

# La Evolución del Derecho Mercantil

JOSÉ MARÍA ABASCAL ZAMORA

Profesor de la Materia en la Universidad Iberoamericana y en la Universidad Nacional Autónoma de México.

## I. INTRODUCCION.

EL tratado de derecho mercantil de César VIVANTE —uno de los más connotados expositores de la materia, contiene una dedicatoria que reza así: “A L. GOLDSCHMIDT *quien me enseñó con alto ejemplo a buscar en la intimidad de la historia el sistema del derecho vigente*” y, precisamente, al iniciarnos en el estudio del derecho comercial no encontraremos mejor camino, que el de analizar su evolución histórica, para comprender su contenido y límites. Es a través de dicha evolución como comprenderemos la razón de ser de esta rama, en su calidad de rama autónoma del derecho privado.

En las siguientes páginas, veremos que siempre hubo comercio y, sin embargo, durante mucho tiempo, las relaciones entre particulares se rigieron por un derecho privado único: indiferenciado. Que posteriormente apareció un derecho de clase, subjetivista: el derecho de los comerciantes. Que ese derecho evolucionó para buscar una solución de tipo objetivo: se pretendió tipificar las actividades mercantiles para basar el sistema en tales actividades —en lugar de fundamentarlo en el comerciante— y se trató de establecer el sistema, alrededor de un catálogo de actos de comercio; la preocupación —tanto legislativa como doctrinal— se volcó alrededor del concepto del acto objetivo de comercio, que nunca se pudo definir, sólo enumerar.

Veremos que el derecho mercantil siempre ha acusado una tendencia generalizadora y expansiva, pero nunca tan intensa como durante la etapa del “derecho mercantil objetivo”. A partir de entonces cada vez incide más en la reglamentación jurídica de la contratación privada. Se presenta el problema de la doble reglamentación. De tal modo que una misma institución —por ejemplo la compraventa— se encuentra reglamentada en el Código de Comer-

cio y en las leyes civiles. Este es uno de los problemas actuales que nos presenta el derecho positivo mexicano.

Por último, llegaremos a la época actual, cuya problemática empezó a desarrollarse desde finales del siglo pasado y comienzos del presente. Encontraremos un período durante el cual se discute la razón de ser del derecho mercantil. Se proclama que han dejado de existir las razones que propiciaron su aparición. También se nos presentará la tendencia contraria, que defiende la autonomía de la materia y que busca regresar a un sistema subjetivo, a un derecho profesional. Pero que ahora no toma como punto de referencia al comerciante, sino a la empresa y su titular —el empresario— la protección del crédito y del tráfico en masa.

Notaremos que esta última tendencia ha llegado a fructificar en algunos países. En otros, como el nuestro, llegaremos a la conclusión de que el atraso —doctrinal y legislativo— es de consideración. Nuestro derecho no adelanta a la par que nuestro desenvolvimiento económico. Vivimos sometidos a un código urgido de reforma. Derogado en su mayor parte por las diversas leyes mercantiles especiales que, a partir de la década de los 30, se han promulgado. Estas leyes han permitido actualizar —hasta cierto punto— nuestro sistema de derecho mercantil, adaptándolo a las necesidades del tráfico actual. Nos rige un Código de Comercio de tendencias objetivistas, y un sistema legislativo —federal en lo mercantil y local en lo civil— que mantiene sometidas a doble reglamentación muchas instituciones. Con ello se entorpecen las soluciones. Lo mismo sucede respecto de los procedimientos mercantiles y civiles en los que se conserva una absurda doble reglamentación.

## 2. ETAPA DE DERECHO PRIVADO UNIFICADO.

Desde que aparece la división del trabajo, aparece el trueque y con él, el comercio. Esta es una de las profesiones más antiguas. Pero no siempre se ha necesitado mantener una reglamentación especial para la misma. El derecho común se ha encargado, durante la mayor parte de la vida de la humanidad, de regular las relaciones entre particulares: sean éstos comerciantes, sean relaciones derivadas del tráfico mercantil, sean relaciones de cualquier otro tipo.

Sin embargo, el hecho de que no hubiera un derecho mercantil —como rama especial y separada del civil— no quiere decir que no hubiese normas que regularan las operaciones e instituciones de los comerciantes. Las que se conocen en la antigüedad no son relevantes a los fines de nuestro estudio. Tampoco nos interesan mayormente las causas por las cuales no hubo un

derecho mercantil en Roma, pues basta decir que simplemente no lo hubo y que las normas aisladas que regularon materias de derecho mercantil, no han tenido una influencia preponderante en el posterior desarrollo de esta rama de derecho. El derecho mercantil —tal y como lo conocemos y nos rige en nuestros días— comenzó a evolucionar en la Edad Media, a partir de los siglos XII y XIII.

### 3. EDAD MEDIA.<sup>1</sup> EL FEUDALISMO. RESURGIMIENTO DEL COMERCIO. DERECHO APLICABLE DE LA EPOCA.

La caída del Imperio Romano significó el devenir del feudalismo que, con su sistema político y de propiedad absoluta del señor feudal, evitó el desarrollo del comercio. Ello ocasionó un retraso en el desarrollo de la humanidad, en lo intelectual, en lo político y en lo económico.

El feudalismo decae, florecen las ciudades y se llevan a cabo las cruzadas —que impulsaron el intercambio entre los pueblos y el desarrollo de las vías de comunicación—. Este conjunto de circunstancias produce el resurgimiento de muchas actividades humanas, entre ellas, principalmente, el comercio.

A tal tráfico se le aplicaba la siguiente legislación:

a) *el derecho romano*, inmutable y fijo desde hace diez siglos, como señala TENA y que —como dice el mismo autor— si hubiera subsistido el pretor, se hubiera amoldado a las necesidades del comercio de la época;

b) *el derecho canónico*, anticomercialista por naturaleza. Lleno de trabas y prohibiciones al desarrollo del comercio (como lo es la prohibición de cobrar intereses).

c) *el derecho germánico* que, como el romano, era formalista y rígido y que mucho menos que los dos anteriores podía ayudar al desarrollo del tráfico. En conclusión, nada tan ajeno, tan alejado a las necesidades de los comerciantes de la época, como los diferentes cuerpos legislativos mencionados.

### 4. GREMIOS, CONSULADOS Y SU ORGANIZACION.

Las ciudades —que empezaron a florecer— todavía no tenían una autoridad política suficientemente fuerte, como para garantizar el orden y la estricta aplicación del derecho. Esto motivó que las personas que se dedicaban

<sup>1</sup> Un excelente análisis de la evolución del derecho mercantil hasta su situación en nuestra época, que me sirve de base para el desarrollo que expondré, puede verse en Manuel Broseta Pont, "*La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*". Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1965.

a un mismo arte o profesión, con el fin de proteger eficazmente sus intereses y de regular sus relaciones —desde un punto de vista administrativo y de derecho privado— se agruparon para la defensa de sus intereses, formando así los que se llamaron gremios, guildas o universidades. En ocasiones se les denominó consulados, aunque en general, se conocieron bajo tal nombre a los tribunales de comercio que pertenecían a tales corporaciones.

Los comerciantes y banqueros, al igual que los artesanos, usaron agruparse en gremios. Las asociaciones de comerciantes y banqueros, sea por su potencialidad económica, sea porque la suerte de la ciudad estaba ligada a la de sus empresas, llegaron a tener una gran influencia, principalmente en las ciudades del Mediterráneo, que fueron aquellas que tuvieron un comercio más floreciente y en las cuales podemos afirmar que se encuentra la cuna del derecho mercantil contemporáneo.

Paul REHME<sup>2</sup> y VIVANTE, consideran que en sus orígenes, la organización de los gremios imitó a la de las ciudades. VIVANTE señala como común a los diversos consulados, el cuadro que pasamos a desarrollar.<sup>3</sup>

A la cabeza se encontraban uno o varios cónsules, que duraban normalmente en su cargo de seis meses a un año. Además existía un consejo de los más antiguos comerciantes y la asamblea general.

Los cónsules, al entrar en funciones, prestaban juramento por el fiel desempeño del cargo y ese juramento lo redactaban en latín y lo publicaban. Normalmente contenía normas de carácter administrativo, de higiene de los lugares de trabajo, de procedimientos industriales, etc. Posteriormente, los juramentos comenzaron a publicarse, pero ahora en lengua vulgar y aumentando las normas de derecho privado que, sacadas mayormente de los usos, comenzaban a regir el comercio.

Los juramentos, las decisiones de los consejos y de las asambleas, se recopilaban. Primero de modo cronológico —sin ningún otro orden— posteriormente, con la finalidad de poner fin a la anarquía que había resultado de esas recopilaciones, se designaron —entre los más distinguidos comerciantes— funcionarios, los cuales se denominaron *statutori* o *emendatori*, que tenían como funciones ordenar y sistematizar las recopilaciones. Estas se llamaron estatutos u ordenanzas.

Los cónsules, en el domicilio del consulado y asistidos por un jurisconsulto y de dos colegas comerciantes, administraban justicia. No se seguían los

<sup>2</sup> "Historia Universal del Derecho Mercantil", Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1941.

<sup>3</sup> César Vivante, *Tratado de Derecho Mercantil*, Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa. Trad. Miguel Cabeza y Anido, 1ª edición, Madrid, Editorial Reus S. A., 1936. T. I., págs. 23 y siguientes.

trámites procesales. Se juzgaba conforme a los usos, la equidad y los estatutos. Las partes no podían asistirse de abogados patronos. En los primeros tiempos la sentencia de los cónsules no podía ser combatida. Después se creó un recurso ante unos nuevos funcionarios, los *sopraconsoli*. Si la sentencia de los *sopraconsoli* difería de la de los cónsules, se podía ocurrir a un tercer juicio “que a veces era dado por el consejo general de comerciantes, el cual debía elegir entre los dos juicios precedentes”.<sup>4</sup>

Señala VIVANTE que los cónsules eran comerciantes. Comerciantes eran los miembros del consejo, los que componían la asamblea, los *statutori*, los *sopraconsoli* y las partes que litigaban ante los consulados. Que se juzgaba conforme a los usos, la equidad y los estatutos (que no eran más que recopilaciones de usos, sentencias y juramentos de los cónsules) y concluye. . . “así pasaba el derecho de los contratos a las costumbres, de éstas a la ley y a las sentencias, por obra de aquellos mismos que le habían experimentado en la práctica de los negocios. Peligrosa confusión de funciones legislativas y judiciales en la que a menudo habrán triunfado, con daño de la justicia, los intereses de un individuo o de un arte; pero en ningún tiempo, ni siquiera en los tiempos clásicos de Roma, la vida y la legislación se comunicaron tan rápidamente su recíproca influencia, y jamás fue abreviada tanto la distancia que de ordinario separa el derecho positivo de las exigencias reales”.<sup>5</sup>

## 5. FERIAS Y MERCADOS.

No sólo los consulados contribuyeron al desarrollo del derecho mercantil, también hubo ferias y mercados —durante los siglos XII al XVI— especialmente en Francia. Tenían su propio tribunal que dirimía las controversias que se suscitaban durante las mismas. Contribuyeron al desarrollo, entre otras, del derecho cambiario, de la cuenta corriente y de los procesos ejecutivos. Y fueron factor importante en el incremento de la tutela al transporte de las mercancías.

## 6. EL DERECHO MERCANTIL ES EL DERECHO DE LOS COMERCIANTES EN SU TRAFICO.

La competencia de los tribunales mercantiles se basaba, en razón de la profesión de las personas que ante ellos litigaban. Pero desde sus inicios sólo conocían de los problemas de los comerciantes en su tráfico. Los problemas del derecho de familia y aquellos que son tradicionales al derecho civil, nunca

<sup>4</sup> Vivante, *Op. Cit. Loc. Cit.*

<sup>5</sup> Vivante, *Op. Cit. Loc. Cit.*

se resolvieron ante los consulados. El derecho mercantil, desde sus orígenes, fue calificado por el dato objetivo del tráfico del comerciante. Por ello, como lo ha dicho GIRON TENA, se trata de un derecho “del comerciante en su tráfico”.<sup>6</sup>

Nuestra materia nació como un derecho profesional, subjetivista, de clase. Pero siempre fue calificado por el dato objetivo señalado: el tráfico del comerciante. Así, los pactos y tratos de los comerciantes se fueron tipificando por su repetición constante. Nacieron actos que eran comerciales por el hecho objetivo de su realización. No pasó mucho tiempo para que los consulados conocieran de los litigios que ocurrían entre quienes no estaban matriculados. Entre quienes no podrían aparecer como comerciantes y que eran, en su mayoría, eclesiásticos, nobles y extranjeros.<sup>7</sup>

#### 7. EL DERECHO MERCANTIL EN LOS PAISES NORDICOS.

Ya señalé que el derecho mercantil empezó a desarrollarse en la cuenca del Mediterráneo. Las ferias tuvieron mayor desarrollo e influencia en Francia. Pero también, durante la misma época y en forma similar, se desarrolló el derecho mercantil en las ciudades nórdicas. Estas, para protegerse, formaron una confederación que llegó a tener gran fuerza —económica y política— que se conoció como “liga Hanseática” o “Hansa Teutónica”.

#### 8. UNIFORMIDAD, INTERNACIONALIZACION Y EXPANSION DEL DERECHO MERCANTIL.

El tráfico marítimo internacional dio enorme auge al desarrollo del comercio.<sup>8</sup> La internacionalización uniformó necesidades, problemas y soluciones. Este fenómeno contribuyó a la uniformidad del derecho mercantil. REHME, anteriormente citado, dice: “...el tráfico interlocal e internacional, promovido por mercados y ferias y las colonias mercantiles establecidas en el extranjero, forzosamente habían de ir eliminando la diversidad jurídica”.<sup>9</sup>

Por la aplicación del estatuto personal, cuando una ciudad formaba una colonia, se trasladaba a ella su derecho. Al menos con carácter subsidiario. Hay que tomar en consideración que los cónsules y funcionarios, que actua-

<sup>6</sup> Citado por Broseta Pont, *Op. Cit.*, pág. 39.

<sup>7</sup> Claro que la noción de acto de comercio no fue utilizada sino mucho tiempo después, pero el hecho existía desde entonces.

<sup>8</sup> La gran importancia del tráfico marítimo en el desarrollo del comercio, es lo que ocasiona que hasta la fecha, todo aquello relacionado con el tránsito y el derecho marítimo, se considere como formando parte del derecho mercantil.

<sup>9</sup> Pág. 76.

ban en las colonias y factorías, eran designados en la madre patria. Ellos administraban la justicia y ejercían la autoridad en la materia. De esta forma las colonias adoptaron el derecho de la metrópoli y éste se extendía con uniformidad.

Otro factor en la uniformidad del derecho mercantil, en esta primera etapa, lo son los documentos: en la Edad Media se encontraba muy extendida la práctica de redactar por escrito y ante Notario, los documentos que consagraban los tratos de los comerciantes. Esta práctica ha permitido conocer el estado del derecho en aquella época. También permitió, durante la misma, que el derecho mercantil se desarrollara de manera uniforme, pues los documentos suponían la uniformidad de su redacción y, sobre todo, la intervención de juristas, que con su formación romanística, hicieron más rico al derecho mercantil.

Así, nuestra rama, se desprendió poco a poco del tronco común. Nació como un derecho especial, de soluciones equitativas, rápidas y adecuadas a las necesidades de la época. Se extendió con uniformidad por todo el mundo civilizado. Gradualmente se amplió su campo de aplicación. Se fueron tipificando sus actos, los que se sometían a la jurisdicción de los tribunales de comercio, aunque no fuesen comerciantes sus autores. Sus soluciones, cada vez con más frecuencia, se han adoptado como las convenientes al derecho privado, hasta llegar —como veremos más adelante— a dar lugar a que se hable de la recepción del derecho comercial en el civil y de la necesidad de unificar la legislación del derecho privado.

#### 9. PRINCIPALES RECOPIACIONES:

Entre muchas de las principales recopilaciones de estatutos y ordenanzas, sabemos de las siguientes: a) *El Consulado del Mar*, que aparece aparentemente durante el siglo XIII, reclaman su origen Marsella y Barcelona, aunque parece ser que es de origen barcelonés. En una recopilación de costumbres mediterráneas en el tráfico marítimo; b) *Los juicios o rooles de Oleron*, aparecen durante el siglo XIII, se originaron en la isla de Oleron, que se encuentra en el Océano Atlántico; c) *Las Leyes de Wisby* con vigencia en los Mares del Norte, aparecen durante el siglo XV, en la isla del mismo nombre; tienen mucho menor importancia; d) *Le Guidon de la Mer*, originado en Ruan, durante el siglo XVI; e) *Las Actas de la Liga Hanseática* antes mencionada. Casi todas las ciudades italianas importantes (Venecia, Piza, Génova, Amalfi, etc.) tuvieron sus ordenanzas.

## 10. RESUMEN CRITICO.

El análisis que llevamos hecho, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1. El derecho mercantil se separó del civil atendiendo a criterios de competencia jurisdiccional. El derecho nace y evoluciona en las costumbres, se sanciona en los tribunales, se recoge en las leyes.

2. Al mismo tiempo, determinados actos que se sometían a la competencia de los tribunales mercantiles, fueron adquiriendo un contenido típico y paulatinamente se consideraron comerciales, en razón de que principalmente eran comerciantes quienes los realizaban.

3. Esos actos dieron la pauta para la ampliación de la competencia de los tribunales mercantiles, de tal modo que llegó un momento en que, por el hecho de haber realizado cualquiera de dichas actividades, el sujeto podía verse sometido a la competencia de los tribunales de comercio.

4. Es evidente que el derecho mercantil surgió, en cuanto a rama especial del derecho privado, como *derecho de los comerciantes en su tráfico*. Fue desde su origen un derecho de marcado carácter subjetivo, profesional y de clase. En esa característica se fundamenta su necesidad.

## 11. CAUSAS QUE MODIFICAN EL PROCESO EVOLUTIVO DEL DERECHO MERCANTIL. APARICION DE LAS LEYES MERCANTILES.

Cuando los gremios de mercaderes adquirieron su mayor fuerza, se sucedieron una serie de causas que modifican la impronta que, hasta ese momento, mostraba la evolución del derecho mercantil: el descubrimiento de América y del paso a las Indias Orientales, a través del Cabo de Buena Esperanza, traslada el comercio —que hasta ese momento predominaba en el Mediterráneo— al Océano Atlántico. Se crean las grandes compañías para la explotación de las Indias Orientales y Occidentales, con ello se hace necesario recurrir al ahorro público, para reunir los grandes capitales que eran necesarios para dichas explotaciones y se empieza a delimitar la sociedad anónima.

Al ser más universal la aplicación del derecho mercantil, se afirma la tendencia objetiva y se va diluyendo el carácter subjetivo que adquirió en su origen por causa de los gremios.

La creación de los Estados nacionales, la acentuación del concepto de nacionalidad, dan lugar a la aparición de las primeras leyes —toda vez que en la ley se unifica el criterio nacional—. A este fenómeno coadyuva la aparición del principio de la separación de poderes, que atribuye al legisla-

tivo la facultad de determinar el contenido de la norma --lo que la protege contra las diversas contingencias de carácter político--. A su vez colabora la idea iluminista, de que todo ordenamiento jurídico debe constituir un orden necesario y completo. El poder político se fortaleció. Al mismo tiempo los gremios se convirtieron en sociedades cerradas, de clase. Verdaderas aristocracias de la burguesía, que cerraban el ingreso del público en general, a la práctica del comercio.<sup>10</sup> Abusaron de su situación privilegiada y ocasionaron, con ello, su posterior desaparición.

Aparecen nuevas concepciones en el orden político y económico, que coadyuvan a la gestación de la Revolución Francesa: un espíritu nuevo, el capitalista, se empieza a manifestar a fines del siglo XVIII y surge de lleno en el XIX. Se consagra el principio del libre ejercicio de las actividades económicas, frente al antiguo sistema de los derechos corporativos. Se propugna por la desaparición del intervencionismo de Estado, a que dio lugar la doctrina económica de los mercantilistas. Aparece un nuevo sistema económico, basado en el libre acceso a la propiedad de los medios de producción. Surgen una concepción individualista de la riqueza, el maquinismo industrial, el progreso de los medios de comunicación —que ayuda a la internacionalización del tráfico— y se convierte en principio de derecho público, la libertad de comercio y de industria.<sup>11</sup>

En lo político, ya durante la etapa posterior a la Revolución Francesa, encontramos los siguientes cambios fundamentales: 1. La supresión del intervencionismo de Estado, propugnada por el mercantilismo, prevaleciendo, por el contrario, la opinión de los fisiócratas: *dejar hacer, dejar pasar*.

2. Se eleva a principio de orden público aquel que dice que todos los hombres son libres e iguales ante la ley. Con la consiguiente supresión de las corporaciones, por considerarlas como agrupaciones de una clase determinada de individuos.

3. Se consagra la propiedad privada como medio de emancipación del hombre. Principio que ha permitido el posterior desarrollo del capitalismo.

## 12. LAS ORDENANZAS DE LUIS XIV.

Pero antes de que esta evolución se haya perfeccionado —un siglo antes para ser exactos— aparece el primer monumento legislativo del derecho mercantil.

<sup>10</sup> Broseta Pont, *op. cit. passim*.

<sup>11</sup> Broseta Pont, *op. cit. passim*.

Las ordenanzas de COLBERT, de 1673 la que reglamentó el comercio terrestre, de 1681 la que estuvo en vigor para el comercio marítimo. La importancia de estas codificaciones, estriba en el hecho de que fueron las primeras leyes de derecho mercantil promulgadas por un Estado moderno. En ellas ya se reconoce la existencia de ciertas actividades típicas, como la letra de cambio, que hacen que se sometan a la competencia de los tribunales mercantiles, los conflictos a que den lugar, aun cuando no sean comerciantes las personas que en ellas intervinieron.

### 13. PARENTESIS ACERCA DE LOS SISTEMAS SUBJETIVO Y OBJETIVO.

He mencionado, repetidamente, que el derecho mercantil era subjetivo o subjetivista. Con frecuencia oirán citar de sistemas objetivos y subjetivos. Creo oportuno aclarar tal terminología.

Se conocen como sistemas de derecho subjetivo, aquellos que se basan en la calidad profesional de las personas que se encuentran sometidas a él. El derecho mercantil, en sus orígenes, era subjetivo porque se aplicó a los comerciantes. En cambio, de derecho objetivo, son los sistemas que tienen su base en los actos de comercio. Se refieren al dato objetivo de la actividad desempeñada. Nuestro Código de Comercio, dice en su artículo I, que las disposiciones del mismo se aplican sólo a los actos comerciales. Es un código objetivo.

Esta distinción es falsa: hemos visto que el derecho mercantil se aplicó a los comerciantes en razón de su actividad profesional. \* Para adquirir la calidad de comerciante es preciso desarrollar una "actividad" comercial. Es necesario hacer referencia siempre a la clase de actividad desarrollada. Por otro lado, todos los "códigos objetivos", definen al comerciante (Código de Comercio artículo 3o.) y regulan su *status* profesional. Además, muchos de los "actos de comercio" que se encuentran en las enumeraciones legislativas, lo son en cuanto en su realización intervienen comerciantes (artículo 75 fracciones V a XI, XIV, XVI, XX, XXI y XXII esta última derogada pero que sirve para una interpretación sistemática).

### 14. EL CODIGO DE NAPOLEON.

Al Código de Comercio de Napoleón que entró en vigor el 1o. de enero de 1808, se le atribuye ser el primero de los códigos de comercio que consagra el sistema objetivo del derecho mercantil. Se afirmó que el derecho mer-

\* Ver página 2, inciso 6.

cantil dejó de ser el derecho del comerciante en su tráfico, para convertirse en el derecho de los actos de comercio.

En realidad no ocurrió así. Es cierto que, junto con dicho código, se abolicieron las corporaciones de comerciantes y se instituyó el principio de la libertad de comercio. Pero un análisis somero del mismo, muestra que no fue el Código de Napoleón, un código de carácter objetivo. Para la correcta interpretación del problema, será necesario transcribir los siguientes preceptos de dicho ordenamiento:

“Artículo 1o.—Son comerciantes aquellos que ejecutan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual”.

“Artículo 631. Los tribunales de comercio conocerán:

1.—“De las disputas relativas a los compromisos y transacciones entre negociantes, comerciantes y banqueros”.

2.—“De las disputas entre asociados por razón de una sociedad de comercio”;

3.—“De aquellas relativas a los actos de comercio entre todas las personas. Sin embargo, las partes podrán, en el momento en que ellas contratan, convenir en someter a arbitraje las disputas enumeradas, en caso de que se produzcan”.

“Artículo 632.—La ley reputa actos de comercio:

“Toda compra de géneros y mercancías para revenderlos, sea en estado natural, sea después de haberlos trabajado y puesto en obra y también para darlos en arrendamiento”;

“Toda empresa de manufacturas, de comisión de transportes por tierra o por agua”;

“Toda empresa de suministros, de agencia, oficina de negocios, establecimientos de ventas en pública almoneda, de espectáculos públicos”;

“Toda operación de cambio, banca y correduría”;

“Todas las operaciones de bancos públicos”;

“Todas las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros”.

“Artículo 633.—La ley reputa parcialmente actos de comercio:

“Toda empresa de construcción, todas las compras, ventas y reventas de buques para la navegación interior y exterior”;

“Todas las expediciones marítimas”;

- “Toda compra y venta de aparejos, aparatos y abastecimientos”;  
 “Todo fletamiento o flete, empréstito o préstamo a la gruesa”;  
 “Todos los seguros y otros contratos concernientes al comercio del mar”;  
 “Todos los acuerdos y convenciones por salarios y alquileres de tripulaciones”;  
 “Todos los compromisos de las gentes del mar, por el servicio en barcos de comercio”.<sup>12</sup>

“Del análisis de estos preceptos se desprenden las siguientes observaciones: 1. Que en el artículo 1º se define a los comerciantes como sujetos que realizan habitualmente, es decir, profesionalmente “actos de comercio”, con lo cual se sigue en realidad el sistema tradicional anterior; 2. Que el artículo 631 se refiere a los “actos de comercio” para declarar que los litigios o conflictos que ellos originen quedan sometidos a la competencia de los tribunales de comercio; 3. Que los artículos 632 y 633 califican *ex lege* ciertas operaciones como: “actos de comercio”, con la indudable finalidad de esta-

<sup>12</sup> ART. 1er. Sont commercants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

ART. 631. Les tribunaux de commerce connaîtront:

- 1o., des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers;
- 2o., des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce;
- 3o., de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Toutefois, les parties pourront, au moment ou elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire.

ART. 632. La loi répute actes de commerce;

- Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre, ou même pour en louer simplement l'usage;  
 Toute entreprise de manufactures, de commission de transport par terre ou par eau;  
 Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'ençan, de spectacles publics.  
 Toute opération de change, banque et courtage;  
 Toutes les opérations de banques publiques;  
 Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers;

ART. 633. La loi répute partiellement actes de commerce:

- Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes, et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure,  
 Toutes expéditions maritimes;  
 Tout achat et vente d'agrés, appareils et avitaillements;  
 Tout affretement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse;  
 Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer;  
 Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages;  
 Tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtiments de commerce.

blecer las que participando de esta naturaleza, se someterán a la competencia de los tribunales de comercio, cualquiera que sea la condición o naturaleza de las personas que los ejecutan.”<sup>13</sup> El Código reconoció la existencia de los actos de comercio, pero no basó en ellos su sistema.

Lo que el Código de Comercio de Napoleón afirmó fue la subsistencia de la actividad de los comerciantes, así como de su *status* —que requiere un trato especial— y la especialidad del tráfico que realizan los comerciantes.

De otro modo no hubiera tenido razón de ser la subsistencia de dos códigos de derecho privado. Se hubieran unificado códigos y tribunales, en un derecho que rigiera las relaciones privadas, sin necesidad de crear ramas especiales del común. Por ejemplo no se ha estimado necesario diversificar, tratándose del derecho de familia o de ciertos contratos reglamentados por el derecho civil. Es el reconocimiento de la existencia de los comerciantes, que en razón de su profesión estaban necesitados de someter su actividad y tráfico a ese *status* especial, lo que justificó la separación de los códigos.

Fue la doctrina inspirada en ideas de carácter político y económico, que estaban en boga antes, durante y después de la Revolución Francesa —principalmente la doctrina posterior a tal revolución— la que dio fuerza al concepto del “acto objetivo de comercio”.

La fracción III, del artículo 631 anteriormente transcrito, somete a los tribunales de comercio, el conocimiento de aquellos actos que se llegaron a calificar mercantiles. En esa virtud el legislador enumeró, en los artículos 632 y 633 los actos de comercio. Ello no significa que el código haya basado su sistema en el concepto del acto objetivo de comercio. RIPERT dice . . . “es pues, *únicamente para regular de nuevo una cuestión de competencia* y para no determinar únicamente esta competencia sobre la condición de las personas, que el Código formuló la noción de un acto que sería acto de comercio entre todas personas.”<sup>14</sup> A la doctrina posterior a la Revolución Francesa y a los legisladores europeos que siguieron al francés, se debe la iniciación del derecho mercantil, como un sistema de derecho que se funda en el acto objetivo de comercio.

#### 15. SE ACENTUA Y AUMENTA LA TENDENCIA A LA GENERALIZACION Y EXPANSION.

El derecho mercantil siempre acusó una tendencia generalizadora, expansiva. Desde sus inicios invadió, paulatinamente, el campo de aplicación

<sup>13</sup> Brosseta Pont. *op. cit.*, pág. 51.

<sup>14</sup> Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Trad. Felipe De Sola Cañizares, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, T. I. pág. 207. No. 275.

del derecho civil. Debido al liberalismo político, al capitalismo económico, al maquinismo, a la revolución industrial y a todas aquellas causas señaladas con anterioridad, esta tendencia aumentó durante el siglo pasado. Cada vez fueron más las actividades que, sin ser mercantiles, se consideraron como tales.

La noción del acto objetivo de comercio, que somete a los tribunales y a las leyes mercantiles, actividades que no lo son, contribuyó a intensificar la ampliación del derecho mercantil.

Durante el siglo XIX, cada vez es mayor el número de los actos de comercio que se realizan por quienes no son comerciantes. Aparecen los códigos de comercio de dicho siglo que, en cada ocasión, son más objetivos.

Se continúa invadiendo la esfera del derecho privado y sucede que con la expansión del derecho mercantil y su recepción —en el derecho privado— de las normas creadas para el derecho mercantil, se contribuye a la actualización del derecho. En consecuencia éste se vuelve más rápido, firme y seguro. Pero surge el problema de la doble regulación. Y así tenemos materias que se encuentran sometidas, al mismo tiempo, a normas de derecho mercantil y civil.

#### 16. PRINCIPALES CODIGOS DEL SIGLO XIX.

1. *El español de Sáenz de Andino*, de 1829, que recibe la influencia directa del Código Francés de Napoleón. La doctrina discute si es objetivo o subjetivo. GARRIGUES concluye que se inclinó a lo subjetivo.

2. *El Alemán de 1861*, que se acoge al acto de comercio, no como delimitador de la competencia de los tribunales mercantiles, —como sucedió con el francés— sino que lo sitúa en la base del sistema. Este código, dedica el título I, a regular la actividad de los comerciantes.

3. Similar al alemán arriba mencionado, *el italiano de 1882*.

4. *El español de 1885*, objetivo.

5. Nuestros Códigos de Comercio: el de 1854 (llamado *Lares*); el de 1884 y el de 1889. Objetivos.

#### 17. INUTIL BUSQUEDA DEL CONCEPTO UNITARIO DEL ACTO DE COMERCIO.

Durante esta época, infructuosamente se trata de encontrar un concepto unitario que comprenda todos los actos de comercio: se busca el concepto del acto objetivo de comercio. Al efecto se usaron dos sistemas. El legislador

y los estudiosos del derecho, siguieron caminos diversos en la búsqueda del concepto del acto de comercio.

Los legisladores se dedicaron de modo exclusivo a la redacción de catálogos de actividades, aunque éstas tuvieran los caracteres más disímiles que pudiera imaginarse. Las que tradicionalmente se habían considerado mercantiles, se consagraron legislativamente como tales. Cada país, según su tradición y necesidades, creó su derecho positivo. Enumeraciones, en unos casos con carácter ejemplificativo —como nuestro código de comercio que permite la aplicación analógica— en otros limitativo, como el francés que no conoce más actos de comercio que los enumerados por el propio código.<sup>15</sup>

Los estudiosos del derecho mercantil, partiendo del análisis de los catálogos legales, pretendieron inútilmente encontrar un concepto que abarcara todos los actos de comercio y sólo a ellos. Pero nunca pudieron encontrar tal concepto unitario del acto de comercio: ahí están para demostrar su inutilidad —entre otros— los esfuerzos de THALLER, ROCCO, GOLDSCHMIDT y THÖL.<sup>16</sup>

El primero habla del derecho de la circulación de los bienes.

El segundo —comprendiendo que el derecho mercantil rebasó la barrera del concepto económico del comercio— se refiere a un concepto del comercio en sentido económico y otro en sentido jurídico. El concepto del comercio en sentido jurídico, se refiere a los actos de mediación en el cambio de mercancías y de inmuebles; de dinero a crédito; de trabajo; de riesgos y actos mercantiles por conexión.<sup>17</sup>

Los otros, alemanes, hablan de diferentes clases de actos de comercio: los que son comerciales, porque los realiza un comerciante y, aquellos que son comerciales, independientemente de la persona que los realice.

En México, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ<sup>18</sup> aunque no trata de dar el concepto de acto de comercio, sí establece que el derecho mercantil “es el derecho de los actos en masa realizados por empresas”.

Con razón concluye GARRIGUES que el derecho mercantil, como ordenamiento especial, sólo tiene razón de ser en cuanto se le considere como un derecho de carácter profesional y subjetivo.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Broseta Pont, *op. cit.*, pág. 63 y siguientes.

<sup>16</sup> Broseta Pont, *op. cit. loc. cit.*

<sup>17</sup> Rocco, *Derecho Mercantil*, Editora Nacional, México, D. F., 1955, pág. 146 y siguientes., Números 43 a 49.

<sup>18</sup> *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, S. A., México, D. F., 1964, T. I. pág. 13.

<sup>19</sup> *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, 1, 1 págs. 20 y siguientes, citado por Broseta Pont, *op. cit. loc. cit.*

## 18. CRITICA AL SISTEMA OBJETIVO.

No ha sido posible hallar la piedra filosofal del acto de comercio. No hay más actos de comercio que los que el derecho positivo enumera. Basta examinar cualquiera de los catálogos legislativos, para tomar nota de la diversa naturaleza de las actividades tipificadas como actos de comercio. Esto resulta grave, porque se pretende calificar al comerciante en cuanto sea un mero repetidor de actos de comercio: es comerciante quien se dedica a realizar actos de comercio, se dice.

Pero yo, como muchos, pregunto ¿Cuántos actos son necesarios para calificar a un comerciante?. ¿Qué tipo de actos de comercio es necesario realizar para adquirir tal calidad? porque todos los que intervenimos en el tráfico celebramos actos de comercio, sea cual sea nuestra profesión: las amas de casa pagan los gastos domésticos con cheques. Esto lo hacen habitualmente. El estudiante compra libros a crédito y suscribe letras de cambio o pagarés. Todas las casas-habitación, las oficinas, etc., funcionan a base de servicios que implican la celebración de contratos de suministro: gas, teléfono, luz. Con razón dijo VIVANTE que, desde el nacimiento hasta la carroza de muerte, pasando por la ceremonia nupcial, nos encontramos sometidos al código de comercio. Pero esto es sólo un adelanto de la crítica que, en su oportunidad, haré de la teoría que quiere situar al comerciante, en base a la repetición de los actos de comercio.

Ya VIVANTE señaló los problemas que crea la duplicidad en la calificación de un acto y en la regulación del mismo. La doble regulación de carácter procesal. El problema de los actos unilateralmente mercantiles, por ejemplo, la compraventa, la prenda y muchos otros contratos que pueden ser, al mismo tiempo civiles y mercantiles: civiles para una parte y mercantiles para la otra. ¿Cuántos juicios sumarios de desahucio —que naturalmente corresponden al procedimiento civil— no vemos a diario que se tramitan entre dos comerciantes y que, conforme a la correcta interpretación de la fracción XXI del artículo 75, del Código de Comercio, son arrendamientos de carácter mercantil?, —que por ello se están tramitando en una vía improcedente—. ¿Cuántas dudas no se presentan al abogado, para determinar si debe elegir la vía mercantil o la civil? Si se escoge la vía inadecuada, será tiempo perdido en detrimento de la justicia. ¿Cuál es la razón de ésto, si los jueces son los mismos —sea civil o mercantil el proceso— si las normas de procedimiento sólo difieren en cuanto a detalles, pero en el fondo son idénticas? <sup>20</sup>

<sup>20</sup> V. Vivante, *Op. Cit.*, Tomo I, Introducción.

El comercio es una rama de la actividad humana que se relaciona con todas las demás (en lo que toca al aspecto del tráfico de bienes y servicios). Yo puedo vender mi coche a otro particular, sin que ninguno de los dos realicemos un acto de comercio. No obstante, lo normal es que ocurra a un comerciante en automóviles, o a un comisionista, quien a su vez verá de transmitir la propiedad del bien a quien desee comprarlo. Somos dos personas que —sin ser comerciantes— contratamos con un comerciante. Las relaciones jurídicas producidas se afectarán —al menos en parte— por el derecho mercantil. Todo ello en virtud de la intervención del intermediario. Los ejemplos podrían prolongarse, pero ello no es necesario, basta recordar la cita que hace un momento hice a VIVANTE, en el sentido de que el código de comercio interviene para regular la vida de todas las personas.

Esta orientación, en mayor o menor grado, ha privado en la vida de la humanidad. Mientras el desarrollo del comercio no lo ameritó por ser incipiente y porque la flexibilidad del derecho privado no lo exigía, no hubo problema. Cuando el derecho privado se estratificó, los comerciantes que —como todos los humanos— cuando los apremian las necesidades, se olvidan de abstracciones, lógicas y teorías —a las que somos tan afectos los abogados— crearon su propio derecho. Derecho que ha dado a luz los principales adelantos acusados por el privado durante los últimos siglos.

La recepción que se hizo del derecho mercantil fue tal que se puso en peligro su propia existencia y uno de sus más insignes expositores, VIVANTE, llegó a clamar por su desaparición, teniendo no pocos seguidores.<sup>21</sup>

#### 19. NECESIDAD DE SITUAR AL DERECHO MERCANTIL DENTRO DE SUS AUTÉNTICOS LÍMITES.

Más sencillo hubiera sido aprovechar las ventajas y adelantos que se produjeron dentro de esta rama del derecho. El derecho mercantil debe ser reducido a su auténtico ámbito de aplicación, ello sin dejar de estar pendientes, para aprovechar, de las innovaciones y sorpresas que pueda deparrarnos en el futuro. Es preciso evitar la doble regulación y unificar la teoría general de las obligaciones y la reglamentación de todas aquellas actividades que actualmente se realizan comúnmente, tanto por quienes son comerciantes, como por quienes no lo son.

<sup>21</sup> Aunque se retractó posteriormente.

## 20. RETORNO AL SISTEMA SUBJETIVO. LOS CODIGOS ALEMAN E ITALIANO.

La realidad se impuso de nuevo. El 1º de mayo de 1897, entró en vigor el Código de Comercio Alemán (HGB), que sustituyó al de 1861 y que retorna al sistema subjetivo:

1. Establece que son comerciantes quienes realizan profesionalmente una actividad calificada como mercantil —definitiva o presuntivamente— por el propio Código. En caso de que la actividad sea presuntamente mercantil, para adquirir el *status* relativo, se requiere la inscripción en el Registro Público (artículos 1 y 2).

2. Presume mercantiles todos los actos del comerciante, que pertenezcan a la explotación profesional y califica de comerciales, en caso de duda, los actos que realicen éstos (artículos 343 y 344).

3. No existen actos de comercio fuera de la actividad profesional del comerciante.

4. Todas las normas del derecho mercantil, que se absorbieron por el derecho privado, pasaron a formar parte del nuevo código civil. Entre otras, las relativas a los títulos valor, interpretación, conclusión y cumplimiento de los contratos, forma de los negocios, etc.<sup>22</sup>

El legislador alemán comprendió que se había operado una transformación de la actividad económica. Que al lado de un tráfico estrictamente profesional, subsistió otro de carácter ocasional, que no debía ser sometido al mismo régimen jurídico. Así los actos e instituciones que se generalizaron los transportó al derecho civil, haciendo verdadera la afirmación de ASCARELLI de que, en el momento de su mayor triunfo, las normas del derecho mercantil, dejaron de ser comerciales.<sup>23</sup>

Tenemos otro código de carácter subjetivo: el italiano de 1942, que es un código civil que regula, unitariamente, ambas materias. Sustituye los términos comerciante y acto de comercio, por empresario y actividad mercantil. Dicha sustitución no es únicamente de carácter terminológico, sino que corresponde a un auténtico cambio en la realidad legislada. Aunque el código es calificado de civil —se llama *Codice Civile*— se delimita en él la materia mercantil. Ya veremos que califica determinadas actividades como mercantiles (artículo 2195). Se unifica el derecho de las obligaciones. Subsisten leyes especiales como la Ley Cambiaria, la de Quiebras, Código de la Navegación, etc.

<sup>22</sup> Broseta Pont, *op. cit.*, págs. 70-71.

<sup>23</sup> Citado por Broseta Pont, *op. cit.*, pág. 72.

21. CONCLUSIONES.

1. El derecho mercantil está destinado a ser un derecho de carácter profesional: el derecho del comerciante en su tráfico.

2. Siempre ha acusado una tendencia expansiva y generalizadora. Actualmente la sigue acusando.

3. El sistema de los actos de comercio objetivos, a que se referían los códigos del siglo XIX, no corresponde a la realidad del derecho mercantil.<sup>24</sup>

4. No obstante, siempre se hace necesaria la referencia objetiva al tipo de "actividad", para calificar al comerciante.

5. Nuestro derecho vigente, todavía es un derecho de carácter objetivo. Su reforma es necesaria.

No quiero terminar esta exposición, sin señalar que, desde el siglo pasado, en Suiza, existe el Código Unico de las Obligaciones. En él se encuentra ya el fenómeno de la unificación del derecho privado.

Igualmente, la necesidad de distinguir las dos ramas del derecho privado, no ha aparecido en el Comonn Law, de los derechos inglés y norteamericano.

<sup>24</sup> Broseta Pont, *op. cit.* pág. 73.