

II. NOTAS CRITICAS

Sobre la definición de Derecho Mercantil

(Comentario a un artículo)

ANTONIO TENA

Notario

I

El ya tradicional problema de la progresiva desarticulación del Derecho privado ha recibido entre nosotros últimamente nuevo y atrayente planteamiento. Un poco desdeñada la cuestión por los civilistas, que la contemplaban desde un ángulo muerto, ha venido constituyendo terreno predilecto de los mercantilistas, que forcejeaban por afirmar la naturaleza y el concepto autónomo de su materia específica. A su alrededor se agrupaban los capítulos acerca de las relaciones entre el Derecho civil y el mercantil, la unidad o dualidad de Códigos, la aparición del nuevo Derecho de la Economía y otros afines que abrían los tratados consagrados al Derecho del comercio.

La configuración del Derecho mercantil y su personalidad respecto del civil ha venido operándose tradicionalmente desde un doble ángulo: o bien objetivamente a través de los actos de comercio diversamente caracterizados y cuya más reciente manifestación parte de su consideración como actos realizados en masa; o bien, atendiendo principalmente al sujeto de la actividad, como Derecho de la profesión mercantil, tendencia hoy prevaleciente a través de su formulación como Derecho de las empresas. Esta última es la postura de la doctrina española más autorizada, en gran parte coincidente con la alemana y la italiana contemporáneas. Mientras que la literatura francesa, muy ligada a su Código de Comercio y al movimiento político liberal y antiprofesional que lo inspira, sigue fiel al criterio de delimitación objetiva de la materia mercantil.

Frente a todas estas posiciones, una nueva dirección se apunta en dos artículos recientemente publicados en la *Revista Española de Derecho Mercantil*: uno de CONDE (*La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo*) y otro de RUBIO (*Sobre el concepto de Derecho mercantil*). Cualquiera que sea la posición que sobre el fondo de la doctrina allí sentada se adopte, no cabe ignorar la originalidad con que de nuevo se plantea el viejo problema y la importancia del camino que para su esclarecimiento aquí se abre. Con su perspicacia y autoridad reconocida de todos, Federico de CASTRO lo recoge ampliamente en la nueva edición de su *Derecho civil* y subrayando su importancia, aunque no sin significativas salvedades. Ciertamente que estas salvedades

se ofrecen, a nuestro juicio, menores en su más reciente artículo sobre la crisis de la Sociedad anónima, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*.

II

En el movimiento doctrinal, que se esfuerza por encontrar una delimitación teórica al impreciso y oscilante Derecho mercantil, apenas figura Francia, limitada a sus métodos favoritos puramente exegéticos durante los tres cuartos de siglo que siguen a la codificación y poco dispuesta siempre—lo cual no es siempre un defecto—a la construcción jurídica y menos de los conceptos generales. El comercialismo francés opera siempre a base de la delimitación de los actos de comercio de su Código, interpretados por su jurisprudencia no ciertamente sin advertir sus dificultades e insuficiencias. Pero estas últimas no le apartan, en todo caso, del criterio de delimitación objetiva. Ni siquiera ha intentado una justificación más o menos teórica que le sirviera de base. Solamente Thaller, en un meritorio y reconocido esfuerzo—muy parecido al que después intentara Rocco en Italia—, ha pretendido encontrar el dato económico caracterizador de la materia mercantil en la participación en la circulación. La noción sobre la que se apoyan las leyes del comercio, en el momento de delimitar la materia mercantil afecta, según este autor, más que al dato tradicional de la mediación, al de circulación, es decir, “a la actividad encaminada a hacer llegar un producto a aquellos lugares donde es requerido para su utilización, adquisición o consumo” (*Traité*s, núms. 6 y 7).

Los fallos hoy advertidos en esta construcción del maestro de la generación mercantilista francesa de hoy, unidos a la conocida despreocupación de los privatistas del país vecino por el tratamiento teórico y con carácter general, desintegrado del ordenamiento nacional de los problemas jurídicos, ha hecho que la determinación del concepto y naturaleza del Derecho mercantil haya seguido moviéndose sobre el terreno tradicional de los actos de comercio. Así, ESCARRA, por no citar sino el autor del tratado más extenso y prestigioso entre los recientes, después de sentar como afirmación inicial de sus *Principes* la imposibilidad de una definición precisa y completa del Derecho mercantil, insiste en afirmar que la “materia de comercio” objeto de esta ciencia es la actividad mercantil; esto es: a) Los actos de ciertas personas—los comerciantes—; y b) Ciertas operaciones—“los actos de comercio”—que, según aclara, son aquellos que se caracterizan por interponerse en la circulación de los valores económicos (pág. 56).

III

En esta situación la lectura de un artículo publicado en la *Revue trimestrielle de Droit Commercial* produce al aficionado español a los problemas de Derecho mercantil muy variadas clases de sorpresa. Año y medio después de la aparición de los artículos de CONDE y RUBIO, y transcurrido un año después de haber dado cuenta en la propia *Revue* de la aparición y lectura del de este último, se publica, bajo la firma de Gérard LYON-CAEN, un breve trabajo titulado *Contribution à la recherche d'une définition du Droit commercial*; la sor-

presa— aunque naturalmente ésta es la menor— se produce ya por el título mismo. Es muy raro que a las revistas francesas preocupen tales problemas, y basta con ojear los índices de las más prestigiosas; también sorpresa por el contenido, totalmente en pugna con los precedentes doctrinales. Y, sobre todo, sorpresa por las citas y referencias, donde los argumentos expuestos en el texto pretenden apoyarse. Fuentes literarias, la mayor parte de ellas bien conocidas del lector habituado a estos problemas, pero donde jamás pudo pensar que se encontrasen materiales para una delimitación histórica del Derecho mercantil. Porque esto es, en efecto, lo que un poco milagrosamente se encuentra en el artículo.

Indudablemente que las recientes tesis españolas, incluso en la forma más extrema y original de RUBIO no se han producido por generación espontánea. Se enlazan, en primer término, con una posición historicista, hoy general, y cuyas más representativas raíces son bien conocidas en Centroeuropa. Se apoya, más concretamente, en las investigaciones sobre el espíritu y el fenómeno capitalista que arrancan de WEBER y SOMBART. Y en el terreno puramente jurídico se enlaza con el movimiento general de unidad y unificación del Derecho por vía desde VIVANTE a ROTONDI y con la crítica del Derecho mercantil, como Derecho de las empresas, y la preocupación de encuadrar histórica y económicamente el Derecho privado, cuyos ecos más próximos no suenan precisamente en Francia, sino en la doctrina alemana e italiana de los últimos decenios, desde GIERKE (J.) a ASCARELLI.

Con ninguna de estas fuentes, y menos con la más reciente y concreta española, a pesar de que, según se ha indicado, les es perfectamente conocida, afirma tener contacto M. LYON-CAEN. Parte, por el contrario, de las definiciones de los mercantilistas franceses, empezando por el de su ilustre homónimo. Las reputa de equivocadas e insuficientes, lo cual no le impide dar, apoyándose en ellas, un salto prodigioso que, a pesar de la pértiga marxista en que se apoya, no nos explicamos bien, sobre la base del siguiente argumento: Puesto que el Derecho mercantil es el Derecho de los comerciantes, puesto que los comerciantes constituyen un estado social, puesto que todo estado social responde al predominio de una clase y la clase predomina por una determinada organización y producción de las riquezas, y dado que esta organización es el capitalismo, "propongo para el Derecho comercial la definición siguiente: es el Derecho de las instituciones específicas del régimen llamado capitalista".

Y a continuación, para justificar tan rapidísima conclusión y las raíces posibles del razonamiento, cita con exclusiva abundancia la obra de RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, donde este ilustre jurista, si bien expone con especial acierto la indiscutible influencia del régimen económico de un momento dado— el nuestro— sobre sus instituciones jurídicas, no toca, ni siquiera de pasada, el problema del concepto y delimitación, naturaleza y contenido del Derecho mercantil, ya que nada tiene que ver el que se reconozcan las influencias del sistema económico vigente sobre el ordenamiento jurídico general privado y, sobre todo, el mercantil—recuérdese, por ejemplo, las "notas diferenciales" señaladas con la doctrina dominante desde Ehrenberg a Garri-gues— con el criterio que se adopte sobre el concepto y la delimitación del

último. Y la prueba de este obvio hecho nos la ofrece el propio RIPPERT, que dos años después de la publicación de *Les aspects juridiques*, en su reciente *Traité élémentaire de Droit commercial* (1948) sigue definiendo el Derecho mercantil como el Derecho privado que regula las operaciones jurídicas hechas por los comerciantes, sea entre ellos o sea con sus clientes, operaciones que cabalmente, por referirse al ejercicio de esta profesión, son llamadas actos de comercio. A su juicio, la delimitación de la materia mercantil no se ha formulado nunca de manera precisa, y los sistemas tradicionales, tanto subjetivos como objetivos, requieren una determinación exacta del comerciante o de los actos de comercio. El conocido círculo vicioso surge del hecho de que el uno tiene necesariamente que apoyarse en el otro. El autor se inclina finalmente por un sistema mixto, que siendo en primera línea profesional, de acuerdo con la tradición (el Derecho mercantil, afirma, ha sido Derecho profesional hasta la Revolución), no se desinteresa totalmente de la naturaleza mercantil que por su forma o por su objeto presentan ciertos actos.

Como se ve, todo ello está bien lejos de la delimitación histórica del Derecho mercantil.

IV

En realidad, el artículo de LYON-CAEN ni por su extensión ni por su contenido merecía este comentario. Salvo la idea general, algunos comentarios sobre la evolución histórica del Derecho del comercio, distinguiendo entre momento precapitalista y capitalista y alguna alusión al problema de la comercialización del Derecho civil, ecos lejanos y desvaídos en las tesis de RUBIO, carece en absoluto de interés. Pero sí puede tenerlo al señalar una vez más los especiales procedimientos con que se manejan y utilizan las cosas y los problemas de la "desconocida España", para volver a afirmar siempre que conviene, y a veces aunque no convenga, nuestra ignorancia tradicional en todos los terrenos y la falta de cualquier contribución española al desarrollo de la cultura y de la ciencia.