

suerte que, si la negativa a entregar puede conducir a la fianza, es señal de que se propone el cumplimiento por parte del comprador, y no la resolución o ejecución forzosa judicial; esto es, que va dirigida a suplir el derecho y no a protegerlo con una medida provisional.

121. b) Acaso tenga más semejanza la retención con la *compensación* en aquellos regímenes legislativos, como el alemán y el suizo, que hacen depender ésta de la voluntad del acreedor; en los sistemas jurídicos citados, se faculta a los acreedores para cancelar su deuda compensándola con un crédito correspondiente; de suerte que, en substancia, el acreedor ejecuta por sí su derecho mediante un acto de propia voluntad; nos hallamos, por tanto, ante un caso de defensa privada dirigida a la autosatisfacción del acreedor, lo mismo que en el caso de retención.

Pero hay entre ellos diferencia no pequeña: en la compensación, el acreedor cobra, no recibiendo del deudor la prestación, sino obteniendo un valor equivalente con la extinción del propio crédito, es decir, que hay una forma de satisfacción por equivalencia; en cambio, en la retención, al conservar la cosa, el acreedor trata de obtener satisfacción a su derecho mediante la actuación del deudor, puesto que ejerce una coacción sobre su voluntad.

Más íntimas en cambio son, a nuestro juicio, las analogías entre la compensación y la venta forzosa realizada por el mismo acreedor, porque las dos constituyen formas de autodefensa encaminadas al pago por equivalencia; sólo que en la venta forzosa se llega al pago enajenando un bien del deudor, y en la compensación mediante la asignación al acreedor de un crédito que, al reunirse en la misma persona del deudor, se confunde y extingue.

Mas hay que advertir que nuestro derecho no reconoce esa autorización para compensar como facultad del acreedor; la considera *ope legis* (art. 1.286 del Cód. civ.), independientemente de toda declaración de voluntad del acreedor; por eso cabe dudar, con razón, de si, entre nosotros, la compensación es un caso de defensa privada; porque para nuestro derecho no es el acreedor, sino la ley la que autoriza el pago; así desaparece el motivo principal de analogía existente entre compensación y retención.

Mas, en realidad, entre los dos sistemas no es tan grande la diferencia como a primera vista parece; también en el de compensación legal es necesario invocar ésta, que se alegue el derecho; y ya no es tan distinta la situación, porque habrá siempre un acreedor que se pague su crédito asignándose uno del deudor y extinguiéndolo por confusión.

De suerte que la diferencia sólo consiste en que en el sistema de compensación legal el pago tiene efectos retroactivos, pero necesita siempre un acto de voluntad del acreedor para lograrla.

122. Debemos ahora averiguar la naturaleza del derecho de retención, esto es, si de ella nace un derecho real o personal en el acreedor (386); si puede oponerle a todos o únicamente al deudor. La cuestión nos parece mal planteada; quien discute acerca de la índole personal o real de la retención, parte del supuesto de que ésta es un derecho autónomo, y aquí está precisamente el punto que nos parece discutible, porque no lo es, y sí un medio para realizar un derecho; y tan lo es, y específico de defensa privada, como que consiste en el derecho mismo cuya realización se propone, empleando para ello la fuerza privada.

Sabido es que la coacción es un factor esencial del derecho, puesto que éste, por naturaleza, debe cumplirse a toda costa, aun usando de la fuerza física; este uso de la fuerza física, en la acción judicial, motiva un derecho autónomo en cuanto el Estado asumió la función de ejecutar las relaciones jurídicas; así, la facultad que al titular del derecho asiste para dirigirse a aquél y obtener su intervención, constituye un derecho especial, que es el derecho de acción; pero derecho especial, sólo en cuanto la realización del derecho motiva una nueva relación jurídica entre dos distintos sujetos: el titular y el Estado; pero cuando queda en el ámbito de la defensa privada, es decir, cuando el titular del derecho se hace justicia por sí mismo, no se crea una nueva relación: es el derecho mismo que reacciona contra la infracción y se cumple por fuerza: tan cierto es esto, que durante muchísimo tiempo ese derecho de acción se reputa, no como un derecho existente por sí, sino como un aspecto, un momento del derecho subjetivo, que es el concepto célebre de Savigny, aun hoy día aceptado por muchos, para quien la acción no era más que el derecho en armas; pues bien: si aun cuando equivocadamente se dice esto de la acción judicial, con mayor motivo podrá decirse de la defensa privada, o más bien, sólo de ella. La retención, por consiguiente, no es más que el derecho mismo de crédito en cuanto lo alega el titular sobre cosa de la pertenencia del deudor.

Los derechos de crédito son indudablemente derechos personales

(386) Véase principalmente, Ramponi: *Il diritto di ritenzione*, pág. 23; Montessori: *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, n. 19; De Feo: *Il diritto di ritenzione come pegno legale*, en *Giur. ital.*, 1916, IV, 65.

relativos, en cuanto confieren la facultad de exigir determinadas prestaciones de un cierto sujeto, y desde este punto de vista, la retención, que tiende también a realizar el derecho de crédito, tiene aspecto personal porque va encaminada a obtener del deudor, no de otro, el cumplimiento de la prestación.

Con ella se procura actuar sobre la voluntad del deudor, y en tanto tiene eficacia en cuanto la cosa pertenezca a éste; pero si otra persona tiene derecho sobre ella, esa eficacia se pierde necesariamente.

123. Cuanto hemos dicho hasta ahora nos permite decidir la cuestión grave del *objeto* de la retención: se pregunta si entre la cosa perteneciente al deudor que el acreedor se niega a entregar y el crédito para el cual se alega esa retención, debe haber un vínculo especial de conexión.

Hay que confesar que no existe razón decisiva para exigir una conexión entre el crédito que, mediante la retención, se intenta satisfacer, y la cosa objeto de dicha retención, a menos que no se quiera descubrir en ello que, siendo la retención una modalidad excepcional de pago al acreedor, hay que justificarla mediante una especial posición de la cosa sobre que se actúa, con una relación, especial también, de la cosa con el crédito.

Sea de ello lo que quiera, los tratadistas exigen ordinariamente esta conexión, pero ya no hay unanimidad sobre en qué ha de consistir.

Y nosotros opinamos que, en materia mercantil, puede resolverse el problema diciendo que para el ejercicio del derecho de retención es necesario que exista, entre el hecho jurídico en virtud del cual nace el crédito y aquel en razón del que se encuentra la cosa en poder del acreedor, una relación económica tal que los dos hechos aparezcan entre sí conexos económicamente; en otras palabras: que la conexión debe referirse a los hechos que han motivado el crédito y a la detención de la cosa.

124. Nos queda, por último, señalar los casos en que hay que reconocer al acreedor derecho a retener.

Y no hay duda de que esto sólo puede ocurrir en los casos autorizados por la ley: la satisfacción del crédito mediante la retención es una modalidad de defensa privada, que sólo por excepción puede ejercerse en nuestro régimen jurídico moderno, porque lo normal es que los derechos se cumplan mediante la acción del Estado; hay, pues, necesidad de un texto legal expreso para que el acreedor pueda hacer uso del de-

recho de retención, sin que quepa interpretación analógica en la materia.

Autoriza el Derecho mercantil la retención:

En el art. 362, al mandatario comercial por sus anticipos, gastos e intereses de las cantidades desembolsadas y su remuneración;

el 380, al comisionista por las mismas causas;

el 408, al porteador, en el contrato de transportes, por los créditos nacidos a su favor;

el 805, a favor del vendedor, en cuanto al crédito representativo de precio que le adeude el comprador incurso en quiebra (387).

SECCION II.—EJECUCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS EN MATERIA MERCANTIL.—PROCEDIMIENTO COMERCIAL

§ 27.—CONSIDERACIONES GENERALES.

JURISDICCION MERCANTIL (388).

SUMARIO: 125. El derecho procesal civil es el derecho común para la ejecución judicial de las relaciones jurídico-privadas. Preceptos especiales en materia mercantil.—126. Origen de la jurisdicción mercantil. Los Tribunales de comercio: supresión. Abolición de la jurisdicción mercantil.—127. Carácter mercantil de la contienda. Cita de los preceptos legales definidores de la materia mercantil: arts. 869-870 del Código de comercio.—128. Importancia del encabezamiento de las sentencias a fines de calificación del pleito.—129. Organos jurisdiccionales especiales en materia mercantil: hombres buenos (*probi viri*); capitanes y oficiales de puerto; comisión arbitral *de empleados particulares*: magistratura del trabajo.

125. Hemos visto que, tanto en materia mercantil como civil, lo excepcional es que se cumpla el Derecho por obra del titular mismo, y que lo ordinario es que esta misión, que corresponde al Estado, la ejer-

(387) El estudio particular de estos casos de retención se hará en la Parte especial y en el lugar correspondiente a cada institución.

(388) *Bibliografía*: Mortara y Azzariti: *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, en *Cod. di comm., commentato*, vol. X, 5.^a ed.; Brusa: *Delle azioni commerciali*, en *Commento al Codice di commercio*, vol. IX; La Lumia: *Esercizio delle azioni commerciali*, en *Cod. di commercio annotato*, por Vallardi, vol. VI.

za éste mediante una actividad específica denominada función judicial o jurisdiccional.

Las normas jurídicas reguladores de esta actividad constituyen el llamado derecho judicial o procesal.

Y los principios reguladores de la función judicial para lo civil, es decir, la ejecución por obra del Estado de las relaciones civiles sirven, generalmente, también para la ejecución de las relaciones mercantiles.

De igual suerte, pues, que el Derecho civil es el derecho común de las relaciones privadas, así civiles como mercantiles, el derecho procesal civil es también el derecho común regulador de la ejecución por los Tribunales de las relaciones tanto civiles como mercantiles; y así como los preceptos que rigen particularmente las relaciones mercantiles forman un derecho especial, o excepcional, también los que regulan especialmente la ejecución de las relaciones mercantiles son otras tantas derogaciones al derecho procesal civil.

Estos preceptos especiales procesales en materia mercantil son de mucha menos importancia que las normas especiales del derecho material mercantil, y por ello, si existe un derecho material mercantil, conjunto grande e importante de normas especiales a la materia de comercio, no existe un derecho procesal mercantil porque son relativamente pocas las disposiciones especiales que regulan el procedimiento en asuntos de comercio; y si hay hoy todavía algunas disposiciones sobre ello, existen con carácter de derecho especial o singular, y así lo ha reconocido, por lo demás, explícitamente el artículo 868 del Código de comercio, que dice: «el ejercicio de las acciones mercantiles se rige por la ley de Enjuiciamiento civil, salvo las disposiciones contenidas en el presente Código».

Este precepto, por tanto, remacha el principio de que el derecho procesal civil es el derecho común de las relaciones procesales en materia de derecho privado, y, que, por tanto, cuando no exista una norma especial procesal en materia mercantil, hay que aplicar la norma general del derecho procesal civil.

126. Hemos dicho que las normas especiales para el cumplimiento del derecho en materia mercantil son relativamente escasas.

El derecho moderno en este ámbito jurídico más bien trata de disminuir que de aumentar las especialidades; y las exigencias de sencillez y rapidez manifestadas en algunas ocasiones, singularmente en materia mercantil, se dejan sentir hoy también en el procedimiento civil; a causa de esta evolución, poco después de promulgarse el Código civil vigente, hubo de dictarse una ley (25 enero 1888, n. 5.174) dero-

gatoria de las disposiciones que autorizaban una jurisdicción especial mercantil que tenía una antiquísima tradición: aludimos a los Tribunales de comercio.

Estos nacieron al mismo tiempo que el Derecho mercantil, y, por eso, como hemos visto, tuvo éste precisamente origen judicial, y fué formándose por los tribunales de los cónsules, de las Corporaciones de Artes y Oficios, y subsistió la jurisdicción comercial, aun cuando el Estado asumió la facultad de dictar leyes en materia mercantil y nombró jueces para sus contiendas; es decir, que se estimó necesario confiar a jueces especiales, elegidos entre los comerciantes mismos, la resolución de las controversias que pudieran surgir en el ejercicio del comercio, y así llegó esta organización judicial especial hasta nosotros, si bien desde 1888 en número reducido. La ley orgánica de Tribunales, de 20 de marzo de 1865, n. 2.626, confió a los Tribunales de comercio compuestos de comerciantes, pero presididos por un magistrado, el conocimiento en primera instancia de los asuntos de comercio cuyo valor excediese de 1.500 liras y en grado de apelación los resueltos en primera instancia por los pretores.

Pero quedó una institución raquítica puesto que no en todas partes existían esos Tribunales especiales, y donde no los había, que era en casi todo el territorio nacional, desempeñaban sus funciones los Tribunales ordinarios; por ello se pensó en abolirlos y entregar completamente a la jurisdicción común la potestad de juzgar en materia mercantil.

Sin embargo, con la ley de 1888 desaparece una de las especialidades más importantes del derecho procesal en materia de comercio: la existencia de órganos especiales judiciales.

Evidentemente, esta reforma envolvía la *abolición de la jurisdicción mercantil*, porque sin órgano específico judicial (389) no puede haber jurisdicción singular, y cuantas discusiones ha motivado entre los tratadistas la importancia de la reforma de 1888 y la persistencia o no de una jurisdicción mercantil después de abolidos los Tribunales de comercio, quedan resueltas fácilmente, teniendo en cuenta que no hay jurisdicción especial sin órgano especial. Las dudas que en con-

(389) Han sostenido lo contrario principalmente Mattiolo: *Diritto giudiziario civile*, vol. I, 5.^a ed., pág. 151, y Vidari: *Corso di Diritto commerciale*, vol. IX, núms. 8.834 y 8.898. La tesis expuesta en el texto la defiende principalmente Mortara, en *Monitore dei trib.*, 1888, 345, y recogida generalmente por los tratadistas, así como por la jurisprudencia moderna, aun cuando no hayan sido muy correctos los considerandos.

trario se exponen, obedecen a un equívoco acerca de la palabra *jurisdicción*, que puede entenderse en dos sentidos: o como poder de una especial clase de órganos del Estado, o como la función general de éste de hacer cumplir el derecho: y únicamente en el primero cabe distinguir entre jurisdicción y jurisdicción y hablar de una mercantil, porque en el segundo, la jurisdicción es necesariamente única, puesto que la función que ejerce el Estado para hacer cumplir el derecho es siempre la misma.

127. Extinguida la diferencia entre jurisdicción civil y comercial, han quedado reducidas a muy pocas las especialidades procesales en materia de comercio, y entre ellas, la más importante es, sin duda alguna, la relativa a la prueba.

Pero antes de exponer las normas especiales reguladoras del procedimiento en materia mercantil, hay que indicar en qué casos puede decirse que se trata de procedimiento sobre materia mercantil, o, como generalmente se dice, cuándo el pleito se debe calificar de comercial.

La cuestión la trata el Código en los artículos 869 y 870 con motivo de la jurisdicción mercantil, que era el punto prácticamente más importante para determinar la comerciabilidad del pleito. Aun cuando, en realidad, no se necesitaba disposición especial alguna para calificar de mercantil éste, porque evidentemente lo será todo aquel que se encamine a cumplir una relación de índole mercantil, como el problema de la comerciabilidad de una relación jurídica está ya resuelto por las disposiciones que señalan cuál sea la materia de comercio, será comercial toda relación jurídica derivada de un acto o de un estado de hecho mercantil por naturaleza o por accesoriedad.

Realmente nada agregan los artículos 869 y 870 a lo que dicen los 3.º, 6.º y 8.º del Código de comercio, reguladores, precisamente, de la materia mercantil.

El artículo 869, después de ocuparse en general de las contiendas que pueden surgir entre toda clase de personas y con relación a actos de comercio (núm. 1), remachando así el carácter *objetivo* de nuestro Derecho mercantil, pasa a enumerar algunos grupos de contiendas especiales y reconoce este carácter a las referentes a la calidad de comerciante o a la existencia de una sociedad mercantil (núm. 8), cosa evidente, porque se trata de indicar la existencia de un estado de hecho de índole comercial.

El mismo artículo califica de comerciales las acciones contra los capitanes de los buques, los factores y los representantes nacidos de los actos de comercio que se les ha encomendado (núm. 3); también

es superflua esta disposición; las acciones de los pasajeros contra el capitán, el armador, y viceversa, evidentemente son comerciales a tenor del art. 3.º, núm. 18; las del empresario de espectáculos públicos contra los artistas, y viceversa, que lo son en aplicación del art. 3.º del número 13 y del art. 4.º; las relativas a las ventas en subasta de las mercancías y frutos que se depositan en los almacenes generales, mercantiles son a tenor del número 24 del art. 3.º

Por último, el 869 califica de mercantil el procedimiento entero de quiebra, y se comprende, porque ésta es un procedimiento especial de expropiación que se sigue contra los comerciantes.

El único precepto del art. 869 que puede tener razón de ser, es el del número 2, que califica de mercantiles todas las cuestiones relativas al embargo del buque, aun cuando se haya obtenido aquél por crédito de índole civil. Pero también aquí influye un criterio ya indicado con motivo de la materia de comercio, o sea, el criterio de accesoriedad o conexión, en virtud del cual se califican de mercantiles todas las cosas destinadas al comercio, y, por lo tanto, todas las relaciones relativas a la propiedad y posesión de ellas.

Finalmente, puede llamarse comercial el procedimiento, o, como comúnmente se dice, el pleito, que recae sobre el cumplimiento de una relación mercantil; y esa naturaleza comercial de la relación jurídica depende a su vez de la índole mercantil de la relación económica o social que se protege mediante la relación jurídica; a su vez, además, la índole mercantil de la relación social se fija según los principios generales reguladores de la materia mercantil.

Al magistrado juzgador de la contienda compete señalar la naturaleza del pleito a fines de aplicarle las normas especiales del procedimiento mercantil.

Con este motivo, surgen algunas dudas que hay que disipar.

128. Ante todo, a tenor de los artículos 157 y 436 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Tribunales de esta clase y los pretores, cuando como jueces de comercio resuelven, deben hacer mención de ello en el encabezamiento de la sentencia. Mas después de abolidos los Tribunales de comercio y no habiendo una jurisdicción mercantil, carece de razón de ser esta mención de la cualidad de juez especial que asumen los jueces ordinarios en materia de comercio, porque, con la abolición dicha, los pleitos mercantiles forman parte del ámbito normal de las atribuciones de los jueces civiles, y no se distinguen de los pleitos civiles, como no se distinguen en materia civil los pleitos sobre sucesión de los que recaen sobre propiedad, o los contratos, o el estado

civil o matrimonio; sin embargo, aún se acostumbra a distinguirlos en los encabezamientos, distinción que pudo importar únicamente en cuanto el procedimiento en los pleitos comerciales es en ciertos extremos distinto de los civiles; pero a estos efectos no parece que deba importar gran cosa el encabezamiento; es decir, para calificar si el pleito es civil o comercial hay que atender al contenido de la sentencia, que es donde se expone realmente la potestad jurisdiccional del magistrado, y no al encabezamiento, que es obra del secretario, a quien incumbe reunir los elementos para la sentencia, que no es obra personal del juez, y entre aquéllos el encabezamiento (a); al juez es a quien implícita o explícitamente corresponde resolver en el cuerpo de la sentencia si el pleito en que entiende es civil o mercantil (390).

Hay otra cuestión muy debatida, con motivo de la calificación del pleito, que es la del término para apelar a tenor del artículo 485 de la ley de Enjuiciamiento civil. Adviértase que el plazo señalado por este artículo para interponer ese recurso es de treinta días contra las sentencias de los pretores y las de los Tribunales mercantiles, y de sesenta para los de la jurisdicción civil; y por ello se pregunta cómo hay que resolver si la sentencia de un Tribunal se ha dictado en materia civil o en materia mercantil, y, por tanto, si ese término es de sesenta o de treinta días solamente. Hoy carece de importancia práctica esta cuestión, porque la diferencia del plazo para apelar contra sentencias de los Tribunales en materia civil y mercantil se ha suprimido en virtud del artículo 4.º de la ley de 15 de septiembre de 1922, núm. 1.287.

Pero subsiste la cuestión de principio, y queda sometida, como decíamos más arriba, a la opinión que el juez haya expuesto en la sentencia (391).

(a) Al lector español conocedor de nuestro procedimiento civil, pero poco versado en el procedimiento italiano, parecerá extraña esta afirmación; téngase en cuenta, sin embargo, que las sentencias a que alude el autor las firma el secretario.

(390) Cass. Turín, 24 enero 1895 (*Giur. ital.*, 1895, I, 1, 167).

(391) La incertidumbre que hubo de reinar durante mucho tiempo en nuestra jurisprudencia para resolver esta cuestión hubo de desaparecer definitivamente, y los fallos de los Tribunales fueron ateniéndose a lo indicado en el texto, sobre todo después de dictada la sentencia del Tribunal de Casación de Roma, sala reunida, 5 junio 1909 (*Giur. ital.*, 1909, I, 1, 1.249). Entre las sentencias más recientes, citaremos: Cass. Turín, 16 marzo 1918 (*Ivi*, 1918, I, 1, 1.174; Cass. Roma, 20 junio 1918 (*Ivi*, I, 1, 126); Cass. Palermo, 1 mayo 1920 (*Mon. trib.*, 1920, 495); Cass. Turín, 9 diciembre 1922 (*Ivi*, 1923, 70), y, por último, Tribunal Supremo del Reino, 13 octubre 1924 (*Giur. ital.*,

Nos queda sólo indicar cómo hemos de averiguar la calificación del pleito hecha en la sentencia, y qué hay que hacer para resolver si la sentencia lo ha estimado civil o comercial.

Ya hemos visto que carece de valor el encabezamiento de la sentencia, y, por tanto, el nombre de pleito civil o mercantil que en el mismo se haga, porque se trata de un nombre dado por el secretario, más bien que por el juez (392). En cambio, hay que atender al contenido de la sentencia, o sea, a los considerandos y al fallo. Si el magistrado ha definido explícitamente la naturaleza de la materia discutida, no hay cuestión; en otro caso hay que interpretar y ver si el juez ha procedido como si el pleito fuese civil o comercial, y para este efecto nos pueden servir muchos factores, y el principal y decisivo será la ley que haya aplicado el juez, porque, si ha sido un precepto de derecho material o una norma de derecho procesal mercantil, es evidente que el juez ha querido juzgar en materia mercantil (393). En todo caso se trata de una cuestión de interpretación de la sentencia que debe hacerse conforme a lo que dicte la costumbre (394).

129. Aun cuando se hayan abolido los Tribunales de comercio, y desaparecido, por tanto, la jurisdicción mercantil general, hay, sin embargo, en ciertas materias, algunas magistraturas especiales; no es que exista una jurisdicción mercantil, sino jurisdicción especial para especiales materias comerciales.

a) La más importante es la jurisdicción de los *hombres buenos* (*probitari*), regulada, principalmente, por la ley de 15 de junio de 1893, n. 295, y reglamento respectivo de 26 de junio 1894, n. 179; Tribunales destinados a resolver las contiendas entre patronos y obre-

1924, I, 1, 1.029), además de las sentencias citadas en las dos notas que siguen. Véase también la nota de V. Scialoja en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1903, II, 287.

(392) Consúltese, por último, Cass. Turín, 20 mayo 1921 (*Giur. tor.*, 1921, 1.221) y Tribunal Supremo del Reino, 12 septiembre 1925 (sentencia número 1.769, inédita) (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, palabra *Appello civile*, n. 67).

(393) Consúltese, finalmente, Tribunal Supremo del Reino, 6 junio 1925 (sentencia n. 1.795, inédita) (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, palabra *Appello civile*, n. 66).

(394) De aquí que no pueda recurrirse en casación sobre la interpretación de la sentencia dictada por el juez de apelación: Cass. Turín, 6 diciembre 1920 (*Riv. di Dir. comm.*, 1921, II, 271).