *Ann. de Droit comm.*, 1893, I, pág. 21.

Además de estas razones fundamentales, aducen otras de orden práctico contra la separación del Derecho mercantil del civil.

a) Como quiera que el Código de comercio contiene las normas que el comercio ha ido creando para proteger sus propios intereses, el Derecho mercantil constituye una verdadera legislación de clase, en la que los intereses del productor son favorecidos a expensas del consumidor. Para la redacción del Código mercantil se llamó a los industriales, banqueros, aseguradores, Cámaras de Comercio, protectores y representantes del comercio en grande, los hombres que profesionalmente o en la enseñanza estaban habituados a defender sus intereses, y natural es, por tanto, que surgiese una legislación que subordina el interés de todos los ciudadanos al de los comerciantes. Por vía de ejemplo, véase lo que ocurre con los títulos al portador que se extravían, cuyo valor cede en beneficio de la institución emisora, quien se libera de la obligación de reembolsarlos (art. 57); no hay garantía alguna para los que depositan sus ahorros en los Bancos; ninguna, asimismo, tampoco, para los tenedores de obligaciones de las sociedades mercantiles; ninguna para los asegurados que confían centenares de millones a las compañías aseguradoras; el comerciante que ven de productos en mal estado queda exento de responsabilidad si el cliente no reclama a los dos días (art. 70); las compañías navieras quedan libres de toda responsabilidad por los actos del capitán y tripulantes que abandonan la nave (art. 491); la prescripción de los derechos se realiza dentro de un plazo breve, pocos meses, cuando esta prescripción perjudica los derechos de los consumidores, y, con una injustificada desigualdad, las empresas comerciales disponen de diez años para ejercitar los suyos. Los ejemplos pudieran multiplicarse.

b) La coexistencia de dos Códigos perjudica la baratura en los juicios y hace incierto el Derecho; un gran número de cuestiones, con grandísima pérdida de tiempo y de dinero, ocupa diariamente a los Tribunales para resolver la cuestión preliminar del carácter civil o mercantil del asunto; además de que la facultad que concede la ley a los magistrados para discernir el carácter comercial de los actos que no están taxativamente calificados de comerciales, motiva dudas para aplicar el Derecho mercantil.

c) Por último, en el orden científico se alega el perjuicio de la división; la escasez de principios generales del Código de comercio, se debe precisamente a la autonomía del Derecho mercantil; los que cultivan esta ciencia, sin comprender que los límites y presupuestos de las instituciones jurídicas reguladas por el Código de comercio están en el Código civil, olvidan el estudio de este Derecho y el del mercantil

como una ciencia única, descuidan la obra lenta y paciente del jurista que intenta acomodar las nuevas manifestaciones de la vida social a los antiguos principios, y que sólo desisten de ello ante la necesidad evidente de un precepto nuevo; de aquí el oír frecuentemente a los mercantilistas hablar de excepciones al Derecho común, de contratos *sui generis*, de instituciones de naturaleza especial o anómala.

No todas estas razones que se aducen contra la necesidad de un Derecho mercantil autónomo tienen igual valor. Así, por ejemplo, nada prueba contra la autonomía del Derecho mercantil, aunque regule hoy la actividad de comerciantes y no comerciantes; es un Código de clase, porque lo han formado comerciantes, y abundante en preceptos favorables a sus intereses contra los de los no comerciantes. Además, si hasta ahora en la formación de los Códigos mercantiles ha ejercido influjo preponderante la representación de los intereses mercantiles, no quiere decir esto que semejante preponderancia se deba a la existencia de un Derecho mercantil autónomo, y menos aún que no hubiera ocurrido si no existiese un Código de comercio; toda clase social con intereses comunes que alegar y medios suficientes para ejercitarlos, influye en la formación de las leyes de modo adecuado a la importancia de los intereses en juego, y con tanta mayor energía cuanto lo sean sus fuerzas, bien sobre la opinión, bien sobre los poderes públicos; esto nada tiene de particular, o, mejor dicho, es inevitable, y es una simple consecuencia del juego de las fuerzas sociales. Ahora bien: si hasta aquí la clase de comerciantes ha ejercido en beneficio propio un influjo preponderante en la formación de nuestro Derecho mercantil, débese a su mejor organización, a que es la más poderosa y la que tiene intereses más considerables que defender; influjo que hubiera ejercido igualmente si el Derecho mercantil estuviese fundido con el civil en un Código único, porque aquel influjo se ejercita necesariamente cuando juegan los intereses de clase. Se ejerce, por ejemplo, al concertar tratados de comercio para obtener un arancel favorable; el predominio de los intereses de las clases más poderosas y mejor organizadas, es un fenómeno social necesario que depende de muy otras y muy complejas causas que la existencia de un Código autónomo para determinadas relaciones sociales; la clase más humilde de consumidores hallará tutela eficaz de sus intereses en la organización y en una activa participación en la vida pública, en una organización más fuerte del Estado, supremo protector del equilibrio entre las clases y grupos sociales, y no en la fusión del Código de comercio con el Código civil.

Tampoco es decisiva la razón nacida de la incertidumbre que mo-

tiva, al aplicar el Derecho mercantil, la cuestión previa de limitar la materia civil y comercial; la cuestión de límites, o, mejor, la aplicación entera del Derecho a cuestión de límites; todos los días surge al tratar de aplicar el Derecho mercantil: ¿estamos ante una relación a que debe aplicarse el precepto mercantil? Cuestiones análogas se presentan al aplicar el Derecho civil, el administrativo, el penal; a cada momento escúchase la pregunta, por ejemplo, de si un acto ilícito es civil o constitutivo de delito, o si un acto de la Administración pública infringe un verdadero *Derecho privado* o *público*, o bien un simple *interés*; y en el mismo campo del Derecho civil se duda si un contrato es de sociedad o de mandato, o de arrendamiento de obras; sin suprimir el Derecho es imposible suprimir la cuestión de límites.

Por último, tampoco es una razón decisiva la imperfección científica que origina la división de Códigos; débese, más que a la existencia de un Código mercantil, a la deficiente cultura de algunos mercantilistas y al conocimiento imperfecto del método; y tan verdad es esto, que, aun vigente el Código de comercio, la literatura jurídica italiana se ha enriquecido con excelentes publicaciones, en las cuales la coordinación científica entre Derecho civil y mercantil se hace con métodos excelentes y óptimos resultados.

15. La verdadera principal razón es la que hoy, *de hecho*, el Derecho mercantil regula multitud de relaciones que son perfectamente extrañas al comercio, «si pensamos en la grande homogeneidad de nuestra constitución social, en que las distintas clases de ciudadanos se mezclan y confunden trabajando juntos en la lucha por la existencia» (76).

Este es, a nuestro juicio, el nudo verdadero de la cuestión; acerca de ella hemos de advertir primeramente que hay que despojarla de los intransigentes formalismos con que comúnmente se la suele tratar. Con frecuencia se discute sobre la necesidad y oportunidad de sustituir el actual Código de comercio por un Código único de obligaciones civiles y mercantiles; el que las normas relativas al comercio y las referentes a la vida civil se encierren en uno o dos códigos, no tiene gran importancia en el orden científico; el Derecho mercantil pudiera permanecer autónomo y, por consiguiente, autónoma también la ciencia del derecho comercial, aun cuando esta clase de normas estuviesen contenidas en un código único, junto con las de derecho civil de obligaciones (77); lo que, en cambio, hay que preguntar, para llegar al fondo

(76) Vivante: *Trattato*, I, pág. 8.

(77) Wieland: *Handelsrecht*, I, § 6, ha probado recientemente que lo de

del asunto, es si en el ámbito de las relaciones económico-privadas hay una clase de relaciones (las derivadas de la industria comercial y otras que exigen una igual o semejante reglamentación jurídica) y cuáles necesitan una disciplina jurídica especial, y si no totalmente, en mucha parte, distinta de las restantes relaciones económico-privadas. Planteada así la cuestión, no puede resolverse sino mediante un severo análisis, con arreglo a los datos de la experiencia de la moderna constitución de las relaciones económico-privadas y de las exigencias que éstas plantean al Derecho. Por consiguiente, hay que examinar:

1.º La estructura de la industria mercantil propiamente dicha, qué exigencias plantea al Derecho, que puedan determinar la formación de un derecho especial mercantil.

2.º Si la uniformidad de la vida económica ha llegado a un grado tal que las exigencias, antaño peculiares de la industria mercantil, han advenido comunes a todas las relaciones económico-privadas.

1.º Un análisis, aunque sea superficial, del fenómeno económico comercio, nos revelará lo que exige la industria mercantil a la legislación para desenvolverse de un modo conveniente, es decir, qué características debe tener un ordenamiento jurídico que pretenda favorecer el desarrollo del comercio.

El estudio de la vida económica de un pueblo adelantado cualquiera nos descubre la existencia de una clase numerosa de personas constituidas en *intermediarias* de los cambios; ahora bien: esta clase de personas que adquiere *bienes y servicios*, no para sí, sino para situarlos a disposición de quien los necesite, como así hace. no los productos de su trabajo, sino los del ajeno; para desplegar su función económica necesita *la posibilidad de un rápido y expedito acuerdo en los negocios y las mayores facilidades para el crédito*. Necesita lo primero porque sólo a este precio puede buscar y adquirir los productos y servicios y colocarlos allí donde son necesarios, o sea, que sólo en estas condiciones es provechoso el ejercicio de su función de intermediario entre productor y consumidor. Necesita lo segundo, o sea, la facilidad del crédito, porque éste es menester a quien no adquiere para sí, sino para otro, y adquiere sólo porque piensa colocar a su tiempo y en lugares oportunos los productos adquiridos. De esto se deriva que la in-

la unificación formal es puro empirismo; que el Derecho mercantil, con su carácter de derecho singular, revive dentro del Código suizo de obligaciones, y con ello desaparecen las razones en que se fundaban nuestros mantenedores de la unificación; es decir, el ejemplo de la legislación suiza, que, por lo demás, no ha hallado imitadores.

industria mercantil exige al Derecho para poder ejercitarlo y desenvolverse:

a) *La mayor sencillez en las formas de manifestación de la voluntad privada, con objeto de crear relaciones jurídicas.*

b) *La más eficaz protección para el crédito.*

Surgió y se desenvolvió el Derecho mercantil como Derecho especial, precisamente porque el Derecho común no presentaba sencillez de formas ni tutelaba eficazmente el crédito, y no la ofrecía porque no necesitaban de una y otra las relaciones económico-privadas, que por las condiciones económicas y sociales de la época se distinguían perfectamente de las relaciones comerciales en este aspecto. La escasisima cultura de la población, la deficiente autoridad del Estado, cuya acción y protección del derecho eran poco eficaces, la insignificancia de los bienes muebles y la grandísima de los inmuebles, exigían para la mayor parte de la población formas solemnes para celebrar los contratos; esta solemnidad de formas garantizaba la verdad y seguridad de las manifestaciones de consentimiento, evitaba litigios y daba a la propiedad inmueble, singularmente respecto a los terceros, seguridad e indiscutibilidad. Además, en cuanto al crédito, poca o ninguna necesidad de él había fuera o aparte de las relaciones comerciales, a más de hallar su desarrollo un obstáculo insuperable en las ideas religiosas y en las prohibiciones canónicas para la estipulación de intereses.

2.º Imposible negar que este estado de cosas ha ido poco a poco modificándose en el transcurso de los siglos, y que la estructura moderna de las relaciones económico-privadas es completamente distinta. Robustecida la autoridad del Estado, organizada sólidamente la administración de justicia, acrecida enormemente la propiedad mueble, ha disminuído muchísimo la necesidad de formas solemnes para manifestar la voluntad privada, y singularmente en el campo de las relaciones económicas; a más de que la tierra ya no es hoy la única fuente de riqueza y de que también comienza a cultivarse con procedimientos técnicos que requieren ingentes y continuos anticipos de capital; a más de lo comercial, se han desarrollado otras industrias que, como ésta, necesitan crédito; mejoradas las comunicaciones, disminuído el precio del dinero, se ha difundido aquél enormemente; también aparte del comercio, en la vida económica moderna hay necesidad de él y, por consiguiente, de una eficaz tutela del mismo.

Este progresivo desarrollo de la vida económica, merced al cual se han ido desenvolviendo nuevas clases de relaciones económico-privadas con las exigencias mismas de las mercantiles, nos explica perfectamente la continua ampliación del ámbito de acción del Derecho mer-

cantil; presentaba ya éste un conjunto acabado de normas especialmente aptas para favorecer la circulación de los bienes y el desarrollo del crédito, y es natural que se acudiera a él al tratar de disciplinar las nuevas formas de actividad económica, influidas por las mismas exigencias que habían ocasionado el nacimiento del Derecho mercantil.

Todo el problema, en su esencia, consiste en si esta nueva serie de relaciones económico-privadas agota el campo de relaciones económico-privadas, o, por lo menos, constituye mayoría suficiente para trastornar la relación que guardan los preceptos de Derecho mercantil con los de Derecho civil, y para que se considere el primero como el Derecho común de los Derechos privados y el Derecho civil como el Derecho especial de cierta clase de tales relaciones.

Un análisis de los hechos obliga a contestar negativamente. Ciertamente del estudio de la vida económica resulta indudablemente que la serie de relaciones económicas que pueden asimilarse a las comerciales, en cuanto a exigencias de disciplina jurídica, son categorías singulares de relaciones privadas; exigencias semejantes a las de las relaciones mercantiles, en el campo de la producción, las tienen las de la gran industria fabril, las cuales, aunque no en la misma proporción que la comercial, implican rápida y fácil circulación de las cosas y el uso relativamente amplio del crédito personal. No puede decirse lo mismo precisamente de la pequeña industria, no sólo manufacturera, sino aun comercial, y se ha visto que los preceptos del Código de comercio son inadecuados para los minoristas; por ello pareció grave e inútil obligarles a llevar libros y se les ha eximido del farragoso y harto severo procedimiento de quiebras, y la ley de 25 de mayo de 1903, acerca del convenio previo y quiebras de poca importancia, ha atendido en parte a sustraer las empresas comerciales pequeñas a los rigores del Código de comercio. La industria agraria, aun cuando comprendida en el ámbito de la producción, tiene exigencias muy distintas de la industria comercial, y con más razón todavía puede aplicarse lo dicho acerca de las pequeñas empresas comerciales e industriales a la agricultura; pero en el campo mismo de la gran industria, cuyas manifestaciones ofrecen algunos caracteres de innegable semejanza con la organización de las grandes empresas comerciales y manufactureras, las exigencias de la agrícola son las mismas que las de la industria comercial; ni necesita la rápida circulación de la riqueza, porque se desenvuelve lentamente y en períodos largos de antemano conocidos, y el crédito mismo tiene para ella caracteres y formas propios; es crédito predominante real, y, sobre todo, a largos vencimientos.

Si abandonamos el campo de la producción, las diferencias son todavía más profundas. Las relaciones económico-privadas que no atañen a la producción ni con ella están relacionadas, tienen naturaleza y exigencias sustancialmente distintas de las de la producción en general y de la industria mercantil especialmente. Son relaciones conexas con instituciones tradicionales que interesan a la constitución política del Estado, como la familia, la propiedad, la sucesión; o bien relaciones inherentes al cambio improductivo, que no necesitan simplificación especial de formas jurídicas, que, a más de inútil, serían inoportunas, cuantas facilidades se diesen al crédito, que, como improductivo o de consumo, ofrece no pocos daños y peligros. Tanto es así, que en nuestro sistema y otros semejantes que autorizan el empleo de la letra de cambio para toda clase de operaciones de crédito, surgen quejas contra el uso de lo que, siendo por naturaleza instrumento de crédito productivo, y, por lo tanto, peculiar al crédito comercial, sin embargo, se la falsea y usa, con pésimos resultados, como instrumentos de crédito improductivo (78); lo cual prueba las consecuencias perjudiciales de que la ley, forzando la naturaleza de las relaciones, amplie normas e instituciones de Derecho mercantil a otras sustancialmente distintas.

En conclusión: que hoy es evidentemente prematuro afirmar que las necesidades de la industria mercantil las experimenten no sólo algunas, sino toda clase de relaciones económico-privadas, o su gran mayoría. ¿Ocurrirá esto en el porvenir? Imposible preverlo; depende del buen orden económico de la sociedad futura; pero indudablemente si se acentuase la tendencia a la socialización y a la estatización de los instrumentos de producción, más bien que de que se fusionaran el derecho civil y el mercantil, se podría hablar de absorción parcial al menos, de uno y otro, por el Derecho administrativo; en todo caso, y esto es lo que estamos obligados a afirmar, la unidad del Derecho privado no puede ser consecuencia de un acto autoritario del legislador, sino que debe motivarlo la necesidad de homogeneidad sustancial de las relaciones económico-privadas, homogeneidad que falta hoy y que nadie puede decir si será el resultado de una evolución ulterior de la vida económica (79).

(78) Cons. Sraffa: *La cambiale e i non commercianti*, en *Archivio giur.*, 1897, fasc. 1-2-3.

(79) Véase también Rocco: *Intorno al carattere del Diritto commerciale* cit., págs. 543-545. Puede considerarse olvidada ya la polémica que hubo con este motivo. El mismo Vivante, iniciador y director ardoroso de la propaganda en favor de un solo Código de obligaciones, después de resol-

§ 6.º CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL Y RELACIÓN DEL MISMO CON LAS CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

SUMARIO: 16. Ciencia del Derecho mercantil como ciencia jurídica autónoma.—17. Relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con las demás y singularmente con las sociales y jurídicas.

16. 1) *Ciencia del Derecho mercantil como ciencia jurídica autónoma*.—Explicada la razón de ser del Derecho mercantil como un conjunto autónomo de normas, no hemos demostrado aún la autonomía del Derecho mercantil como ciencia. El carácter fragmentario de las normas constitutivas de la disciplina jurídica del comercio y su posición subordinada respecto a las del Derecho civil, permiten dudar de la posibilidad de que exista una ciencia del Derecho mercantil. Y de ahí la duda explicable de si a las dos ciencias de Derecho civil y Derecho mercantil debe sustituir una y única *ciencia del Derecho privado* que estudie el conjunto orgánico de normas reguladoras de las relaciones entre particulares.

Ciertamente que el estudio del Derecho mercantil implica una continua apelación a los principios del civil, y lo fragmentario de las normas del mismo supone que el Derecho civil colme sus frecuentes lagunas; ello explica, por consiguiente, que el estudio del Derecho civil sea no sólo un instrumento auxiliar, sino un factor integrante del estudio del Derecho mercantil.

Pero no menos cierto es también que contra la autonomía de una

verse por la unificación, ya dijo que esto no puede realizarse por la sola voluntad del legislador, sino a virtud de la evolución económica. «Creo que más aún que nuestro influjo de escritores, contribuirá a resolver esta discrepancia el presente movimiento económico, creador de nuevas instituciones jurídicas que no tienen carácter civil ni comercial, pero que rigen objetivamente el campo común de la industria sin distinguir quién es y quién no es comerciante.» (*Trattato*, § 1, nota final). Apenas se inicia, ni tuvo mantenedores, el problema de la unificación del Derecho de obligaciones en la preparación reciente de la reforma general de nuestros Códigos. También Vivante, por último, se ha declarado abiertamente partidario de la autonomía del Derecho mercantil en *Riv. di Dir. comm.*, 1925, I, pág. 572, y explica que este cambio es fruto del influjo que han ejercido en él su experiencia en trabajos legislativos, que le han convencido de que la fusión de los dos Códigos perjudicaría al Derecho privado y su función práctica.

ciencia no puede ser un argumento decisivo el que haya de recurrirse frecuentemente a los principios y conceptos de otra ciencia.

Citemos tan sólo por vía de ejemplo, y en el campo mismo de las disciplinas jurídicas, el Derecho penal. Reconózcase o no el llamado carácter sancionador de tal derecho, y aunque se niegue que esta rama no contiene sino *sanciones* a las normas pertenecientes a todo el ordenamiento jurídico, en cuyo caso claro está que el Derecho penal habrá que reputarlo como un apéndice de todas las demás normas del Derecho público y privado; pero tengamos en cuenta, sin embargo, que no sólo contiene sanciones, sino preceptos, que en interés del Estado protegen bienes individuales y colectivos, los cuales, aun cuando ya lo están por otros preceptos, aquí lo son en otra forma (80), y es indudable que no puede entenderse ni estudiarse el Derecho penal sin conocer y estudiar cuantas normas jurídicas protegen, y aquellos mismos bienes e intereses que son objeto de la tutela penal; de aquí las apelaciones a conceptos de Derecho civil, comercial, constitucional, administrativo, procesal, que continuamente hace el Derecho penal; pero nadie, ni aun los mismos convencidos partidarios del carácter sancionador del Derecho penal (con lo que la cosa aparece aún más evidente), dudan un momento de la existencia autónoma de la ciencia del Derecho penal.

Es decir, que no hay que confundir *autonomía e independencia* de una ciencia, o, mejor dicho, su aislamiento. Para que tenga fundamento la existencia de un cuerpo de doctrina, y se la deba considerar como ciencia autónoma, necesita y basta:

- 1.º Que tenga amplitud suficiente para merecer un estudio especial.
- 2.º Que contenga doctrinas homogéneas dominadas por conceptos generales comunes y distintos de los conceptos generales que informan otra disciplina.
- 3.º Que disponga de *método propio*, o sea, que emplee procedimientos especiales para conocer la verdad constitutiva del objeto de su investigación.

Ahora bien: ¿reúne estas condiciones la ciencia del Derecho mercantil?

Evidentemente, sí: En cuanto a su magnitud e importancia, recordemos que únicamente el Código de comercio consta de 926 artículos, o sea, algo menos de la mitad de los del Código civil, cerca del

(80) Cons. sobre esto Rocco (Art.): *Il così detto carattere sanzionatorio del Diritto penale*, en *Giur. ital.*, 1910.