

La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil

I. INTRODUCCIÓN.

La obtención del concepto de una disciplina jurídica es una operación lógica que presupone una triple tarea: analizar su *fundamento*, delimitar su *contenido* y *definirla* de modo riguroso. Mas es sabido que el concepto de las disciplinas jurídicas no pertenece al grupo de los conceptos científicos—absolutos e inmutables en el tiempo y en el espacio—, sino al de los conceptos históricos en íntima conexión con el momento en que se predicen. Porque si es cierto que el concepto de una disciplina jurídica es una delimitación de la realidad, no es menos cierto que ésta es la conclusión de una evolución que es necesario conocer para extraer de ella los datos esenciales de su fundamento y de su sustancia.

A las dificultades lógicas que concurren en la tarea de definir cualquier disciplina jurídica se suman las que proceden de su entrañable conexión con las circunstancias—políticas, sociales y económicas—de cada momento histórico. Pues bien, tales dificultades son aún mayores para formular un concepto del Derecho mercantil, cuya sensibilidad para sufrir los efectos de tales circunstancias es quizá superior. Se afirma por todo ello que el Derecho mercantil es una categoría histórica en un doble sentido: porque se desgajó del tronco del Derecho civil en un momento histórico determinado por la fuerza de circunstancias de varia naturaleza; y, además, porque aquellas circunstancias—políticas, sociales y económicas—han condicionado progresivamente nuestra disciplina hasta su situación actual, en la cual debemos obtener su concepto.

Ahora bien, si la obtención del concepto de una disciplina jurídica es una operación lógica que se nutre de la realidad, para llevarla a cabo es imprescindible utilizar un doble método: de *investigación histórica*, para conocer las líneas generales y las causas de su evolución, así como lo que el Derecho mercantil ha sido en cada momento histórico; y, en segundo lugar, un *método de atenta observación de la realidad*, que permita no sólo conocer el último estadio de la evolución, sino también los criterios que nos sirvan para calificar conceptualmente esta realidad. La necesidad de combinar ambos métodos ha sido comprendida por ASCARELLI, por WIELAND y por el profesor GARRIGUES (1). Y así dice el primero—para afirmar que no basta el de observación de la realidad—que la afirmación postulada por parte de la doctrina moderna de que la empresa es el criterio técnico que define el Derecho mercantil, no permite comprender por qué no nació un Derecho especial para la agricultura, supuesto que en ella—antes que en la industria—existió la empresa como forma de organización económica. Y por ello también WIELAND, antes de utilizar el método de observación de la realidad, recurrió al método histórico para obtener el sentido de la evolución del Derecho mercantil y, además, para comprender el Derecho codificado.

Con lo dicho se pone de manifiesto que afirmamos un sentido histórico en el Derecho mercantil. Si el Derecho mercantil de hoy es la conclusión de una evolución histórica, parece imprescindible

(1) Como es sabido, la posición metodológica historicista y las ideas sobre las que se apoya fueron magistralmente expuestas por ASCARELLI en diversos trabajos de inestimable valor. Pueden encontrarse, debidamente sintetizadas, en su *Corso di Diritto commerciale*, Milán, 1962, págs. 80 y sigs. También WIELAND (*Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1931, I, págs. 3 y sigs.) utiliza un doble método de observación de la realidad histórica, por el cual obtiene una recapitulación crítica del proceso histórico-evolutivo de la realidad regulada por el Derecho mercantil. Esta doble dirección metodológica utilizada por WIELAND y frecuentemente olvidada por quienes exponen su pensamiento, parte de la convicción de que el campo de aplicación del Derecho cobra sentido si se ahonda en las causas que han determinado, a través de los distintos periodos de la Historia, una concreta y cambiante realidad económica. Finalmente, el método historicista y el de atenta observación de la realidad han sido conjuntamente utilizados con magistral perfección en nuestra doctrina por el Profesor GARRIGUES en todos sus estudios sobre el concepto del Derecho mercantil, y especialmente en su artículo *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, RDM, núm. 71 (1959), págs. 7 y sigs. Ambos métodos han sido utilizados igualmente con perfección por el Profesor GIRÓN TENA en su monografía *Concepto del Derecho mercantil*, INEJ, ADC, Madrid, 1954.

examinarla, aunque sea brevemente. Si determinadas causas económicas, políticas y sociales, han producido un sistema legislativo determinado—coherente en unos casos, incoherente en otros—, es necesario analizarlas, conjuntamente con las actuales, para proponer de *lege ferenda* un sistema que se articule en torno a los elementos de la realidad que al Derecho mercantil incumbe regular. Por la conjunción de ambos estaremos en situación de resolver tres problemas concretos: 1) El de la subsistencia o desaparición del Derecho mercantil como Derecho especial. 2) El del futuro contenido de esta rama del Derecho privado y, por ende, el problema de sus relaciones con otras disciplinas y especialmente con el Derecho civil. 3) El del concepto del Derecho mercantil, para cuya formulación es necesario resolver aquellos dos problemas previos.

El método histórico ha de permitirnos comprender, además, uno de los fenómenos más interesantes que se presentan en el seno del Derecho privado: la *mutabilidad* del ámbito del Derecho mercantil, poniendo al descubierto las causas y el sentido de una *corriente de extensión generalizadora* que habiendo determinado su *objetivación* conceptual ha producido recientemente un fenómeno de reducción del contenido de este Derecho especial.

II. EL MÉTODO HISTÓRICO.

A) *Planteamiento.*

El Derecho mercantil es, pues, una categoría histórica, cuyas diversas concreciones jurídicas se deben a la conjunción de presupuestos político-sociales y económicos al lado de otros estrictamente jurídicos. La relevancia de las causas políticas se comprueba si se piensa en los siguientes hechos: la ideología política que triunfa con la Revolución francesa, contraria a la existencia de derechos de clase, pretendió cambiar la formulación corporativa y profesional del Derecho mercantil, sustituyéndola por una formulación objetiva, consagrando así—en opinión de DEL VECCHIO—uno de los mayores errores de la Revolución francesa (2); el liberalismo político y eco-

(2) DEL VECCHIO (G.). *Sobre las funciones y los fines del Estado*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 127 (1963), pág. 11.

nómico que sucede a la Revolución, ponen las bases para que el Derecho mercantil se convierta en la quintaesencia del capitalismo; la unificación legislativa del Derecho mercantil y civil que se realiza en Italia en 1942 se debió—en frase de ASCARELLI—a un «colpo di testa» de Mussolini (3); la recepción de la teoría de la empresa estuvo, en parte, considerablemente influida por las ideologías nacional-socialista alemana y corporativista italiana; el Derecho económico—tal como se formula en Alemania por HEDEMANN—, estructurando diversos sectores del Derecho público y privado en torno a la empresa, respondió en parte a las exigencias de la ideología política nacional-socialista, las cuales repercuten en el Derecho corporativo presente en el libro V del Código civil italiano. En este sentido, como ha puesto de manifiesto KRAUSE, fue la influencia de una ideología política la que puso el acento sobre la empresa posponiendo a las personas que de ella se servían para realizar una actividad económica (4).

Mas la influencia de las circunstancias políticas—aun siendo determinante—no actúa aislada, sino en íntima conexión con las circunstancias económicas. Y así veremos cómo en la base de las distintas concreciones jurídicas o legislativas del Derecho mercantil está presente la evolución económica. El Derecho mercantil deja de ser—legislativamente al menos—Derecho de comerciantes para convertirse en Derecho de una clase de actos, no sólo por las causas políticas apuntadas, sino también por obra de otras estrictamente económicas y jurídicas de las que nos ocuparemos extensamente. Posteriormente, del Derecho mercantil se postula su conversión en Derecho de los actos realizados en masa y en Derecho de la empresa, porque la revolución industrial y la producción en masa obligan a extender su aplicación a la industria, ampliando el campo de aplicación de esta disciplina y determinando con ello, necesariamente, una alteración en el signo conceptual del Derecho mercantil.

Parece, por tanto, que la influencia de ambos factores—político-sociales y económicos—no es aislada, sino conjunta. En el fondo se

(3) Cfr. *L'unification du Droit privé en Italie*, en *L'unification interne du Droit privé*, publicado por el CNRS, París, 1950. pág. 49.

(4) KRAUSE (H.), *Kauffmannsrecht und Unternehmensrecht*, ZHR, t. 105 (1938), págs. 68 y sigs., y posteriormente en *Imprenditore e impresa*, NRDC, 1954, págs. 221 y sigs.

descubre, además, la interdependencia de estos factores, cuya conjunción actúa sobre el Derecho mercantil.

El análisis histórico de las diversas concreciones legislativas en las que se ha plasmado la concepción del Derecho mercantil por obra de esta duplicidad de causas, nos ha puesto de manifiesto la virtualidad de tres fenómenos fundamentales:

a) En primer lugar, la presencia de una constante corriente de *extensión o ampliación del ámbito del Derecho mercantil*. Así nacido éste para el comercio, se extiende a la industria; destinado a regular el tráfico de muebles, se extiende al de inmuebles cuando unos sujetos se dedican a él profesionalmente; excluyendo en sus orígenes a la actividad agrícola, tiende modernamente a abarcarla cuando se explota mediante métodos o formas comerciales.

b) En segundo lugar, la presencia de una constante y paralela tendencia a la *generalización y objetivación* de su contenido, en virtud de las cuales—por obra de una creciente utilización de las instituciones nacidas como mercantiles por quienes no son comerciantes—el Derecho mercantil se aplica a quienes esporádicamente recurren a ellas. Baste pensar que la letra de cambio es ya acto de comercio absoluto en la «Ordonnance» de Luis XIV, y que en la «Ordonnance de la Marine» los contratos marítimos se reputan mercantiles, cualesquiera que sea la condición de quienes los estipulan.

c) Y en tercer lugar, la presencia de una reciente tendencia a *reducir el ámbito del Derecho mercantil*, como consecuencia de la generalización u objetivación anteriores.

Este fenómeno de «generalización del Derecho mercantil» o de «comercialización del Derecho civil»—como fué denominado por RIESER (5), posteriormente por RIPERT (6), y del que se ha ocupado en

(5) En su monografía *Der Einfluss Handelsrechtlicher Ideen aus dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1894. Creemos que fué este autor quien por primera vez se refirió al fenómeno de la «comercialización» del Derecho civil. También GIERKE (*Der Entwurf des neuen HGB*, ZHR, t. 45, 1896, págs. 449 y sigs.) puso de manifiesto que el Código alemán de 1897 consagraria de nuevo un sistema predominantemente profesional, precisamente porque emigraban al BGB un gran número de normas que regulaban el tráfico general ejercido por quienes no se dedicaban en forma profesional al mismo.

(6) En su conocido estudio *La commercialisation du Droit civil français*, en «*Mélanges Maurovic*», París, 1934, y en su *Traité de Droit commercial*, 4.^a ed., París, 1959, I, 7 y 8. Al fenómeno se refiere igualmente HAMEL en su

nuestra doctrina recientemente el profesor GARRIGUES (7)—es de gran interés para el Derecho civil, y esencial para el mercantil, supuesto que pone en peligro la propia subsistencia o la autonomía de nuestra disciplina.

Mas para su comprensión es necesario enfocar su análisis desde una perspectiva histórica.

B) *El proceso de generalización del Derecho mercantil.*

Surge el Derecho mercantil como Derecho de «clase» en el triple sentido de que son los mercaderes y sus asociaciones quienes lo crean, interpretan y aplican. Este Derecho es—en el sentido atribuido por GARRIGUES (8)—predominantemente subjetivo, en cuanto que se aplica a los comerciantes en el ejercicio de su tráfico y esta condición personal se descubre, primero, por el dato formal de la inscripción en la matricula de mercaderes y, posteriormente, por el dato real de la efectiva realización del comercio. Mas pronto surge la tendencia generalizadora representada por una excepción al régimen anterior. Quienes no son comerciantes y, a veces, quienes no pueden serlo, utilizan instituciones típicamente mercantiles creadas por los mercaderes, como es el caso de la letra de cambio y del «préstamo a la grucsa ventura». Pues bien, para extender la jurisdicción consular y, en definitiva, para aplicar el Derecho mercantil a estos actos, se recurre a la ficción de presumir comerciantes a quienes los realizan, poniendo de manifiesto, aunque en forma incipiente, la tendencia a la generalización del Derecho mercantil y dando—como afirma VIVANTE—el primer paso hacia el sistema que luego se denominará objetivo (9).

La generalización en el sentido indicado se afianza en la «Ordonnance du Commerce» y en la «Ordonnance de la Marine».

estudio *Droit civil et Droit commercial en 1950*, publicado en *Le Droit privé français au milieu du XXème siècle*, Paris, 1950, II, págs. 261 y sigs.

(7) En su conocido artículo *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, citado, págs. 52 y sigs. Al fenómeno se ha referido igualmente RUBIO, *Sobre el concepto del Derecho mercantil*, en RDM, núm. 12, 1947, pág. 359, aun cuando obtiene del análisis del fenómeno conclusiones distintas a las nuestras.

(8) Cfr. *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947, I-1, págs. 177 y sigs.

(9) Cfr. su *Introduzione* a la 5.ª edición de su *Trattato di Diritto commerciale*, I, pág. 5.

Este fenómeno de generalización cobra sentido jurídico—en punto al concepto del Derecho mercantil—con la codificación francesa de 1807, en la que aparece el «acto objetivo de comercio» que tantos quebraderos de cabeza producirá en la doctrina posterior. La presencia del «acto de comercio» en el «Code» obedece—en nuestra opinión—a un triple orden de causas:

1.º A la *tradición*, que el «Code» se limita a recoger, supuesto que ya existían con anterioridad.

2.º A la *evolución económica*, la cual determina que cada día sea mayor el número de no comerciantes que utilizan ciertas instituciones mercantiles.

3.º A la *ideología revolucionaria*, a la que repugnaba que para someter tales actos al Derecho mercantil fuera necesario fingir que sus autores eran comerciantes.

El acto de comercio surge, pues, en el «Code» con la estricta finalidad de extender la jurisdicción mercantil a quienes sin ser comerciantes se sirven de sus instituciones, resolviendo el problema de la sumisión de tales actos al Derecho mercantil sin necesidad de presumir que sus autores eran comerciantes. La moderna doctrina francesa, y especialmente RIPERT, ESCARRA y HAMEL, han puesto de manifiesto: a) que el Derecho codificado continuaba siendo predominantemente subjetivo; b) que la presencia del acto objetivo en el «Code»—cualesquiera que sean las causas que la justifiquen—sirve en gran parte para resolver el problema de la sumisión a los Tribunales de comercio a quienes no son comerciantes y demuestra la tendencia generalizadora que, desde sus orígenes, caracteriza al Derecho mercantil (10).

(10) Cfr. HAMEL-LAGARDE, *Traité de Droit commercial*, París, 1954. I, páginas 32 y sigs. Absolutamente categórico al respecto es ESCARRA (*Principes de Droit commercial*, París, 1934, I) cuando afirma: «En todo caso, el Código de 1807, a pesar de las apariencias y de las intenciones de sus propios redactores, puede ser considerado más como un Código de comerciantes que como el de los actos de comercio, aun cuando el sistema que en él se ha seguido para la determinación del contenido del Derecho mercantil sea híbrido y equivoco». Igualmente reveladora es la interpretación de RIPERT (*Traité...*, cit., página 127) cuando afirma «que el *Code* de 1807, al regular la competencia de los Tribunales de comercio ha mantenido el principio de que estos Tribunales son competentes para las contiendas entre comerciantes. Pero no queriendo crear una jurisdicción profesional, ha añadido que conocerán también las contiendas relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas (ar-

Pues bien, mientras la doctrina post-revolucionaria afirmaba—con escaso rigor interpretativo—la desaparición del Derecho profesional y la aparición de un Derecho objetivo, que atiende a la naturaleza de los actos más que al carácter profesional de los sujetos agentes, el ADHGB de 1861, el «Codice di commercio» italiano de 1882 y los Códigos de comercio españoles acentúan la tendencia objetiva, consagrando un sistema más objetivo que el del modelo francés, sin duda por influencia de aquella doctrina, y porque la realidad que estos códigos vienen a regular pone de manifiesto con mayor vigor—por obra de la evolución económica—la generalización de las instituciones y de los principios mercantiles.

Irrumpe así en los Códigos decimonónicos el «acto objetivo de comercio» y se codifica un Derecho mercantil destinado a regular tanto la actividad profesional de los comerciantes—de acuerdo con el verdadero sentido del Derecho mercantil—como ciertos actos y principios que habiendo sido privativos de éstos habían pasado a ser de uso general. La «generalización» del Derecho mercantil se convirtió, pues, en «objetivación» del mismo, precisamente porque era necesario justificar que el Derecho mercantil codificado regulase algunas instituciones y principios cuyo uso se había generalizado y que, por tanto, eran *objetivamente mercantiles*, aunque el sujeto agente no fuera comerciante.

Se pretende instaurar así un concepto objetivo del Derecho mercantil, atendiendo a la naturaleza objetiva de los actos, fueran éstos necesariamente pertenecientes a una actividad profesional, o, por el contrario, verdaderos actos mercantiles en sentido objetivo, es decir, independientemente de que fuera o no comerciante la persona que los ejecutase.

Sin embargo, la concepción objetiva del Derecho mercantil, presente aún en nuestro Código, no puede satisfacer al jurista por dos razones fundamentales. La primera—como han puesto de manifiesto los profesores GARRIGÜES y POLO—porque desde un punto de vista conceptual es imposible reducir a unidad los actos ocasionales y aque-

tículo 631). Desde este momento se vieron obligados a establecer cuáles son los actos de comercio, lo que han hecho en el art. 632 para el comercio terrestre y en el 633 para el marítimo. Es, pues, exclusivamente para regular de nuevo una cuestión de competencia y para no establecerla únicamente en atención a la condición de las personas, por lo que el *Code* ha presentado la noción de un acto que será de comercio, entre toda clase de personas».

llos que presuponen una actividad profesional (11). En segundo lugar, porque—en nuestra opinión—los legisladores que instauraron un sistema objetivo para someter al Derecho mercantil los principios y los actos que se habían convertido en generales—afirmando, por tanto, la subsistencia de su mercantilidad—no supieron comprender la inexactitud y la inutilidad de continuar afirmando la especialidad de aquellos principios e instituciones que—por obra de la evolución económica—se habían convertido ya en generales, es decir, en comunes y, por tanto, en civiles (12).

El verdadero significado de este proceso de generalización de una parte del Derecho mercantil tradicional y el error en que había incurrido el sistema objetivo, fueron plenamente intuidos por el HGB de 1897 y posteriormente por el Código civil italiano de 1942. La justa apreciación del significado del fenómeno de generalización, puesta de manifiesto por OTTO VON GIERKE (13) y por GOLDSCHMIDT (14), está presente en la Exposición de Motivos del Código alemán (15). La «generalización» de principios e instituciones que habían sido tradicionalmente mercantiles determinó su trasplante al Código de comercio alemán, puesto que habían dejado de ser exclusivamente mercantiles, es decir, especiales. Así ocurrió con las disposiciones generales sobre títulos valores, con las normas sobre forma, conclusión y cumplimiento de los contratos, sobre interpretación, sobre resarcimiento de daños, sobre representación indirecta, además del régimen de muchos contratos cuya regulación desapareció del Código de comercio. El Derecho mercantil codificado quedaba así reducido a lo que realmente debía ser: un Derecho subjetivo y pro-

(11) La crítica del Profesor GARRIGUES está magistralmente expuesta en su *Tratado*, cit., I-1, pág. 20; y la del Profesor POLO, en su magnífico estudio de introducción a las *Leyes mercantiles y económicas de España*, titulado *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, Madrid, 1956, I, págs. XIII y sigs.

(12) Como es sabido, el sistema objetivo fué instaurado legislativamente en el Código de comercio alemán de 1861, en el Código de comercio italiano de 1882 y en los Códigos de comercio españoles de 1829 y en el vigente de 1885.

(13) En el artículo *Der Entwurf des neuen HGB*, cit. en la nota 5 de este trabajo.

(14) *Die Kodifikation des deutschen Bürgerlichen und Handelsrecht*, ZHR, 1875, págs. 139 y sigs. Expone GOLDSCHMIDT en este estudio que en la doctrina alemana estaba profundamente arraigada la idea de que la singularidad de las instituciones mercantiles exigía un Código único y separado del que contuviera las instituciones civiles.

(15) Puede verse no sólo en la propia Exposición de Motivos del Código alemán, sino también en REHME (P.), *Historia universal*.

fesional, cuyo criterio esencial delimitador es el empresario en el ejercicio de su actividad.

Con ello el legislador alemán de 1897 nos dió una norma de conducta y nos puso de manifiesto el verdadero significado del fenómeno de generalización presente en el seno del Derecho mercantil, datos que no deben olvidarse a la hora de aprehender el concepto de esta disciplina ni en el momento de formular consideraciones de «*lege ferenda*».

El método histórico utilizado nos ha permitido, pues, obtener varias conclusiones: En primer lugar, que el Derecho mercantil nació y continúa siendo el destinado a regular la actividad profesional de ciertos sujetos, y que, por tanto, en él predomina el criterio subjetivo. En segundo lugar, que en su seno ha estado presente—casi desde sus orígenes—una tendencia «*extensiva*» y «*generalizadora*», cuyos efectos conducen a excluir de su contenido los principios y las instituciones que se han convertido en comunes. Y, en tercer lugar, el método histórico nos ha permitido comprender el verdadero sentido del sistema objetivo del acto de comercio consagrado en los Códigos decimonónicos, el cual—si bien sirvió para resolver un problema de aplicación del Derecho mercantil—responde a una errónea apreciación conceptual del fenómeno de «*generalización*» sufrido por ciertos principios e instituciones mercantiles.

III. EL MÉTODO DE ATENTA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD.

La doctrina—después de abrir los ojos del legislador alemán—se percató de que si el sistema objetivo respondió a una profunda realidad, encerraba, sin embargo, una errónea apreciación del fenómeno de generalización del Derecho mercantil, porque parte de este Derecho había dejado de ser especial para convertirse en general o común. Por este camino, el legislador alemán había reducido de nuevo el Derecho mercantil a su primitivo significado de Derecho profesional y subjetivo.

Surge, pues, sobre nuevos criterios la separación legislativa entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, reafirmandose la especialidad de éste. La doctrina—por obra de HECK—se pregunta de nuevo por qué subsiste un Derecho mercantil separado del civil. La respuesta

pretende hallarse utilizando un nuevo método de atenta observación de la realidad, porque se parte de la convicción de que el Derecho mercantil si subsiste como Derecho especial es para regular adecuadamente las especiales exigencias que tal realidad plantea. Se pretende—en definitiva—obtener de la realidad el criterio esencial del Derecho mercantil, en torno al cual se delimita su contenido y que, además, permite formular su concepto. Surgen así, por obra de este método, las teorías que identifican el Derecho mercantil con el propio de los actos en masa y con el Derecho de la empresa. Veamos brevemente cada una de ellas.

A) *Teoría del Derecho mercantil como Derecho de los actos en masa.*

El nuevo método analiza una vigorosa realidad económica en la que—consecuencia directa de la floreciente revolución industrial—la producción y la distribución en masa implican—desde un punto de vista jurídico—la conclusión masiva o en serie de contratos con el exterior. Esta realidad demuestra a HECK que lo que caracteriza al sector de la actividad económica sometida al Derecho mercantil es, precisamente, la repetición en serie. Esta realidad cuantitativa produce—desde un punto de vista jurídico—el nacimiento de especiales exigencias e instituciones cuya regulación corresponde al Derecho mercantil, supuesta la insuficiencia del Derecho civil, que, o bien no las atiende adecuadamente, o bien desconoce las instituciones que tal actividad presupone (16).

La apreciación de HECK fué—a pesar de las críticas de WIELAND—ciertamente exacta, por haber comprendido que el Derecho mercantil es el propio de la actividad profesional, supuesto que la repetición en masa presupone la profesionalidad de su autor. La identificación entre Derecho mercantil y Derecho de los actos en masa permitió a HECK obtener tres conclusiones cuya validez es indiscutible. La primera, que el Derecho mercantil no surge cuando las exigencias del tráfico en masa son satisfechas por el Derecho común, como ocurrió en Roma y en el mundo sajón. La segunda, que el De-

(16) La posición de HECK está expuesta en su conocido estudio *Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht besonderes Handelsprivatrecht*, en «Archiv für die zivilistische Praxis», 1902, págs. 438 y sigs.

recho mercantil está en continua evolución, porque aparecen nuevas actividades cuyas exigencias imponen su inmediata regulación. Y la tercera, que el Derecho mercantil muestra una constante tendencia a la uniformidad, supuesto que tales exigencias son relativamente uniformes en todas las economías.

La teoría de los actos en masa—en opinión de GARRIGUES—acercó de nuevo a la doctrina a la verdadera esencia del Derecho mercantil, y la doctrina posterior se limitó—siguiendo los pasos de HECK— a elevarse desde la actividad en masa o profesional a la organización o al sujeto que la realizan.

Pues bien, este paso—que apunta claramente en LOCHER (17), seguidor de HECK—lo dió la teoría de la empresa.

B) *Teoría que identifica el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa.*

La teoría de la empresa traslada el criterio central del Derecho mercantil de la actividad en masa a la organización que la realiza. El primer autor que se fija en la empresa es ENDEMANN (18)—motivando una dura crítica de LABAND (19)—, pero el mérito de su formulación armónica corresponde a WIELAND (20). Parte también este

(17) En *Handel-Wechsel und Schiffahrtsrecht*, Berlin. 1931. I, págs. 1.180 y sigs. Descubre ya claramente este autor la íntima conexión que existe entre el tráfico en masa y la persona (empresario) que lo realiza. El tráfico implica unos conocimientos técnicos profesionales y unas exigencias que tan sólo poseen quienes se dedican a él en forma profesional. Carácter profesional que explica suficientemente la relevancia del uso para la interpretación y régimen jurídico de los actos realizados en masa.

(18) En su *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, 1865, I, págs. 62 y siguientes. Nosotros hemos consultado su tercera edición —de igual título—, que es de 1876. Para ENDEMANN la empresa es un «organismo de la vida económica que se sobrepone a la persona física que de ella es titular...». Apunta, pues, creemos que por primera vez en la doctrina, la «disociación» entre empresa y empresario.

(19) En su recensión a la obra de ENDEMANN, publicada en la ZHR, t. 8 (1865), págs. 643 a 649. Bajo el dominio del ADHGB parecía incomprensible a LABAND la construcción de ENDEMANN, por lo cual niega que la empresa sea un concepto primordial anterior y previo al del empresario. Niega «subjetividad» jurídica a la empresa y afirma que el comerciante continúa siendo el elemento esencial para el Derecho mercantil. Se inicia así, por obra de la crítica de LABAND, la polémica que llegará hasta nuestros días en un intento por dilucidar si la primacía sistemática y unitaria para el Derecho mercantil corresponde al empresario o a la empresa.

(20) Su pensamiento está expuesto en su *Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1931, I, págs. 114 y sigs.

autor de una atenta observación de la realidad, la cual le permite descubrir en el sector económico sometido al Derecho mercantil la presencia constante de la empresa. La realidad le obliga a formular un concepto económico de empresa—entendida como «aportación de capital y trabajo para la obtención de una ganancia ilimitada»—, si bien su mercantilidad dependerá de su explotación conforme a un plan que permita el cálculo racional del resultado económico. Por ello para WIELAND—quien postula un concepto subjetivo del Derecho mercantil— éste tiende a convertirse en el ordenamiento profesional de las empresas, es decir, de las empresas y de su tráfico. Para este autor, el criterio esencial que permite definir y delimitar el contenido del Derecho mercantil es, pues, la empresa entendida en sentido económico.

Mossa parte de las ideas de WIELAND y reafirma la concepción que postula la identificación entre Derecho mercantil y empresa. La empresa—en sentido económico—y la actividad que ésta desarrolla exigen un Derecho especial: el Derecho mercantil (21). Pero el maestro de Pisa añade a la aportación de WIELAND una tarea de difícil realización. Al decir que el Derecho mercantil es el propio de las empresas *mercantiles* y al reconocer que pueden existir empresas civiles, agrarias, administrativas, pecuarias, forestales y mineras, carga sobre sí la difícil tarea—realmente insoluble—de determinar la mercantilidad de la empresa. Para ello recurre a tres criterios: a la *forma externa* de manifestarse, a la presencia de una *organización comercial* y al *volumen de la actividad*. Realmente—como puso ma-

(21) El pensamiento de Mossa está disperso en un considerable número de trabajos dedicados al tema, de los que, a veces, es ciertamente difícil sintetizar su opinión. De la obra de Mossa dedicada al tema nos limitamos a mencionar las obras fundamentales. Inició su aportación con la recensión al *Handelsrecht* de WIELAND, publicada en RDC, 1921, I, págs. 283 y sigs. Después su pensamiento se encuentra reiteradamente en: *Il problemi fondamentali del Diritto commerciale*, RDC, 1926, I, págs. 235 y sigs.; *Per il nuovo Codice di commercio*, RDC, 1928, I, págs. 16 y sigs.; *L'impresa nell'ordine corporativo*, Florencia, 1935; *Il diritto alla impresa*, Pisa, 1933; *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, RDC, 1946, I, págs. 105 y sigs.; *Scienza e metodi del Diritto commerciale*, RDC, 1941, I, págs. 97 y sigs.; *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, I, Milán, 1942; *Diritto del lavoro, diritto commerciale e codice sociale*, RDC, 1945, I, págs. 39 y sigs.; *Significación del nuevo Derecho mercantil europeo*, RDM, 1946, págs. 7 y sigs.; *Diritto commerciale, Diritto dell'economia e Diritto sociale*, NRDC, 1947, págs. 1 y sigs. Sin embargo, una síntesis de su pensamiento al respecto puede consultarse en el trabajo de CASANOVA, *Prospettive ideali del Diritto dell'economia nel pensiero di L. Mossa*, NRDC, págs. VII y sigs.

gistralmente de manifiesto el profesor RUBIO (22)—, la discriminación de las empresas mercantiles es—desde un punto de vista jurídico—tarea imposible. Sobre este punto nos detendremos posteriormente.

Formulada así la teoría de la empresa se produce su recepción en las doctrinas alemana, italiana, francesa y española, así como en el Código civil italiano de 1942. Merced a esta recepción, el tema del concepto del Derecho mercantil se hace polémico, y las dispares construcciones de la doctrina italiana, así como los excesos conceptuales en que ésta incurre, hacen exclamar a ASQUINI que «... potrebbe accadere che il giurista finisca col chiedersi se l'impresa veramente esista...» (23), y a FERRARA que «... la teoria dell'impresa sembra proprio che corra dietro y fantasmi. Già manca addirittura di base e sta sviluppata nell'equivoco» (24).

La teoría de la empresa plantea una compleja problemática. Ahora con afán de síntesis, y limitada nuestra exposición al tema del concepto, es necesario decir que cuando la doctrina afirma que el Derecho mercantil es el derecho de la empresa, o que ésta es el criterio esencial para delimitar su contenido, parte de dos conceptos distintos de lo que es la empresa: 1) Según el primero, la empresa es la organización de capital y trabajo para realizar una actividad económica, con lo cual se parte del concepto económico de la empresa. 2) Según el segundo, empresa es la *actividad* profesional y organizada del empresario dirigida a la producción o distribución de bienes y servicios, con lo cual se parte de un concepto jurídico de empresa que es ciertamente distinto del económico.

Las dos construcciones que parten de distintos conceptos de empresa nos parecen criticables. Veamos por qué.

Quienes para identificar el Derecho mercantil con el derecho de la empresa parten del concepto económico de empresa—como es el caso de WIELAND y de MOSSA—, no se percatan de que—como ha puesto de manifiesto el profesor GARRIGUES (25)—para ser exacta esta

(22) En su artículo *Sobre el concepto del Derecho mercantil*, RDM. 1957, número 12, págs. 339 y sigs.

(23) *Sulle nuove posizioni del Diritto commerciali*, RDC, 1942, I, pág. 65.

(24) El pensamiento de FERRARA (Jr.), así como las afirmaciones que recogemos en el texto, están expuestos en un breve pero profundo estudio, titulado *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo Codice civile*, RDC, 1941, I, páginas 47 y sigs.

(25) Cfr *Qué es y qué debe ser* .. cit., págs. 38 y sigs.

proposición conceptual deberían ser mercantiles, es decir, formar parte del contenido de nuestra disciplina, todas las disposiciones que inciden sobre la empresa. El concepto así propuesto no es exacto, porque la empresa en sentido económico está integrada por capital y trabajo y al Derecho mercantil no corresponde la regulación del trabajo, sino al Derecho laboral. En definitiva, el Derecho mercantil se detiene ante la organización interna de la empresa.

La exactitud de esta afirmación se comprueba por tres datos que nos procura el Derecho positivo. En primer lugar, la E. de M. de la Lsa. responde a quienes querían aprovechar su promulgación para reformar las relaciones del capital y del trabajo en el seno de la Sociedad Anónima, diciendo que al Derecho mercantil no incumbe esta tarea. En segundo lugar, cuando la Ley de 21 de julio de 1962 resuelve este problema concediendo la intervención del trabajo en la dirección de la Sociedad Anónima, la reforma repercute en el Derecho mercantil, pero no puede afirmarse que esta ley forme parte de su contenido. El tercer dato nos lo procura el libro V del Código civil italiano, en el que en parte se consagra la concepción corporativa de la empresa vigente en el momento de su promulgación. Si la empresa es el criterio esencial del Derecho corporativo, el legislador italiano se vió obligado a incluir en el Código civil normas de Derecho público que afectan a la empresa y pertenecen al Derecho económico y cuyo rango es quizá constitucional; normas del Derecho laboral—pues también éste incide sobre la empresa—, normas de Derecho agrario y normas de Derecho industrial, al lado de las estrictamente mercantiles. La pretensión del legislador italiano fué —sin duda—articular así el total derecho de la empresa, pero ¡cuán lejos está su contenido de corresponder íntegramente con el del Derecho mercantil! En definitiva, no todo el derecho de la empresa es Derecho mercantil.

Quienes para impedir las anteriores objeciones afirman que el Derecho mercantil es el derecho de la empresa, entendida ésta como «actividad profesional y organizada del empresario», formulan un concepto jurídico de empresa distinto del económico, proceder que en nuestra opinión plantea dos problemas fundamentales (26).

(26) Como es sabido, esta es la opinión que prevalece en la doctrina italiana, la cual se apoya en el concepto de empresa aparentemente utilizado por el legislador en el «Codice civile» de 1942. Entre otros, participan de esta opi-

En primer lugar, para obtener el concepto del Derecho mercantil no parece metodológicamente correcto formular un concepto jurídico de empresa distinto del económico, es decir, del que nos procura la realidad para finalmente sobre él definir el Derecho mercantil. La empresa es una célula de la organización económica de gran complejidad para el Derecho, pues en ella convergen distintos elementos, públicos y privados; distintos sujetos, empresario, obreros y empleados; distintos elementos patrimoniales de diversa naturaleza; y además sobre sus elementos personales inciden derechos y deberes de clase y naturaleza diversa. Por todo ello la empresa está sometida a varias ramas del Derecho público y privado, según el elemento interés o parcela que a cada una corresponde regular. Habida cuenta de estas consideraciones, conviene preguntarse si ello justifica que el concepto de empresa sea distinto para cada disciplina jurídica, según el sector concreto cuya regulación le incumbe. Metodológicamente no nos parece admisible formular tantos conceptos distintos de empresa cuantas disciplinas converjan sobre ella. La empresa es un sector de la realidad que al Derecho corresponde regular unitariamente, y del que éste debe formular un concepto que sea válido para todas las disciplinas jurídicas, si bien a cada una de éstas corresponde regular una parcela del íntegro fenómeno que es la empresa. La empresa no puede ser una cosa para el Derecho civil, otra distinta para el Derecho mercantil, administrativo, laboral, penal, etcétera. La empresa tiene que ser una sola, porque una es en la realidad, y su concepto debe ser válido para todas las disciplinas jurídicas, al igual que el concepto jurídico de familia es el mismo para todas las disciplinas jurídicas.

En segundo lugar, conviene averiguar qué es lo que realmente se afirma cuando postulando la ecuación del Derecho mercantil y del Derecho de la empresa se identifica ésta con la actividad profesional del empresario. Decir que la empresa es la actividad del empresario recuerda el intento de quienes para salvar la adecuación entre el comercio en sentido económico y el Derecho mercantil postularon un concepto jurídico de comercio distinto del económico. En reali-

nión: CARNELUTTI, *Sulle nuove posizioni del Diritto commerciale*, RDC, 1942, I, págs. 68 y sigs.; MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, I, págs. 330 y 332; FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, Nápoles, pág. 26; ASCARELLI, *Lezioni di Diritto commerciale*, Milán, 1955, págs. 101 y sigs. La misma posición sigue URÍA, *Derecho mercantil*, 3ª ed., Madrid, 1962, págs. 6 y 30.

dad, esta construcción conceptual viene a decir que el Derecho mercantil es el destinado a regular la actividad profesional... del empresario, lo cual, siendo realmente exacto, nos conduce de nuevo a la teoría de los actos en masa.

Por todas estas razones no podemos admitir—como tampoco lo admite el profesor GARRIGUES (27)—las tesis que identifican el Derecho mercantil con el derecho de la empresa, se parta para ello de un concepto económico o de un concepto jurídico de empresa. Porque esta identificación no responde a la realidad y es, además, imprecisa. No significa ello, sin embargo, como veremos, que la empresa en sentido económico no sea relevante para el Derecho mercantil, pues, por el contrario, su importancia es esencial. El error de la doctrina que ha puesto en ella su atención casi exclusiva, radica, en nuestra opinión, en haberla utilizado como *criterio delimitador* de esta disciplina, cuando en realidad su virtualidad se limita a calificar parte de su contenido.

IV. NUESTRO CONCEPTO.

Partiendo de estas ideas, creemos, pues, llegado el momento de formular nuestro propio concepto. En esta tarea creemos aportar alguna luz personal al tema del concepto del Derecho mercantil¹, el cual no es una cuestión meramente académica, sino de gran trascendencia, porque de él depende en realidad la solución del futuro contenido de la codificación mercantil.

Ahora bien, la formulación del concepto presupone:

- a) Una decantación de la realidad, para obtener de ella los criterios esenciales que justifican la subsistencia del Derecho mercantil.
- b) Una rigurosa delimitación de su contenido.
- c) La resolución del problema de las relaciones del Derecho mercantil con el Derecho civil.

Mas para todo ello es imprescindible exponer—aunque sea brevemente—las repercusiones de lo que se ha denominado unificación del Derecho de obligaciones sobre el Derecho mercantil y analizar

(27) Esta es la posición mantenida en el *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1962, 4.ª ed., I. pág. 21.

—además—el contenido del Derecho mercantil, porque de las conclusiones que obtengamos surgirá el concepto de la disciplina.

A) *La unificación del Derecho de obligaciones.*

Hemos visto cómo el proceso de generalización de principios e instituciones mercantiles redujo el contenido del Código alemán de 1897. Este fenómeno, lejos de decrecer, ha aumentado su vitalidad, y así en la actualidad se ha producido un considerable proceso de «generalización del Derecho mercantil» o de «comercialización del Derecho civil». Este fenómeno, que ya ha repercutido en el Derecho privado codificado inglés, alemán, suizo e italiano, se exterioriza—en opinión del profesor GARRIGUES (28)—por tres datos esenciales: a) por una emigración de normas e instituciones mercantiles al Código civil; b) por una difusión del espíritu comercial a todas las clases sociales, y c) por una real postergación de los contratos civiles que se ven desplazados por sus homónimos mercantiles.

Estos fenómenos determinan desde un punto de vista legislativo la unificación total o parcial del Derecho mercantil con el Derecho civil, como ha ocurrido en el Código civil suizo y en el Código civil italiano. Ante estos datos, que hacen imprescindible la atención del mercantilista, es necesario preguntarse si se pone o no en entredicho la propia subsistencia del Derecho mercantil.

Para obtener una respuesta es necesario analizar los efectos que las causas apuntadas producen en los diversos sectores que integran el contenido tradicional del Derecho mercantil.

Y así vemos que respecto al *estatuto del empresario mercantil* la evolución económica y los fenómenos analizados demuestran no sólo la necesidad de su subsistencia, sino la de su robustecimiento. La actividad en masa que éstos realizan, el gran número de relaciones jurídicas que conciertan, el constante recurso al crédito y la titularidad de una empresa como instrumento necesario para realizar su actividad, exigen hoy más que nunca la existencia de un *status* para los empresarios, cuyo contenido debe facilitar el ejercicio de estas actividades, y al mismo tiempo debe proteger el crédito que se

(28) En *Qué es y qué debe ser...*, cit. pág. 52, y especialmente en su conferencia *Derecho civil y Derecho mercantil*, pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid en 1962 y aún inédita.

le concede, así como a los terceros que por diversas causas establecen con él relaciones.

En cuanto a la teoría general de las obligaciones mercantiles, aún presente en nuestro Código de comercio, el problema es ciertamente más interesante, pues los fenómenos enunciados demuestran la emigración al Código civil de los principios especiales nacidos en la contratación mercantil, como ha ocurrido en el Código civil italiano, en el suizo y en parte en el alemán. Parece, pues, que la tendencia general indica la supresión de las especialidades mercantiles y la aparición de una única teoría general de obligaciones que completada por los principios que fueron mercantiles sería aplicable tanto a las relaciones mercantiles como a las tradicionalmente civiles.

No podemos ocultar, sin embargo, que estas afirmaciones ofrecen ciertos reparos a ASQUINI y a MOSSA, en cuya opinión la contratación en masa de las grandes empresas determina la aparición de nuevos principios o normas especiales que no son necesarios, por el contrario, para los contratos que estipulados entre particulares no participan de las mismas exigencias (29). Están pensando estos autores en ciertas especialidades de régimen o de interpretación que puede plantear la contratación de formularios; en la presencia de las condiciones generales en gran parte de los contratos de empresa; en la necesaria protección al particular que contrata en régimen de inferioridad ante la gran empresa; en ciertas exigencias de bondad intrínseca que deben concurrir en los contratos de colaboración entre empresas, y, en definitiva, en el posible nacimiento de una nueva teoría general de obligaciones únicamente aplicable a los contratos de empresa.

En cuanto a las repercusiones de los fenómenos indicados sobre la regulación positiva de los diversos tipos de contratos, la tendencia de la doctrina y del Derecho comparado parece clara, en el sentido de hacer desaparecer la duplicidad de tratamiento—civil y mercantil—de ciertos contratos, contenida en los Códigos civiles y de comercio, para reducirla a unidad. La observación de nuestro Derecho privado nos descubre la presencia de tres tipos fundamentales de

(29) Es ciertamente interesante la opinión manifestada en el sentido expuesto en el texto por ASQUINI, *Il Diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, RDC, 1941, I, págs. 437 y sigs. En un sentido análogo puede consultarse la opinión de MOSSA, en *La nuova scienza del Diritto commerciale*, RDC, 1941, I, págs. 446 y sigs.

contratos. Los que pueden ser estipulados tanto por empresarios en el ejercicio de su empresa como por quienes no poseen esta condición (por ejemplo, el contrato de compraventa). Los que presuponen que al menos una parte necesariamente debe ser empresario (por ejemplo, el contrato de seguro) y aquellos que exigen esta condición en ambas partes (por ejemplo, consorcio o el contrato de suministro y agencia). Pues bien, el problema de la unificación del régimen jurídico de los contratos se plantea sólo respecto a los primeros contratos. Y creemos que se camina hacia la unificación de su régimen positivo, con predominio de los principios mercantiles que determinaron su dicotomía de regulación en un determinado momento histórico. En definitiva, el proceso de «generalización del Derecho mercantil» o de «comercialización del Derecho civil» impone de *lege ferenda* la regulación única y no doble de todos los contratos de Derecho privado. Conclusión que no se opone—como veremos—a la subsistencia de ciertos contratos mercantiles.

Los fenómenos jurídicos apuntados influyen también en *ciertas instituciones jurídicas* tradicionalmente mercantiles, como es el caso de la letra de cambio y las operaciones bursátiles, haciéndolas de uso general, así como *en el espíritu de lucro* que siendo tradicional de los comerciantes se ha difundido en todas las clases sociales, por lo cual, realmente, deja de ser esencial—aunque sea determinante—para el Derecho mercantil (30).

Analizada la incidencia de los fenómenos expuestos sobre el ámbito tradicional del Derecho mercantil, es necesario preguntarse si todos ellos han producido la unificación total o parcial del Derecho privado, es decir, si el Derecho mercantil continúa poseyendo autonomía científica o si, por el contrario, ha dejado íntegramente de ser un Derecho especial respecto del Derecho civil. Pues bien, quienes como MOSSA o ASQUINI afirman la subsistencia de una especial teoría general de obligaciones para los contratos de empresa, deben reconocer la especialidad y la autonomía, la cual puede predicarse incluso aunque aquélla no se admita. La unificación del Derecho de obligaciones y contratos producirá—como afirman GARRIGUES, HOUIN

(30) En este sentido es interesante la aportación de VAN RYN, *Autonomie nécessaire et permanence du Droit commercial*, RTDC, 1953, págs. 574-5, en cuya opinión el espíritu de lucro no define, ni siquiera delimita, al Derecho mercantil moderno

y Tunc (31)—una reducción del ámbito tradicional del Derecho mercantil, pero no harán desaparecer íntegramente la especialidad de nuestra disciplina. La unificación será, pues, parcial y no total, porque la observación del Derecho privado nos demuestra la existencia de dos sectores, delimitados por la presencia de un empresario, de una empresa y de unos contratos que presuponen necesariamente en una o en ambas partes la presencia de estos elementos. En definitiva, subsiste un sector del Derecho privado que se justifica y aplica por la presencia de unos sujetos, de unas organizaciones y de unas actividades determinadas.

Quizá por ello mismo se ha afirmado que la especialidad del Derecho mercantil se predica en un sentido distinto al decimonónico, presente en la codificación que sigue al modelo francés, o, en definitiva, que la nueva especialidad surge *por razón de la materia*.

B) *Examen del contenido del Derecho mercantil.*

El doble método de investigación utilizado nos ha permitido comprender la profunda transformación de la realidad económica sometida al Derecho mercantil, y la renovación por ella producida en el Derecho privado. Los efectos que una y otra han generado son: un considerable robustecimiento del ejercicio profesional de ciertas actividades económicas; una nueva impronta subjetivista y profesional para el Derecho mercantil; una generalización de principios e instituciones mercantiles, que al convertirlas en civiles ha determinado la reducción del ámbito tradicional de esta disciplina, con lo cual ésta gana en cohesión y coherencia sistemáticas; y, finalmente, la aparición de una nueva especialidad para el Derecho mercantil como rama o sector del Derecho privado.

(31) La tesis de la reducción de la materia mercantil por obra de la unificación del derecho de obligaciones ha sido propuesta por GARRIGUES, *Que es y qué debe ser...* cit., págs. 56-58. La encontramos igualmente en el pensamiento de HOUIN (R.), expuesto en su ponencia *L'unification interne du Droit privé en France*, en *L'unification interne*, cit., París, 1954, pág. 108; y de ella participa también Tunc, igualmente en la publicación *L'unification interne du Droit privé*, cit., págs. 113 y sigs. Es necesario decir, desde ahora, que esta «reducción» del contenido del Derecho mercantil se compensa con la aparición y el auge de nuevos sectores y ramas de esta disciplina destinados a regular y a satisfacer exigencias y necesidades que tienen su origen en el tráfico industrial en masa. Como son el Derecho de la propiedad industrial, el Derecho de las uniones de empresas y prácticas restrictivas.

Por todo ello, y para formular el concepto sustancial del Derecho mercantil, es necesario tener presente—como hizo a su vez el legislador alemán de 1897—que en el Derecho privado el fenómeno de «generalización» de nuestra disciplina ha producido un efecto de decantación, en virtud del cual el nuevo contenido del Derecho mercantil se libera de ciertos residuos históricos que dogmática y sistemáticamente no deben formar parte de él, puesto que han dejado de ser especiales.

Por estas razones, la observación de la realidad nos demuestra que el contenido del Derecho mercantil se estructura en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos. Las especialidades que todos ellos hacen surgir, inexistentes en el resto del Derecho privado, justifican, además, la especialidad de la disciplina.

Veamos, pues, el significado y el contenido de cada uno de ellos.

1. *El empresario mercantil* es el elemento personal especialmente relevante, el cual puede definirse como «persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otros ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o distribución de bienes o servicios». La especialidad de este sujeto, frente a los restantes del Derecho privado, le viene atribuida por el hecho de realizar profesionalmente y en forma organizada, es decir, por medio de una empresa, una actividad económica. Mas desde un punto de vista jurídico, se justifica la especialidad del sujeto y su inclusión en el Derecho mercantil por el hecho de que el ordenamiento positivo le atribuye un *status* especial por razón de la actividad que explota y del método y la forma mediante los cuales la realiza. La existencia de tal estatuto se justifica por tres condiciones: 1.^a porque la actividad en masa que realiza impone determinadas exigencias que—en parte—el contenido del estatuto pretende resolver; 2.^a porque tal actividad se nutre especialmente del crédito y de la confianza ajenos; 3.^a porque los terceros y el crédito concedido se ven afectados por el resultado próspero o adverso de aquella actividad. Es, pues, en beneficio del empresario y en protección de los terceros por lo que se le dota de un estatuto especial.

Conviene plantear, sin embargo, dos cuestiones fundamentales. La primera se limita a preguntar cuándo estaremos en presencia de un

empresario. La segunda, cuándo este empresario será mercantil. Respecto de aquélla, cuando para realizar una actividad económica disponga de una empresa en sentido económico, o cuando—en el caso de los empresarios colectivos—adopten la forma social que imperativamente se califica como mercantil. La segunda pregunta plantea el problema de los impropriamente llamados «pequeños empresarios», de los hasta ahora denominados *empresarios «civiles»* por razón de la naturaleza de la actividad que desarrollan y de los *empresarios públicos*. Pues bien, los pequeños empresarios (artesanos, pequeños comerciantes y campesinos) no deben ser calificados como empresarios mercantiles, a pesar de realizar una actividad económica, supuesto que no utilizan una verdadera empresa en sentido económico, y, sobre todo, porque la escasa cuantía de su actividad con terceros no hace realmente necesaria la atribución de aquel *status* al que nos referíamos. La distinción entre empresarios civiles o mercantiles, según la naturaleza de la actividad que desarrollan, no debe subsistir, y precisamente el haberla mantenido es uno de los errores más criticables del Código civil italiano de 1942. La mercantilidad del empresario debe depender de dos criterios: de ser titular de una empresa y de la forma y el método como realice su actividad económica. Cuando ambas circunstancias imponen la necesidad de atribuirles un *status* especial nos encontraremos ante un verdadero empresario mercantil, cualesquiera que sea la naturaleza de la actividad que realice. De más difícil resolución es el problema de los llamados empresarios públicos, los cuales, como se sabe, son cada día más numerosos. Pues bien, respecto de éstos, cuando concurren los requisitos anteriores, debe predicarse su naturaleza mercantil, a menos que en virtud de disposiciones administrativas especiales no les sea aplicable el estatuto especial de los empresarios mercantiles (32).

(32) La realización de las actividades mercantiles e industriales por el Estado o por otros Entes públicos menores, mediante la creación de las correspondientes empresas, plantea considerables e interesantes problemas jurídicos de los que se han ocupado extensamente los administrativistas españoles y extranjeros. Pero es evidente que el fenómeno no interesa exclusivamente a éstos, sino también en forma muy intensa a los cultivadores del Derecho mercantil, precisamente porque, normalmente, al empresario titular de tales empresas se le dota de la forma de Sociedad Anónima o de responsabilidad limitada. Este fenómeno plantea al mercantilista tres órdenes de problemas: a) si son o no verdaderos empresarios mercantiles; b) si las sociedades de estructura capitalista que se constituyen para imputar la titularidad de tales empresas públicas son o no verdaderas sociedades mercantiles; y c) si la ac-

Tenemos así, pues, definido ya el primer elemento personal que justifica la subsistencia del Derecho mercantil, y delimitado el primer sector de su contenido, que será el del empresario mercantil y su estatuto especial.

2. *La empresa y su contenido.*

El segundo elemento que justifica la subsistencia del Derecho mercantil y delimita su contenido es la empresa. El estudio de su significado jurídico nos ha permitido obtener las siguientes conclusiones de las que partimos necesariamente:

1.^a Que el concepto jurídico de empresa coincide sustancialmente con el económico, por lo cual puede definirse como aportación de capital y trabajo para la realización de una actividad económica (33).

2.^a Que—como han comprendido GARRIGUES y GIERKE—para la formulación del concepto del Derecho mercantil es irrelevante el tema de la naturaleza jurídica de la empresa, como es irrelevante la naturaleza de la familia para el concepto del Derecho civil, ya que el tema de su naturaleza jurídica sólo es operativo para resolver su posible régimen jurídico (34).

tividad externa de tales empresas públicas ha de someterse íntegramente a las prescripciones del Derecho civil y mercantil en punto a la teoría general de las obligaciones y contratos. En este trabajo sólo nos interesa la primera cuestión, la cual entendemos que debe resolverse según los criterios enunciados en el texto. En todo caso, sobre estos problemas puede consultarse: GIRÓN TENA, *Las empresas públicas*, Arbor, 1947, y *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942; HOUIN (R.), *La gestion des entreprises publiques et les methodes du Droit commercial*, en «Archives de Philosophie du Droit», nouvelle serie, París, 1952, págs. 79 y sigs.; RIVERO (J.), *Le regime des entreprises nationalisées et l'evolution du Droit administratif*, en «Archives», cit., págs. 147 y siguientes; STRICKRODT (J.), *Die Gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung*, Tübingen, 1954; LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise publique*, en «Études offertes à G. Ripert», II, págs. 926 y sigs.; ARENA, *La società commerciali pubbliche*, Milán, 1940; OTTAVIANI (V.), *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, RTD Publico, 1962, págs. 123 y siguientes; BREDIN, *L'entreprise publique et semipublique*, París, 1960.

(33) Por las razones brevemente expuestas en la página 18.

(34) Al analizar el problema de la naturaleza jurídica en la empresa, pone de manifiesto con toda claridad GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, 4.^a edición, I, pág. 137, y *Tratado*, I-1, pág. 255) que la doctrina se lo plantea precisamente para dilucidar las múltiples cuestiones de régimen jurídico que surgen del hecho de que la empresa es objeto de tráfico jurídico. La distinción entre el concepto y la naturaleza jurídica de la empresa creemos que también ha sido comprendida por GIERKE en su trabajo *Das Handelsunternehmen*, ZHR, 1947, págs. 9 y sigs.

3.^a Que la empresa, considerada como organización de factores de diversa naturaleza, es algo de lo que el empresario se sirve instrumentalmente para realizar una actividad económica, por lo cual para la formulación del concepto debe ponerse el acento en aquél y no en ésta.

4.^a Que la empresa no sirve por sí sola para *delimitar el contenido del Derecho mercantil*, supuesto que la mayor parte de su régimen jurídico pertenece a varias disciplinas y especialmente al Derecho laboral.

5.^a Que la empresa sirve, sin embargo, como elemento externo para calificar cuándo nos encontramos ante un empresario y ante una actividad mercantiles, supuesto que en la Economía moderna es el hecho de realizar una actividad por medio de una empresa, la que hace surgir exigencias *sui generis*, cuya satisfacción supone la especialidad del estatuto del sujeto agente y de las normas que rigen aquella actividad.

Es claro, pues, que para nosotros la empresa es el segundo de los elementos que justifican la subsistencia del Derecho mercantil, porque como decía WIELAND, la observación del sector de la realidad que debe estar sometida al Derecho mercantil nos demuestra su presencia constante. Esta presencia hace que en el contenido del Derecho mercantil tenga cabida el régimen especial que surge como consecuencia de que la empresa—como organización instrumental de gran valor—sea objeto del tráfico jurídico, así como las instituciones y principios que tienden a tutelarla como tal objeto de tráfico jurídico. Pero no forman parte de nuestra disciplina, ni el régimen de convivencia o de transmisión de las relaciones laborales que forman parte—y ciertamente esencial—de la empresa, ni el régimen de la mayor parte de los bienes y derechos que integran el factor patrimonial de la empresa, pues éste pertenece al Derecho civil.

3. *La actividad del empresario realizada por medio de una empresa* es el tercer criterio o elemento que justifica la especialidad del Derecho mercantil y que, además, delimita su contenido.

Tal actividad puede contemplarse desde una perspectiva económica o desde una perspectiva jurídica. Según la primera, la ac-

tividad del empresario se concreta en una serie de actos dirigidos a la creación de la propia empresa, o bien en la actividad de producción o mediación de bienes y servicios que con ella se realiza. Según la perspectiva o criterio jurídico, la actividad del empresario por medio de empresa es relevante para el Derecho mercantil, porque al ser profesionalmente realizada atribuye al sujeto agente un *status* especial; porque para hacerla posible surgen principios e instituciones también especiales y, finalmente, porque la explotación de esta actividad se concreta en la realización de un conjunto de actos y en la estipulación de negocios jurídicos con sujetos que por razón de su actividad se ponen en relación con el empresario.

Ahora bien, el análisis de la realidad estrictamente jurídica nos descubre las siguientes observaciones. En primer lugar, que para el Derecho mercantil debe ser irrelevante el criterio de la naturaleza de la actividad, supuesto que toda actividad económica realizada organizada y profesionalmente, es decir, por medio de una empresa, atribuirá al sujeto agente el *status* de empresario mercantil, dado que lo relevante es la forma y el método según los cuales tal actividad se realiza, como han sabido comprender nuestras Lsa. y Lsrl. En segundo lugar, que la titularidad o imputabilidad de las relaciones jurídicas que el ejercicio de esta actividad ocasione, así como sus resultados prósperos o adversos corresponden al empresario y no a la empresa, dato que es especialmente importante en el momento de elaborar el concepto de nuestra disciplina. Y en tercer lugar, que de los contratos por medio de los cuales se realiza la actividad económica del empresario, sólo serán mercantiles aquellos que presupongan necesariamente la presencia de un empresario y de una empresa.

Partiendo, pues, de que la actividad económica profesionalmente realizada es el tercer elemento de la realidad que delimita el sector sometido al Derecho mercantil, parece necesario examinar aquel contenido de nuestra disciplina que surge para satisfacer las exigencias que el ejercicio de esta actividad plantea. En este sentido, ocupa un lugar preeminente el régimen mercantil de los llamados auxiliares del empresario, los cuales, si en sentido económico forman parte de la empresa, son elementos personales que auxilian e incluso sustituyen al empresario en su actividad profesional. También los signos distintivos y especialmente el *nombre comercial* y las *marcas* son

instituciones mercantiles que surgen para individualizar al empresario como sujeto que interviene en el tráfico y a los productos cuya distribución justifica la actividad económica externa de este sujeto. De gran interés para esta actividad es el principio de la libertad de competencia, cuya formulación, si bien es de rango constitucional, constituye el fundamento de instituciones típicamente mercantiles, como son la *competencia ilícita*, entendida en sentido amplio, y el régimen jurídico-privado de las impropriadamente llamadas *uniones de empresas*, instituciones cuyo objeto inmediato es proteger la actividad económica de los empresarios y establecer los límites dentro de los cuales tal actividad debe desarrollarse. De este contenido forman parte también ciertos títulos valores que como el cheque, el conocimiento de embarque, la carta de porte y los resguardos de almacenes generales de depósito, no sólo hacen posible la actividad económica de ciertos empresarios, sino que presuponen necesariamente su presencia en el ejercicio de una empresa.

Y, finalmente, queda por dilucidar qué contratos formarán parte del contenido del Derecho mercantil, a cuyo efecto conviene recordar que la observación de nuestro Derecho privado nos permitió formular dos conclusiones: la primera es que de *lege ferenda* era deseable instaurar un régimen único para todos los contratos, suprimiendo la dicotomía de tratamiento—civil y mercantil—de algunos de ellos; y la segunda, que existen tres categorías de contratos: los que pueden ser utilizados indistintamente por empresarios o por quienes no lo son, los que presuponen necesariamente la presencia de un empresario en una de las partes y, finalmente, los que exigen que ambas partes sean empresarios.

Pues bien, la naturaleza mercantil sólo puede predicarse de estos dos últimos grupos de contratos, los cuales—como ha afirmado recientemente el profesor GARRIGUES (35)—forman parte del «fondo inalienable» del Derecho mercantil, y cuya adscripción a esta disciplina se debe—en nuestra opinión—a dos causas. En primer lugar, a ser instrumentos mediante los cuales se realiza la actividad de tales empresarios, supuesto que presuponen necesariamente su presencia de forma que no pueden utilizarse por quienes no lo son, y especialmente porque en ellos concurren singulares exigencias que

(35) En *Qué es y qué debe ser...*, cit., págs. 58-59.

—justificando su régimen concreto—surgen precisamente porque son concluidos en masa, es decir, por la presencia de un empresario y de una empresa.

C) *Concepto.*

Una vez examinadas las causas económicas, así como los efectos jurídicos que produce en el Derecho privado la «generalización» del Derecho mercantil; y analizado brevemente el contenido de nuestra disciplina, parece necesario formular un concepto que comprenda fielmente la realidad, resalte los elementos que justifican la especialidad de la disciplina y, además, expliquen su fundamento.

Pues bien, si el contenido del Derecho mercantil descubre la presencia constante del empresario, de la empresa y de la actividad conjunta de ambos, y la empresa no sirve por sí sola para delimitar ni para definir el ámbito de nuestra disciplina porque su íntegra regulación no corresponde al Derecho mercantil, para definir esta disciplina será necesario partir del empresario y de la actividad, sin desconocer que la empresa es el dato externo que permitirá, al modo del vigente artículo 3.º del Código civil, presumir la mercantilidad de uno y otro. Por todo ello, el Derecho mercantil podemos definirlo diciendo que es «el ordenamiento propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa», con lo cual se reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, y se acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas poseen de exacta comprensión de la realidad, se resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica que se inicia con LABAND, KRAUSE y SCHÖNFELD (36), y, en definitiva, se afirma de nuevo que el Derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y de actos, como lo fué en sus orígenes.

M. BROSETA PONT,

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad de Valencia.

(36) Para la opinión de LABAND, puede consultarse la recensión a ENDEMANN indicada en la nota 18 de este trabajo. La opinión de KRAUSE está expuesta en los artículos citados en la nota 4, y, finalmente, la de SCHÖNFELD puede encontrarse en la obra de VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, RDC, 1958. I, páginas 112 y sigs.