

# Colisión intraestatal de Ordenamientos

## Derecho civil y Derecho mercantil

### Normas de conflicto

LUIS FIGA FAURA, Notario

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—II. LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL DERECHO COMPARADO: A) *Los actos de comercio en el Código francés.* B) *Los actos de comercio en el Código alemán.* C) *Naturaleza de los problemas resueltos por los Derechos francés y alemán: norma general:* a) Definición de “comerciante”. b) Actos subjetivamente mixtos. c) Actos objetivamente mixtos o unilaterales. d) Actos accesorios. e) Actos atípicos. D) *La solución de los Código francés y alemán al problema de la colisión de ordenamientos.*—III. LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL: A) *Normas fundamentales.* B) *La doctrina.* C) *Crítica.* D) *El Código de comercio de 1829.* E) *El Código de Comercio de 1885.* F) *El apartado segundo del artículo 2.º del Código de comercio:* a) Los actos comprendidos en el Código; b) y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

I.—*Antecedentes históricos.*—No es necesario repetir que la especialidad o singularidad que, desde el siglo XI en las colonias de Levante y desde el siglo XIII en Occidente, caracterizó el tratamiento jurídico de la actividad mercantil fue de naturaleza procesal. Los litigios originados por el tráfico comercial se resolvían ante los Consulados de Mar y, más tarde, ante los Tribunales de Comercio por los propios comerciantes por la vía sumaria —*sine strepitu et figura iudicii*— y utilizando la *equidad* como único criterio.

La especialidad procesal desembocaba, por tanto, en una no menos importante especialidad material o sustantiva: el pleito comercial se resolvía ante una jurisdicción distinta, unos jueces diferentes y aplicando una normativa —unos *usos* reconocidos o creados por la equidad mercantil— que poco parecido tenía con la contenida en el *ius commune*. De ahí la trascendencia que siempre tuvo el deslinde o separación de aquellas cuestiones que podían —o debían— ser sometidas a tales Tribunales respecto de aquellas otras cuya solución correspondía a otra jurisdicción —la ordinaria o civil— cuyas normas procesales y fuentes normativas llevaban consigo una inevitable lentitud absolutamente incompatible con la actividad comercial.

El problema tenía un aspecto político y un aspecto técnico. Respecto de lo primero baste recordar que fue constante la pugna entre el estamento mercantil y la jurisdicción ordinaria y que su solución no sólo fue distinta según los lugares, sino que, en un mismo lugar, cambió con frecuencia al compás de los vaivenes políticos. Desde el régimen vigente en aquellas ciudades —como parece ser el caso de Génova— que no conocieron la jurisdicción mercantil hasta aquéllas —como Pavía— en que ésta absorbió no sólo los pleitos entre comerciantes, sino incluso aquéllos en que sólo era comerciante el demandado, se dieron todas las variantes posibles. Más interés tiene el segundo aspecto —el aspecto técnico—, porque, aun admitida políticamente una determinada solución, quedaba el problema de formularla adecuadamente; y es precisamente en este punto donde, desde los primeros Estatutos italianos, se topó con dificultades que, aún hoy, constituyen una de las principales preocupaciones de la doctrina y de la legislación mercantiles.

Existían razones que impedían dar la solución simplista de considerar a la jurisdicción mercantil como una cuestión meramente personal —de considerar que la jurisdicción mercantil debía extenderse exclusiva y totalmente a las cuestiones suscitadas entre comerciantes: hay una actividad patrimonial de éstos que no es mercantil como también hay una actividad mercantil desarrollada por no comerciantes; por si fuera poco, hay actos que siendo típicamente mercantiles para una de las partes contractuales, no tienen para la otra este carácter.

Cuando Stracca se enfrenta con el problema parece seguir inicialmente una orientación subjetiva; pero la insuficiencia de este criterio le lleva a apuntar a una concepción objetiva complementaria de aquélla: «los Cónsules —escribe— pronuncian el Derecho y conocen de las causas entre comerciantes que pertenecen a oficio y negociación mercantil» (*Cónsules, igitur, in his quae ad officium mercatorum negotiationesque pertinent, ius inter mercatores dicent, causasque cognoscent*; Benvenuto Stracca: *De iudicibus seu consulibus mercatorum - Et quomodo in causis eorum sit procedendum*, núm. 9); viéndose obligado a aclarar seguidamente que ante dichos Cónsules pueden los comerciantes demandar a quienes no lo son, siempre que sea por causa y con ocasión de comercio (*Causa et occasione mercaturae, coram dictis consulibus, mercatorem ab eo qui mercator non est conveniri posse*: íd., íd., núm. 14). Como es natural esta orientación lleva, necesariamente, a definir la actividad mercantil, cosa que Stracca había ya hecho en la primera parte de su *Tractatus de Mercatura seu Mercatore* (número 74), diciendo que es la profesión que se ejerce por razón de una ganancia lícita cambiando y comprando repetidamente mercaderías y vendiéndolas, siempre que no sea al por menor ni previa elaboración o modificación realizada personalmente por el propio comerciante (*Mercatura est officium quod ratione quaestus liciti exercetur in permutandis emendisque frequenter mercibus, illis quoque non mutata per se forma nec minutatim, distrabendis*).

Esta misma orientación híbrida o mixta —si bien con los términos invertidos dado que es el factor objetivo el que queda complementado por el subjetivo— es la que un siglo más tarde presidirá la redacción de la primera codificación mercantil sistemática y completa —Las Ordenanzas de Luis XIV o «Code Marchand» —de cuyo articulado se deduce que los Jueces y Cónsules conocerán de los «Billets de Change» *entre comerciantes*, de las letras de cambio de plaza a plaza *entre toda clase de personas* (Título XII, arts. 2.º y 3.º) de las ventas hechas *por comerciantes* para revender o trabajar en su profesión (art. 4.º), de las garantías, salarios y pensiones de comisionistas, factores o servidores *de los comerciantes* (art. 5.º), de los seguros, préstamos a la gruesa, promesas, obligaciones y contratos relativos al comercio marítimo (art. 7.º) y del comercio hecho durante las ferias siempre que tales cuestiones no sean atribuidas a los Jueces conservadores del privilegio ferial (art. 8.º).

Como puede verse, tanto el criterio objetivo necesita de un complemento subjetivo como el criterio subjetivo exige un apoyo objetivo —cosa esta última perfectamente visible en los supuestos en que la condición de comerciante es consecuencia de una ficción jurídica: precisamente en este caso es cuando el criterio objetivo pasa a primer plano —aun cuando *formalmente* la definición sea subjetiva

En realidad, como ya puso de relieve Garrigues, el Derecho mercantil, formalmente subjetivo, ha sido siempre sustancialmente objetivo dado que la actividad mercantil servía para definir a las personas como comerciantes y para someter luego sus actos profesionales al Derecho especial. Siendo ello así, la localización de actos que se califican de mercantiles por razones objetivas, debiera permitir prescindir de la figura del comerciante; pero lo cierto es —como resulta de las Ordenanzas de Luis XIV— que la referencia a él parece inevitable y que ni la doctrina ni el legislador pueden prescindir de este personaje. Lo cual encierra una indisimulable contradicción: si es comerciante la persona que realiza profesionalmente determinados actos, la caracterización de éstos por su conexión con el comerciante lleva a un círculo vicioso que denuncia escandalosamente algún error grave en las bases de partida.

II.—*Los actos de comercio en el Derecho comparado.*— Antes de seguir adelante en el estudio del tema quizá sean convenientes ciertas precisiones terminológicas sin las cuales parece difícil conseguir resultados apreciables. Es posible que una ciencia no sea más que un lenguaje bien hecho pero lo que parece indudable es que, sin un lenguaje bien hecho, la ciencia que se construya será muy precaria.

En materia de actos de comercio, y como hipótesis de trabajo, hay que empezar por distinguir, de la forma más absoluta posible, entre «acto de comercio» y «operación comercial». Llamo —provisionalmente— «operación comercial» aquello que profesionalmente hace el comerciante; se trata, pues, de un concepto socio-económico. Llamo —también provisionalmente— «acto de comercio» aquello que está

sujeto a la normativa mercantil; se trata, por tanto, de un concepto jurídico. Y una vez separados ambos conceptos hay que continuar constatando que no hay ninguna razón lógica ni ontológica que permita afirmar que ambas expresiones son sinónimas —que ambas se refieran necesariamente a una misma cosa, ni que sea vista desde dos ángulos distintos, el económico y el jurídico. Acto de comercio y operación comercial sólo serán expresiones sinónimas en aquellas legislaciones en que se establezca expresamente una relación biunívoca entre el conjunto formado por todas las operaciones comerciales y el conjunto formado por todos los actos regulados por la normativa mercantil, de modo que todas las operaciones comerciales estén sometidas al Derecho mercantil y todo lo que regule el Derecho mercantil sea una operación comercial; pero en tal caso, la sinonimia no estará en la naturaleza de la cosa sino en la voluntad del legislador.

En consecuencia, no procede ni tiene sentido distinguir el acto de comercio «en sentido jurídico» del acto de comercio «en sentido económico». Una expresión cualquiera tiene varios sentidos —y es ineludible distinguirlos— cuando se utiliza *con significado distinto* en espacios culturales, científicos o sociales diferentes; así ocurre, por ejemplo, con la palabra «grupo» que encontramos en sociología y en matemáticas: cuando un texto se sirva de esta expresión habrá que distinguir y precisar si se utiliza en sentido matemático o en sentido sociológico —a menos que la naturaleza del contexto dispense de ello. Pero la expresión «acto de comercio» sólo se utiliza en el campo jurídico: ningún comerciante ha dicho nunca que acaba de realizar «un buen acto de comercio»; lo que sí dice es que ha realizado una buena o mala operación comercial. La expresión «acto de comercio en sentido económico» carece de significado —como carecería de él la expresión «triángulo en sentido histórico»— y su utilización, como puede suponerse, ha dado lugar a no pocas confusiones y a no leves errores.

Hecha esta breve, aunque esencial, aclaración terminológica es posible ya pasar al estudio de la posición adoptada en materia de actos de comercio por las dos legislaciones más representativas: la francesa y la alemana.

A) *Los actos de comercio en el Código francés*: Las normas fundamentales del Código Napoleónico a tener en cuenta son las siguientes:

Artículo 1.º.—Son comerciantes aquéllos que ejercen actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual.

Artículo 631.º.—Los Tribunales de Comercio conocerán:

- 1.º De todos los litigios relativos a compromisos y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros.
- 2.º Entre toda clase de personas, los litigios relativos a los actos de comercio.

Artículo 632.º.—La Ley considera actos de comercio:

— Cualquier compra de géneros y mercancías para venderlas, bien

- sin modificación, bien después de haberlas trabajado y elaborado, o bien simplemente para arrendarlas.
- Cualquier empresa de manufactura, de comisión o de transporte por tierra o por agua.
  - Cualquier empresa de suministros, de agencia, de despachos de negocios, establecimientos de venta en pública subasta, de espectáculos públicos.
  - Cualquier operación de cambio, banca y correduría.
  - Todas las operaciones de los Bancos públicos.
  - Todas las obligaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros.
  - Entre cualesquiera personas, las letras de cambio o remesas de dinero hechas de plaza a plaza.

La lectura de estos tres fundamentales preceptos sugiere las siguientes consideraciones:

a) Siguiendo la orientación clásica, el Código francés enfoca la determinación o definición de la materia mercantil en la dirección procesal. Lo que más preocupa es la fijación o delimitación de la esfera de competencia de los Tribunales de Comercio; tanto más cuanto, suprimido el criterio de equidad —que queda sustituido por el de legalidad— y careciendo la legislación mercantil napoleónica —para la mayoría de los contratos— de una normativa especial, es la rapidez y simplicidad del proceso mercantil la ventaja, en muchos casos única, que el ordenamiento mercantil ofrece a los comerciantes.

b) Contra lo que comunmente se cree, la orientación del Código francés es fundamentalmente subjetiva o personalista; si Stracca había escrito: *consules igitur...ius inter mercatores dicent causasque cognoscent*, no sólo se dispone en el artículo 631 que los Tribunales de Comercio conocerán de todos los litigios relativos a obligaciones y transacciones entre negociantes mercaderes y banqueros, sino que el artículo 632 califica de actos de comercio —es decir: de actos sujetos a la legislación mercantil— a todas las obligaciones entre estos personajes.

c) Pero el Código Napoleónico no se contenta —como se contentará el Código alemán un siglo más tarde— con esto; al legislador francés le preocupa la secular y no discutida sumisión a la normativa y a la jurisdicción mercantiles de quienes no siendo comerciantes realizan alguno de los actos constitutivos de la profesión de comerciante; y esta preocupación le lleva inexorablemente a intentar caracterizar y enumerar estos actos que, por una parte, someten al no comerciante que los realiza esporádicamente a la jurisdicción mercantil y, por otra, permiten calificar de comerciante a quienes los realizan profesional y por tanto habitualmente. Estos son los actos que el legislador denomina «actos de comercio»: el artículo primero de dicho cuerpo legal define al comerciante como la persona que realiza «actos de comercio» y hace de ellos su profesión habitual; estos mismos actos (art. 631-2.º) hechos ocasionalmente por no comerciantes también quedan sujetos a la legislación mercantil.

d) Parece que, después de redactado el artículo primero, la in-

mediata tarea del legislador francés debió ser la de definir *por su esencia* el «acto de comercio»; pero, por las razones que sean no lo hizo: lo que sí hizo, en el artículo 632, fue enumerarlos en una lista que se ha hecho famosa; lista en la que, al lado de verdaderos actos, encontramos *actividades* (empresas) e, incluso, *obligaciones* en una enumeración —cuyos defectos no es necesario subrayar— que pone de relieve la inseguridad con que el legislador se mueve. Pero lo más importante del mecanismo resultante de los preceptos antes transcritos no es sólo esto, sino la idea subyacente de que la Ley no hace en ellos otra cosa que traducir exactamente en términos jurídicos una realidad económica: si en el terreno económico lo que hace profesional y habitualmente el comerciante son *operaciones comerciales*, estas mismas operaciones, en el terreno jurídico reciben el nombre de *actos de comercio*.

Esta perfecta sinonimia se revela por dos hechos: en primer lugar, la indiferencia con que los mercantilistas franceses desde el primer momento utilizaron ambas expresiones indistintamente; en segundo lugar la presunción —resultante de varios preceptos de dicho Código y de la doctrina jurisprudencial— de que ciertos actos son actos de comercio *si no se demuestra lo contrario* —demostración que sólo puede basarse en hechos extrajurídicos: se demuestra que algo no es acto de comercio si no es una operación comercial. En definitiva: *no es el Código quien dice que algo es acto de comercio sino la realidad económica*.

e) La pretensión del legislador francés de traducir o retratar jurídicamente una realidad económica no alcanza su objetivo; porque si lo que realiza económicamente el comerciante son operaciones comerciales esta expresión alude a una realidad que, por lo menos en la actualidad, no tiene traducción posible en términos jurídicos.

Este hecho nada tiene de extraordinario; el mundo no está compuesto ni es una suma de *cosas* separadas y ontológicamente diferenciadas: es el hombre quien desmenuza al mundo según sus conveniencias y bautiza y define cada uno de los fragmentos resultantes de este desmenuzamiento. Pero cada cultura y cada época construyen el mundo a su manera, de modo que la transposición —la traducción— de los conceptos de una cultura o de una época a otra o es imposible o resulta más o menos gravemente inexacta: ni *diké* puede traducirse más que aproximadamente por justicia, ni *pistis* por fe; un texto chino o árabe admite muchas traducciones distintas a un idioma occidental por la sencilla razón de que, al no existir ninguna traducción exacta son posibles varias más o menos aproximadas. Lo mismo ocurre cuando se trata de áreas de actividad diferentes aunque contemporáneas: el mundo económico tiene centros de interés distintos que el mundo jurídico y, por tanto, sus conceptos básicos —*sus unidades significativas*— no son traducibles, de un lenguaje a otro.

Para el jurista la *unidad significativa mínima* es el *negocio jurídico*, mientras que para el comerciante su unidad significativa mínima es la *operación comercial* —expresión que, parafraseando un texto de Bravard Veyrieres, alude a *una actividad compleja compuesta de va-*

*rios actos distintos pero que recaen sobre un mismo objeto, hechos en vista unos de otros y destinados a saldarse por una pérdida —que se trata siempre de evitar—o por un beneficio que se espera realizar y cuya perspectiva es la causa determinante de la operación.*

Esta *operación comercial* puede caracterizarse:

*Por su consumación.*—Si el negocio jurídico —y más concretamente el contrato— se consume cuando se cumplen o agotan todas sus posibilidades obligacionales, la operación comercial, debido a la especial consideración e importancia que en la vida mercantil tiene el derecho de crédito, se estima consumada cuando ha nacido un crédito dinerario líquido e incondicionado aunque no sea vencido; en tal momento puede su protagonista concretar la existencia de ganancia o pérdida y puede aplicar el resultado positivo —aunque no sea más que un derecho de crédito no vencido— a una ulterior operación. El nacimiento de este crédito fija el final de la *operación comercial*.

*Por su composición* la operación comercial puede resultar:

1.º De un solo acto o negocio jurídico; creo que el supuesto es inexistente y ello por una razón clara: la «operación comercial» es siempre de *interposición*, de modo que, como mínimo, exige dos contratos. Y, así, el préstamo no es operación comercial a menos que el dinero prestado proceda de otro préstamo o de un «depósito irregular»; en tal caso la «operación» está compuesta de dos préstamos encadenados. Hay, sin embargo, supuestos dudosos —como el de la apertura de crédito— que merecerían un estudio particularizado.

2.º De dos o más actos o negocios jurídicos, como ocurre en el caso citado de préstamo o en la compra con intención de revender seguida de la reventa; es de advertir que la pluralidad jurídico-negocial puede ser *lineal* o no; quiero decir que tal pluralidad puede ser consecuencia de la conexión de una serie lineal de negocios jurídicos principales a uno o más negocios jurídicos colaterales —accesorios o complementarios.

3.º Como supuesto especial —o como supuesto límite de operación comercial jurídicamente compuesta— hay que citar aquél que tiene un término, final o conclusión *inmanentes*. Me refiero con ello a lo que el Código civil español, en su artículo 1.678, denomina «una empresa señalada» que concluye, como dispone el artículo 1.700, «cuando se termina el negocio que le sirve de objeto». La compra de un solar con la intención de edificar y vender y las sucesivas construcción y venta constituye una operación que concluye en el momento en que se vende el último de los apartamentos construidos. Como puede comprobarse, se trata de una única operación no prorrogable sin iniciar otra distinta. Y llamo la atención sobre este supuesto porque da lugar a ciertas peculiaridades dignas de ser tenidas en cuenta y que serán en su momento objeto de consideración.

4. En no pocos casos —y los menos importantes— desaparece la *operación comercial* como unidad significativa y es sustituida por

otra unidad más compleja completamente distinta. En muchas actividades mercantiles los distintos actos aislados no se unen de forma lineal para constituir *operaciones comerciales* —aisladas o encadenadas— sino que se combinan en complejos que no permiten precisar la producción de ganancias o de pérdidas más que interrumpiendo *desde fuera* y por un acto arbitrario la actividad comercial, bien de forma *real* («por cesar en el negocio» como se dice con frase estereotipada), bien de forma ficticia o contable, cerrando con ello lo que se conoce con el nombre de «ejercicio económico» —coincidente, generalmente, con el año natural. Hay que subrayar, sin embargo, que si la unidad mínima significativa «operación comercial», incluso en su forma de «empresa» puede darse sin habitualidad y, por tanto, sin atribuir a su protagonista la condición de comerciante, la unidad «ejercicio económico» implica necesariamente la habitualidad y, por tanto, aquella condición.

Pero ni la *operación comercial* ni el *ejercicio económico*, llegan nunca a la mesa del legislador: lo que éste, el jurista y el Juez manejan son los elementos simples de que aquéllos están compuestos: elementos que, separados del conjunto, pierden las características de éste y no se diferencian en nada de los negocios jurídicos civiles.

f) El pretendido hallazgo de un denominador común al comerciante habitual y al que con notoria impropiedad se ha denominado comerciante ocasional («comerciante habitual» es una redundancia y «comerciante ocasional» una *contradictio in terminis*) ha llevado a la doctrina a un razonamiento erróneo que puede ser descrito en los siguientes términos: si hay entre los dos personajes un elemento común —el acto de comercio— la razón por la cual ambos están sujetos a la legislación y a la jurisdicción mercantiles es única: el acto de comercio que ambos realizan —el primero habitualmente, el segundo esporádicamente— tiene una determinada naturaleza —una esencia— que exige una regulación especial distinta de la civil.

Aparentemente el razonamiento es correcto, pero ya resulta más problemático si se cae en la cuenta de que descansa sobre una suposición errónea no formulada expresamente; recordando planteamientos más antiguos: de la correcta fórmula *ubi eadem ratio ibi et eadem iura*, se pasa indebidamente a la fórmula *ubi idem ius ibi et eadem ratio*. Dicho en otros términos; se piensa que la razón que obliga a someter dos realidades distintas a una misma regulación es *única*, o sea, que la razón que lleva al legislador francés a someter a la legislación y a la jurisdicción mercantiles los actos de comercio —o las operaciones comerciales— del comerciante es la misma que le llevan a someter a la misma jurisdicción y legislación los actos de comercio—o las operaciones comerciales— del no comerciante.

Que esto no es así lo demuestra la característica y finalidad principales que en todos los tiempos ha tenido la normativa mercantil, la cual se dirige a aumentar al máximo —sin pérdida de seguridad jurídica— el número de operaciones a realizar por unidad de tiempo, o sea, la velocidad de contratación. Velocidad que como objetivo sólo



tiene justificación económica cuando de ella depende el aumento de la ganancia, lo cual solamente ocurre en el caso de una actividad compuesta de operaciones encadenadas, es decir: formadas por una serie en la que cada operación se realiza a partir de los resultados económicos de la operación anterior y cuyos resultados sirven de alimento a la que le sigue; en tal supuesto, ninguna operación puede iniciarse antes de la consumación económica de la que le precede, la ganancia total depende del número de operaciones realizadas por unidad de tiempo y, en consecuencia, hay razones suficientes —por lo menos desde el punto de vista del comerciante— para justificar una regulación jurídica especial.

En la operación aislada, ni quien la realiza tiene motivos para reclamar ni el legislador los tiene para facilitar una mayor velocidad. Lo que sí ocurre es que el comerciante, sujeto a una normativa muy estricta y potencialmente peligrosa, no ha tolerado nunca que el no comerciante disfrute de los beneficios de una actividad comercial ocasional sin estar sujeto a sus servidumbres: el comerciante exige que las reglas de juego sean aplicables por igual a todos los que entran en él —ni que sea ocasionalmente—. Y el Derecho mercantil de todos los tiempos ha considerado justa esta exigencia y ha sometido al «comerciante ocasional» a los mismos preceptos que el «comercial profesional»; no por razón de la materia, sino para evitar lo que hoy recibe el nombre de intrusismo.

Como resumen de todo lo dicho, se puede afirmar que el texto del Código Napoleónico ha permitido a buena parte de la doctrina afirmar que las expresiones «operación comercial» y «acto de comercio» son sinónimas y, en consecuencia, no sólo que todo acto de comercio es una operación comercial y que toda operación comercial es un acto de comercio, sino que la *única* razón que puede justificar una normativa especial distinta de la civil es el hecho de que algo sea, en sentido económico, una operación comercial. Por el momento hemos visto que contra lo que generalmente se supone las razones son por lo menos dos: más tarde comprobaremos que son bastantes más.

g) La sinonimia de las expresiones «actos de comercio» y «operación comercial» supone la primacía o prioridad de esta última: la realidad socio-económica es elemento *sine qua non* de la existencia del concepto jurídico de «acto de comercio»; el Derecho no hace otra cosa que reconocer la existencia de algo que se encuentra «in rerum natura». Lo cual lleva a una consecuencia importante: dado que las operaciones comerciales ponen en relación varios sujetos, el mismo concepto de operación comercial —y por tanto el de acto de comercio— tiene carácter *subjetivamente relativo*: no es posible afirmar sin mayores precisiones que algo es *una* operación comercial —o que algo forma parte de una operación comercial— por la sencilla razón de que no existen operaciones comerciales absolutas: o bien algo es operación comercial *para una determinada persona* (por ejemplo, para quien compra con intención de revender) sin serlo para quien contrata con ella, o bien hay más de una operación comercial: si un Banco presta a

un comerciante una cantidad para su empleo en ulteriores operaciones de éste, nos encontramos ante *dos* operaciones comerciales —una para cada contratante— que, puestas en contacto momentáneamente, nada tienen que ver la una con la otra: para el Banco se trata de un acto que forma parte principal de la explotación bancaria, para el comerciante de un acto accesorio de su propio negocio.

Este carácter *subjetivamente relativo* del acto de comercio —un acto puede ser mercantil para ambas partes contratantes y puede serlo solamente para una de ellas, pero, en todo caso, si algo es acto de comercio lo es *para alguien* y no de forma absoluta— no fue tenido en cuenta por el legislador francés: para éste sólo se trata de regular los actos que son de comercio para ambas partes, preocupándole únicamente el problema de los actos *subjetivamente mixtos*: los concluidos entre comerciante y no comerciante. Quedó, por tanto sin plantear —y sin resolver— el problema de los actos *objetivamente mixtos*— aquéllos que, concluidos entre cualesquiera personas (entre comerciantes o entre comerciante y no comerciante) sólo son actos de comercio —es decir, operaciones comerciales— para una de las partes contratantes.

h) Prescindiendo de múltiples cuestiones de detalle que quedan fuera del objeto de estas páginas, hay una particularidad que debe ser puesta de relieve: para el legislador francés, algo que sea «acto de comercio» *para una determinada persona* lo es *para esta persona* enteramente y sin recortes ni modificaciones, de modo que la legislación o la jurisdicción a que queda sujeta depende enteramente de su calificación como acto de comercio. Dicho de otra manera más práctica: algo es o no es —de modo absoluto— acto de comercio para alguien: si lo es, las normas aplicables serán para este *alguien*, *todas* las que se deriven de tal calificación, y lo mismo ocurrirá si el acto no es calificado de mercantil sino de *civil*. Quizá esta particularidad no resulte para el lector muy notable ni digna de ser mencionada, dado su aspecto de consecuencia obvia. Pero ya se verá en lo que sigue que la legislación alemana adopta una solución completamente distinta.

B) *Los actos de Comercio en el Código Alemán*. Las normas fundamentales del HGB a tener en cuenta son las siguientes:

Artículo 1.º: Es comerciante en el sentido de este Código aquél que ejerce una profesión comercial.

Se considera profesión comercial cualquier actividad profesional que tenga por objeto alguno de los siguientes tipos de operaciones:

- 1.º Compra y venta de bienes muebles o de valores mobiliarios, sin que quepa distinguir si las mercancías se revenderán sin modificación o después de un trabajo de elaboración o de transformación.
- 2.º Aceptación por cuenta de otro de un trabajo de elaboración o de transformación, excepto en el caso en que se trate de un trabajo artesano.
- 3.º Aceptación de seguros a prima fija.
- 4.º Operaciones de banca y cambio.

- 5.º Empresas de transporte marítimo de mercancías o de pasajeros. Operaciones de transportistas o de establecimientos de transporte de viajeros por vía terrestre o fluvial, así como operaciones de empresarios de remolque.
- 6.º Operaciones de comisionistas, comisionistas de transporte o almacenistas.
- 7.º Operaciones de representantes o corredores de comercio.
- 8.º Actividades editoriales y todo otro comercio de libros o de obras de arte.
- 9.º Actividades impresoras, a menos que se trate de trabajo artesano.

Artículo 343: Se reputarán actos de comercio todas las operaciones efectuadas por un comerciante en la explotación de su comercio.

La lectura de estas normas —y de las que serán citadas en el momento oportuno— y su comparación con las correspondientes del Código francés, sugiere las siguientes consideraciones:

a) A diferencia del Derecho mercantil clásico —y del francés— el Código alemán prescinde totalmente del problema procesal. Para el HGB la posibilidad de que se constituyan Tribunales de Comercio carece de trascendencia: lo que se propone el legislador alemán no es la solución de los problemas que en otras latitudes produce o en otras épocas produjo la colisión de normas procesales, sino la que se produce entre normas sustantivas: el HGB contiene una detallada regulación del mandato y apoderamiento, de la representación, de la sociedad —o sociedades de diferentes tipos— de la venta, de la comisión, del almacenaje y del transporte, que se aparta en puntos esenciales de la correspondiente normativa civil; y el objetivo principal —y previo— del legislador lo constituye el establecimiento de verdaderas *normas de conflicto* entre ordenamientos. No se trata, pues, de saber cuándo un acto cae dentro de la esfera de competencia de los Tribunales de Comercio, sino de cuándo cae dentro de la esfera de las normas sustantivas comerciales —del Código de comercio de 10 de mayo de 1897 y de las restantes leyes mercantiles.

b) La orientación básica del HGB, como la del núcleo central del Código francés, es subjetiva: si éste empieza por afirmar que los Tribunales de Comercio conocerán de todas las cuestiones entre comerciantes; que son comerciantes los que realizan habitualmente actos de comercio y que son actos de comercio los contenidos en la lista del artículo 632, el HGB da por supuesto que los actos de comercio se rigen por el Código de comercio, que son actos de comercio los realizados por los comerciantes en la explotación de su comercio y que son comerciantes los que realizan alguna de las actividades contenidas en la lista del artículo 1.º. Lo realmente curioso —y difícilmente explicable— de este sistema es la utilización innecesaria de la expresión —y del concepto— de «actos de comercio», que ningún papel juega en el sistema. De pieza absolutamente esencial para un cuerpo legal como el francés, que se propone someter a su disciplina las operaciones especulativas

hechas por no comerciantes, pasa a ser muletilla innecesaria en un Código como el alemán a quien este problema le tiene sin cuidado. Con la particularidad de que el HGB, después de definir el «acto de comercio» se olvida de decir que los actos de comercio quedan sujetos a la disciplina legal mercantil.

c) Para el HGB la figura del «comerciante ocasional» es desconocida. Por las razones que sean —y creo que la solución adoptada es más que discutible— los actos especulativos del no comerciante reciben el mismo trato que los actos «civiles» del consumidor. El problema que durante siglos atormentó a la doctrina y a la jurisprudencia es ignorado por el legislador alemán. Lo cual parece que sólo tiene justificación cuando se trata de contratos entre un no comerciante especulador y un comerciante: dada la política legislativa de sujetar a la legislación mercantil los actos especulativos de un comerciante —prescindiendo de si la otra parte contractual lo es también o no— lleva a la solución que parece correcta: someter al comerciante y al no comerciante especulador a las mismas reglas de juego. Más discutible parece la solución que automáticamente resulta para el caso de un contrato entre un comerciante o un no comerciante especulador y un no comerciante consumidor.

d) Lo que sí preocupa al legislador alemán es el acto *subjectivamente mixto*, es decir: aquél que tiene como partes contractuales a un comerciante y a un no comerciante, prescindiendo por completo de si para este último, el acto es o no especulativo. La solución —o soluciones— dadas por el HGB pasan por la decisión de no considerar el *acto de comercio* como un todo cuya existencia produce automáticamente un conjunto de efectos —como ocurre en el Derecho francés—. El sistema alemán es eminentemente casuístico en el sentido, no sólo de que contempla todos los casos considerados dignos de especial regulación, sino en el de que las soluciones que da no son globales, sino que se limitan a declarar aplicables o no determinados artículos del BGB o del HGB. Para que se vea claro lo que quiero decir; baste con copiar el artículo 348 del HGB:

Cuando una pena convencional ha sido aceptada por un comerciante en el ejercicio de su comercio, no podrá aquélla ser reducida por aplicación del artículo 343 del BGB.

Como puede verse, se trata de excepcionar la aplicación de un artículo del Código civil, para lo cual se exige que el deudor sea comerciante y que el contrato haya sido concluido en el ejercicio de su comercio, o sea —con nomenclatura española—, que pertenezca a su giro y tráfico.

Los supuestos tenidos en cuenta por dicho Código son numerosos: que el acto sea acto de comercio para el deudor (art. 350), que se trate de operaciones comerciales (art. 352), que se trate de operaciones comerciales para ambas partes (art. 353), que se trate de una persona (comerciante o no) que entre en relaciones de negocios con un comerciante (arts. 355 y 362), que se trate de actos de comercio (ar-

título 358); de efectos librados contra un comerciante (art. 363), de una enajenación hecha por un comerciante en el ejercicio de su comercio (art. 366), que se trate de un acto de comercio para ambas partes (arts. 368 y 369) o de un acto de comercio sólo para una de ellas (art. 368-2.º), que se trate de venta comercial para ambas partes (arts. 377 y 379) o de una comisión de compra que sea acto de comercio para ambas partes (art. 391) o de un transporte hecho por comerciante no transportista (art. 451), etc., etc. Estas circunstancias no son tenidas en cuenta para calificar o no al acto de acto de comercio —con la consecuencia que parece natural: que le sea aplicable *en bloque*, o no, la legislación mercantil; sólo son tenidas en cuenta para declarar casuísticamente aplicables o no determinados preceptos del Código civil o del Código de comercio —prescindiendo de que el acto caiga dentro de la definición del acto de comercio, dada por el artículo 343; con la particularidad de que la calificación de algo como «acto de comercio» presupone, por definición, que su protagonista es comerciante.

Como todo sistema casuístico, el HGB dispone de una «norma de cierre»; es la contenida en el artículo 345:

*Salvo que la Ley disponga lo contrario*, cuando una operación tiene *para una de las partes* carácter mercantil, las disposiciones legales en materia de actos de comercio se aplicarán a *ambas partes*.

e) El Código alemán, al contrario que el Código francés, no establece sinonimia alguna entre «operación comercial» y «acto de comercio». La lista del artículo 1.º no pretende —como la contenida en el artículo 632 del Código francés— ser una lista de *actos*, sino de *actividades* o *procesos*; son actos de comercio todos los realizados por el comerciante en la explotación de su actividad —sean principales, accesorios, preparatorios, complementarios o simplemente convenientes o accidentales. No son actos de comercio los realizados por un no comerciante —aunque económicamente sean o formen parte de una perfecta e indiscutible «operación comercial». En realidad la expresión «acto de comercio» no tiene en el Código alemán otro significado que el de «acto normalmente sujeto a la legislación mercantil».

f) A pesar de lo dicho anteriormente, es de notar que el legislador alemán no cae en el error de calificar ningún acto de comercio de *forma absoluta*, sino que precisa cuidadosamente el carácter *relativo* y *personal* de tal calificación: un acto sólo es acto de comercio *para alguien* y, por tanto, puede serlo para una de las partes contratantes y no para la otra. Cuando un acto es acto de comercio para una sola de las partes lo que dispone el artículo 345 del HGB no es que el acto es acto de comercio para ambas, sino que *las disposiciones legales relativas a los actos de comercio se aplicarán a ambas*. Esta forma, perfectamente correcta, de enfocar las cosas tiene su reflejo en las normas especiales que el propio HGB establece para ciertos actos *objetivamente mixtos*.

g) Particularidad notable del HGB la constituye el párrafo se-

gundo del artículo 343, que atribuye la calificación de acto de comercio —es decir, somete a la legislación mercantil— no sólo los actos realizados por el comerciante en la explotación de su comercio, sino también los realizados por el comerciante en el ejercicio de un tipo de comercio distinto al suyo propio. Con ello se da igual trato a los actos constitutivos del giro y tráfico de un comerciante y a los realizados por éste que no pertenezcan a tal giro y tráfico —con tal de que constituyan alguna de las actividades admitidas como comerciales en el artículo 1.º del HGB: la operación esporádica de compraventa de trigo hecha, por ejemplo, por un comerciante en tejidos es también acto de comercio.

Esta peculiaridad, aun pareciendo de detalle, tiene considerable importancia doctrinal; desarrollado en términos explícitos significa lo siguiente: un acto u operación comercial *ocasional* o *atípica* que por su falta de conexión con una actividad mercantil continuada carece de las notas que justificarían un tratamiento jurídico privilegiado, queda sometida a la normativa mercantil por el simple hecho de haber sido realizada por un comerciante. Intentando encontrar una explicación que justifique tal anomalía se tendrá que excluir tanto la conveniencia de favorecer la velocidad de un proceso o actividad habitual —se trata de un acto ocasional— como la de impedir el intrusismo —se trata de un comerciante—. Habrá que buscar por tanto una nueva justificación, que no parece pueda ser otra que el hecho de que el comerciante *vive* el mundo mercantil y conoce y acepta sus reglas de juego —aun en aquellas materias no incluidas en su «profesión habitual». De ser así, en el mundo jurídico mercantil tendría en algunos casos trascendencia no sólo el hecho de ser banquero, comerciante en tejidos, en conservas alimenticias o en zapatos, sino el hecho de ser comerciante —a secas y sin importar el concreto tipo de comercio desarrollado.

C) *Naturaleza de los problemas resueltos por los Derechos francés y alemán.* La doctrina, por regla general, ha utilizado y utiliza los textos antes transcritos con dos finalidades perfectamente visibles: o bien directamente, para caracterizar y explicar el concepto de *acto de comercio*, al que se erige en centro de gravedad de todo sistema jurídico mercantil, o bien, con mayores ambiciones, para hallar el concepto, la esencia misma del Derecho mercantil. Creo que ambas direcciones pasan por alto, pecando por exceso o por defecto, el objetivo fundamental de las normas estudiadas.

Si el Derecho mercantil está constituido por una serie de normas que regulan actos, negocios o relaciones también reguladas, y reguladas de forma distinta, por el Derecho civil, nos encontramos ante lo que técnicamente recibe el nombre de colisión de ordenamientos y ante la necesidad de resolver la duplicidad de regulación mediante un sistema coherente de *normas de conflicto*. Y esto es, precisamente, lo que de forma más o menos sistemática hacen el Código Napoleónico y el HGB: determinar, directa o indirectamente, con el auxilio del concepto de acto de comercio o sin él, cuándo un hecho, negocio o relación cae bajo el imperio de la normativa mercantil y cuándo bajo la normativa civil.

Así fijada la naturaleza de los preceptos estudiados —y de los problemas planteados— el sólo recuerdo de la doctrina estatutaria o de los preceptos del Título Preliminar del Código civil destinados a resolver los conflictos internacionales o interregionales nos permite, por analogía, sospechar que ni tales problemas son de fácil solución ni las soluciones pueden derivarse automáticamente de premisas simplistas.

Hay ciertamente un principio fundamental que parece indiscutido y que resuelve lo que podríamos llamar núcleo central del problema producido por la colisión de ordenamientos, y es el siguiente: los actos y relaciones protagonizados por comerciantes y concluidos entre comerciantes y que, con carácter principal, formen parte del giro y tráfico normales de sus respectivas actividades mercantiles, están sometidos a la legislación mercantil con exclusión de la normativa civil. Este principio aparece claramente de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 631 del Código francés y se deduce sin dificultad alguna de lo dispuesto en el artículo 343 del HGB.

Pero la unanimidad legislativa termina aquí; lo cual no quiere decir que no podamos extraer de dichos cuerpos legales más enseñanzas: porque si no es posible formular criterios unitarios respecto de las soluciones por cada uno de ellos adoptadas, sí, en cambio, su estudio permite hacer la lista de las cuestiones que la colisión de los ordenamientos civil y mercantil plantea. Porque una vez admitida la regla general enunciada empiezan los problemas; y estos problemas son:

a) *Definición de «comerciante»*.—Si la legislación mercantil se aplica a las operaciones que entre sí realizan los comerciantes, hay que empezar por decidir quién es comerciante. Ante este problema las normativas francesa y alemana coinciden en su pretensión de definir a este personaje en términos jurídicos; y ambas legislaciones utilizan el mismo procedimiento; para el Código francés es comerciante quien profesionalmente realiza alguno de los actos —o de las actividades— enumeradas en el artículo 362; para el Código alemán es comerciante quien profesionalmente ejerce una actividad de las enumeradas en el artículo 1.º. Y basta una rápida ojeada a las listas contenidas en los indicados preceptos para comprobar su sustancial semejanza —sin perjuicio de divergencias de mero detalle.

b) *Actos subjetivamente mixtos*.—Estando compuestas las operaciones comerciales por actos jurídicos en que, normalmente, hay dos ó más partes contratantes, será acto *subjetivamente mixto* aquél que, siendo o formando parte de una operación comercial o especulativa *para ambas partes*, una de ellas es comerciante y la otra no. Se trata, pues, de un acto que es económicamente comercial para ambas partes, concluido entre un comerciante y un no comerciante. El Código de comercio francés sujeta tal acto en su totalidad a la legislación mercantil, en base a su concepto de «acto de comercio»: los actos subjetivamente mixtos son «actos de comercio» para las dos partes. Pero, como ya se ha visto, la justificación de esta solución no es unitaria sino doble: por parte del comerciante, la exigencia de rapidez y seguridad: por

parte del no comerciante, la sumisión a unas mismas reglas de juego en evitación de una competencia desleal.

En cuanto al HGB, la condición de comerciante es requisito *sine qua non* para que un acto sea «acto de comercio»; por muy especulativa o comercial que sea la operación que el no comerciante realice con el comerciante, tal operación no es para el primero «acto de comercio»; pero sí es acto sujeto a las normas aplicables a los actos de comercio (art. 345), y a las que se refieren a operaciones que sólo son «actos de comercio» para una de las partes y por tanto a las que regulan operaciones en las que una sola de las partes es comerciante. De ello deriva una absoluta igualdad de trato para el «comerciante ocasional» y el no comerciante consumidor.

c) *Actos objetivamente mixtos o unilaterales.*—Se trata de actos que, siendo especulativos para una de las partes contratantes, no lo son para la otra parte. En principio carece de importancia que los contratantes, o alguno de ellos, sea o no sea comerciante: si el no comerciante puede realizar actos especulativos, el comerciante puede realizar y realiza con frecuencia actos no especulativos o de consumo; lo importante es, pues, la naturaleza *económica* del acto y no la condición de las personas.

Dada la trascendencia social de la solución que se adopte, debido a la existencia y la enorme frecuencia de los actos comercialmente unilaterales, el problema planteado constituye la dificultad máxima con que el legislador se enfrenta.

Históricamente su solución no ofreció nunca dudas: la normativa y la jurisdicción mercantiles fueron creadas para regular exclusivamente las relaciones entre comerciantes por razón de su actividad comercial. Quizá el carácter aparentemente obvio de esta solución justifica lo que de otro modo parece difícilmente comprensible: que el Código francés ni siquiera aludiera al problema.

Ya se ha visto que la cualidad de «acto de comercio» es, tanto en Derecho francés como en Derecho alemán, *relativa y personal*; lo cual lleva a la consecuencia de que la operación objetivamente mixta o unilateral es «acto de comercio» para una parte y no lo es para la otra. Y si la sumisión de un acto a la normativa mercantil depende, globalmente, de su calificación como acto de comercio, no se ve cuál puede ser la solución legal al problema. La jurisprudencia francesa ha tenido que llenar el vacío legal dando unas soluciones más que discutibles, facilitadas por la inexistencia —o casi inexistencia— de normas sustantivas específicamente mercantiles. Según ésta jurisprudencia, las obligaciones nacidas de contratos objetivamente mixtos son mercantiles para el comerciante y son civiles las correspondientes al no comerciante; en cuanto a la jurisdicción a que están tales actos —o sus protagonistas— sometidos, la solución ya consagrada establece que, siendo el demandado no comerciante, la demanda tiene que deducirse ante los Tribunales civiles, y que siendo comerciante el demandado, el no comerciante puede elegir la jurisdicción que más convenga a sus intereses: solución interesante en cuanto pone de relieve un trato de



favor para el no comerciante eliminando con ello todo criterio «automático». En cuanto a la prueba, es doctrina admitida que su régimen no depende del Tribunal —de comercio u ordinario— que entiende del litigio, sino de la cualidad de la persona contra la cual la prueba actúa. En lo que hace referencia a la mora, tipo de interés, solidaridad y procedimientos de liquidación de bienes se admite que rigen las normas propias del deudor: si éste no es comerciante son aplicables las normas civiles. Por último, hay que tener en cuenta que en algunos supuestos no es posible «dividir» en dos el acto o negocio objeto de consideración; y así, las normas mercantiles relativas a la prescripción no son aplicables cuando el acto es «acto de comercio» para una sola de las partes.

Las soluciones dadas por el HGB son todavía —si cabe— más premiosas; el enfoque que da al problema es esencialmente casuístico y no es fácil deducir de las normas que lo regulan cuál sea el criterio seguido por el legislador. Así, el artículo 346 limita el recurso a los usos a las operaciones entre negociantes; la posible reducción judicial establecida en el artículo 343 del BGB no es admitida cuando la pena convencional haya sido aceptada, como deudor por un comerciante en el ejercicio de su comercio (acto típico o de giro y tráfico en el sentido que más tarde se examinará) (artículo 348); las normas contenidas en los artículos 766, 780 y 781 del BGB no se aplican cuando la caución o la obligación sean para el deudor un acto de comercio; la norma sobre intereses del artículo 353 sólo se aplica tratándose de operaciones que constituyan acto de comercio para ambas partes; la norma relativa a venta de cosa dada en prenda contenida en el artículo 368 sólo se aplica cuando se trate de acto de comercio para ambas partes; los derechos concedidos por el artículo 377 dependen de que se trate de una venta mercantil para comprador y vendedor, etc., etc. La orientación de tales normas parece ser la de favorecer a la parte no comerciante —aun en el caso en que ésta actúe especulativamente—. Como se ha visto anteriormente, las normas específicas —de las que sólo se ha dado una muestra— vienen completadas por la norma de «cierre» contenida en el artículo 345 antes transcrito. Tampoco en Derecho alemán se recurre a la solución «automática» de aplicar normas civiles a quien no es comerciante; por el contrario, se aplican las normas que le son más favorables, aunque sean mercantiles.

d) *Actos accesorios.*—Ya se ha visto antes que la sujeción de los actos accesorios a la misma disciplina que los principales fue norma admitida por lo menos desde la aparición de las primeras manifestaciones escritas del Derecho mercantil. En la Pragmática de 1347 para la ciudad de Barcelona, se trata como categoría unitaria de «*actes o contractes mercantivols, dependents, incidents o emergents*». Por su parte Stracca (*De iudicibus seu consulibus mercatorum*, núm. 11) afirma: *Consules in his quae mercatura veniunt annexis et dependentibus ab ea, iurisdictionem habent*. Agotando los sinónimos, Cortiada (*Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, vol. I, *Decisio X*, núm. 234) escribe: *Consules Magistratus Logiae Maris sunt iudices ne-*

*dum in omnibus factis, rebus, contractibus et negotiis maritum, sed etiam in omnibus factis, contractibus et causis mercantilibus, non solum in causis et negotiis principalibus sed etiam in omnibus incidentibus, dependentibus emergentibus annexis et connexis.*

El tema de los actos accesorios no se plantea con fines académicos o pedagógicos de clasificación, sino en vistas a la posible colisión de ordenamientos —y a la formulación de la norma de conflicto correspondiente. En suma, se trata de saber qué normativa debe aplicarse a aquellos actos que, a pesar de estar más o menos fuertemente conectados a una operación comercial, caen bajo una norma general que los somete a la legislación civil.

El Código francés parece admitir la distinción entre actos de comercio *accessoires* y actos de comercio *par accessorie*. Los primeros resultan de una clasificación de los actos cuya naturaleza comercial resulta de la Ley de modo explícito. Los segundos no están expresamente reconocidos como actos de comercio, pero se les atribuye tal cualidad por razón de *accessoriedad subjetiva*; su existencia parece resultar del apartado primero del artículo 631, del párrafo noveno del artículo 632 y del segundo párrafo del artículo 638 que dispone que

*«les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce».*

La doctrina y la jurisprudencia francesas han dado una interpretación extensiva a los citados preceptos y atribuido la condición de mercantiles, para el comerciante, a los actos de naturaleza civil que cumplan con los siguientes requisitos: que se trate de actos realizados por un comerciante (aunque la otra parte no lo sea) y que se realicen con ocasión o por razón de su comercio —circunstancia esta última que se presume salvo prueba en contrario. Tales actos —por ejemplo, la compra hecha por un industrial a un no comerciante, de maquinaria para su industria —son calificados de actos de comercio aunque su naturaleza sea civil.

Como consecuencia —y siempre que se cumplan tales requisitos— entran dentro de la categoría de actos de comercio *para el comerciante que los realiza* los contratos de trabajo, mandato, transporte, seguro, depósito retribuido, compra de equipo, arrendamiento de local de negocio y préstamo —entre otros—; más dudosa es la calificación de la fianza, la prenda y la compra de inmuebles.

Como observan Juglart e Ippolito, la medalla tiene otra cara: en virtud de la doctrina de la calificación de los actos *par accessoire*, tendrán la consideración de actos *civiles* aquéllos que, aun siendo legalmente actos de comercio, se realizan por un no comerciante en el ejercicio de una profesión no mercantil; entran dentro de esta categoría las compras de medicamentos realizadas por los farmacéuticos y las de material (para su reventa a los escolares) hechas por un establecimiento dedicado a la enseñanza.

En Derecho alemán no se producen los problemas que la jurisprudencia francesa ha tenido que resolver; desde el momento en que son

actos de comercio *todas* las operaciones efectuadas por un comerciante en la explotación de su comercio (art. 343) y que, en caso de duda; las operaciones efectuadas por un comerciante son consideradas como incluidas en su comercio (art. 344) no hay lugar a la distinción entre actos principales y accesorios ni es necesario hacer depender la calificación de un acto de su accesoriedad.

e) *Actos atípicos*.—El acto atípico se produce cuando un comerciante realiza una operación comercial ajena a lo que constituye el giro y tráfico normales de su negocio. Así, para dar un ejemplo, un fabricante de electrodomésticos puede considerar lucrativa y realizar una operación de compraventa de una partida de trigo. En tal caso nos encontramos ante una operación *ocasional* en la que el comerciante desempeña el mismo papel que en tal tipo de operaciones desempeña o puede desempeñar el no comerciante: se trata de una operación aislada que no forma parte de un proceso comercial o sea, lineal, de operaciones encadenadas.

El sometimiento de este tipo de operaciones a la jurisdicción y normativa mercantiles no puede, pues, fundarse en la exigencia de la rapidez propia de las operaciones típicas; *podrá*, sin embargo, justificarse por otros motivos: bien sean los mismos a tener en cuenta en el caso de operaciones aisladas realizadas por un no comerciante, bien sea la consideración de que el comerciante profesional, aun actuando al margen de su negocio, conoce a fondo las reglas de juego y los usos mercantiles, y se somete naturalmente, y por la sola razón de su *status*, a ellos.

El Código francés resuelve automáticamente el problema mediante la aplicación de dos principios generales, distintos según se trate de actos concluidos entre comerciantes o de actos subjetiva u objetivamente mixtos. En el primer supuesto rige la regla general de mercantilidad de todas las obligaciones entre comerciantes establecida en el artículo 631, 1.º; esta norma sujeta a la legislación mercantil *todas* las operaciones comerciales del comerciante sin dar trascendencia al hecho de que formen parte o no del giro o tráfico de un determinado tipo de negocio o actividad comercial. En el segundo supuesto, no siendo aplicable el párrafo 1.º del artículo 631, ni el apartado noveno del artículo 632 —se trata de un acto *mixto*— rige lo dispuesto en el resto de este último precepto y en el párrafo 2.º del artículo 631 por aplicación directa de la doctrina de los actos de comercio. La sumisión, por tanto, de los actos atípicos, tiene una distinta justificación en cada caso: en el primero parece encontrarse en el simple *status* de comerciante: cuando este contrata con otro comerciante se entiende sometido a las normas generales de la contratación mercantil, perfectamente conocidas y asumidas por ambos; en el segundo se da la misma justificación que en el caso de los denominados «comerciantes ocasionales», de aquéllos que, según Jousse, «*ne font du commerce qu'en passant*».

El HGB resuelve el problema por medio de la norma general contenida en el párrafo segundo del artículo 343: «Las operaciones men-

cionadas en el artículo 1.º de este Código —dice— son consideradas igualmente actos de comercio cuando han sido realizadas por un comerciante que lo sea en el ejercicio de un negocio que suponga habitualmente asuntos de otra naturaleza». Como puede verse, la calificación, aquí, de acto de comercio resulta de la simple condición personal de su autor. Esta particularidad resulta especialmente clara en las normas que regulan casuísticamente los que hemos llamado actos mixtos; en ellos se tiene particular cuidado en distinguir como, por ejemplo, hace el artículo 366, los actos de un comerciante realizados *en el ejercicio de su comercio* (actos de giro y tráfico) de aquéllos en que sólo interesa saber si su autor es comerciante, como ocurre en el artículo 348, sin importar la naturaleza típica o atípica del acto realizado.

Particularmente importante a este respecto es el artículo 346, que establece que *entre comerciantes* —sin otro requisito— para apreciar el sentido y alcance de sus actos y omisiones, se tendrán en cuenta las costumbres y usos mercantiles.

De lo dicho anteriormente se deduce la distinción, dentro del concepto de comerciante, del *comerciante genérico* frente al *comerciante específico*. Distinción cuya trascendencia se refleja en el hecho de que un acto puede quedar sometido a la normativa mercantil bien por formar parte de la actividad típica de una persona que es comerciante en una rama específica, bien por el solo hecho de que su autor sea simplemente comerciante.

D.—*La solución de los Códigos de comercio francés y alemán al problema de la colisión de ordenamientos.*—La colisión de ordenamientos civil y mercantil plantea problemas que no pueden resolverse mediante fórmulas simplistas: la existencia de actos subjetivamente mixtos, de actos unilaterales, de actos accesorios y de actos atípicos complica las cosas y pone a prueba los criterios, el ingenio y la técnica del legislador.

El Código de comercio francés, preocupado por la necesidad de someter a la legislación mercantil las operaciones comerciales ocasionales, inventa el concepto de «acto de comercio», resuelve con él una cuestión que los autores de las Ordenanzas de Luis XIV habían dejado de lado, regula muy defectuosamente los actos accesorios y olvida el enorme problema de los actos objetivamente mixtos o unilaterales. Y si la jurisprudencia —seguida a distancia por el legislador— intenta rellenar los huecos de una enumeración tenida inicialmente por exhaustiva, es también una intensa labor jurisprudencial la que resuelve, con criterios fluctuantes y no siempre ortodoxos, las cuestiones más difíciles que la colisión de ordenamientos plantea.

No es más favorable la crítica que del sistema adoptado por el HGB puede hacerse: la «lista» del artículo 1.º no es menos incompleta que la del «Code», aun contando con la válvula de escape del artículo 2.º. Con una técnica legislativa aparentemente perfecta, resuelve el tema de los actos accesorios y el de los atípicos: pero enfrentado con los actos subjetiva u objetivamente mixtos recurre a una casuís-

tica que equipara los actos especulativos del no comerciante a los actos «civiles» del consumidor; casuística que lleva a una constante actuación jurisprudencial exigida por el surgir de nuevas actividades y formas contractuales.

Colocados, cronológicamente, entre el Código francés y el alemán, los Códigos de comercio españoles —y, muy especialmente el Código de 1829, del que el de 1885 no es otra cosa que una segunda versión— tienen el mérito de haber enfocado de forma absolutamente original los problemas planteados por la colisión de los ordenamientos civil y mercantil y de haberlos resuelto con una técnica legislativa y una economía de medios absolutamente sorprendentes.

### III.—*Los actos de comercio en el Derecho español.*

A) *Normas fundamentales.*—Las normas fundamentales a tener en cuenta son las siguientes:

*Artículo 1.º.*—Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

*Artículo 116.*—El Contrato de Compañía...será mercantil cualquiera que fuere su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

*Artículo 239.*—Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.

*Artículo 224.*—Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

*Artículo 303.*—Para que el depósito sea mercantil se requiere: 1.º Que el depositario, al menos, sea comerciante. 2.º Que las cosas depositadas sean objeto de comercio. 3.º Que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o consecuencia de operaciones mercantiles.

*Artículo 311.*—Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes: 1.º Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2.º Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.

*Artículo 320.*—El préstamo con garantía de efectos cotizables hecho en pólizas con intervención de Agente Colegiado se reputará siempre mercantil.

*Artículo 325.*—Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente con ánimo de lucrarse en la reventa.

*Artículo 326.*—No se reputarán mercantiles: 1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo

encargo se adquieren. 2.º Las ventas que hicieren los propietarios y labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados o de las especies en que se paguen las rentas. 3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres. 4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.

*Artículo 346.*—Las permutas mercantiles se regirán por las mismas reglas que van prescritas en este título respecto de las compras y ventas, en cuanto sean aplicables a las circunstancias y condiciones de aquellos contratos.

*Artículo 349.*—El contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género se reputará mercantil: 1.º Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio. 2.º Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el portador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público.

*Artículo 380.*—Será mercantil el contrato de seguro si fuere comerciante el asegurador y el contrato a prima fija.

*Artículo 439.*—Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aun cuando el fiador no sea comerciante.

*Artículo 443.*—La letra de cambio se reputará acto mercantil y todos los derechos y acciones que de ella se originen, sin distinción de personas, se regirán por las disposiciones de este Código.

*Artículo 532.*—Las libranzas a la orden entre comerciantes y los vales o pagarés también a la orden que procedan de operaciones de comercio producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio excepto en la aceptación, que es privativa de éstas.

*Artículo 567.*—Son cartas-órdenes de crédito las expedidas de comerciante a comerciante o para atender a una operación mercantil.

*Artículo 2, 2.º.*—Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

*Artículo 2, 1.º.*—Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

B) *La doctrina.*—Los textos transcritos han tenido la virtud de producir una evidente perplejidad—no pocas veces acompañada de una no menos evidente irritación— en nuestra más solvente doctrina mercantilista; si ya Alvarez de Manzano se extrañaba de la falta de coincidencia de los «actos de comercio» del Código con el concepto «filosófico» de actos de comercio por él establecido y caracterizado por las tres notas de ser acto de cambio, acto de mediación y acto realizado con ánimo de lucro, Joaquín Garrigues inició, consagró y resumió la opinión dominante a mediados de siglo al condenar, sin apelación al Código calificándolo de «híbrido o incoherente» (*Curso de Derecho*

*Mercantil*, Vol. I, pág. 148 de la séptima edición). Siguiendo el ejemplo de tan insigne maestro, Manuel Broseta afirma que del contenido del Código de Comercio es imposible averiguar qué es o cuál es el concepto de acto de comercio que su artículo segundo parece convertir en el centro del Derecho Mercantil codificado (*Manual de Derecho Mercantil*, 1971, pág. 52). Sánchez Calero abunda en esta apreciación y escribe: el acto de comercio es un concepto cuya esencia no ha podido aclararse a pesar de los esfuerzos de la doctrina y menos aún con la fórmula tan amplia como estéril que utiliza el párrafo 2.º del artículo 2.º del Código de Comercio (*Instituciones de Derecho Mercantil*, 6.º edición, pág. 28). Jesús Rubio, por su parte, afirmó que no le había sido posible advertir que el codificador hubiera observado en tal materia ningún criterio previsible y coherente (*Introducción al Derecho Mercantil*, pág. 437).

Opiniones éstas que, curiosamente, han sido expresadas después que Emilio Langle escribiera: Si los teóricos del Derecho no han conseguido estructurar doctrinalmente el resultado legislativo que se ha producido por una evolución económico-jurídica de la vida real, son ellos los llamados a dimitir y no los Códigos (*Las Directrices fundamentales del Derecho Mercantil*. RDM., 1947, pág. 322).

Esta incapacidad de la doctrina por entender al legislador mercantil ha desembocado en una actitud que no puede calificarse más que de sorprendente: Sánchez Calero (*Loc. cit.*) afirma que la imposibilidad de aclarar la naturaleza del acto de comercio *ha sido razón suficiente* para que la doctrina mercantilista se haya orientado hacia la idea del empresario y los actos en que se concreta su actividad; para Rubio, nuestra doctrina, después de más de medio siglo de esfuerzos inútiles por encontrar un criterio unitario para vincular «comercio» en cualquier sentido económico a la materia mercantil privada incluida en la Ley de 1885 ha terminado por renunciar a él orientándose actualmente por criterios profesionales, en lo esencial a través del empresario y la empresa, exprimiendo hasta el máximo los elementos subjetivos del Código. Por último, para Broseta, no hay que buscar el fundamento y concepto de nuestra disciplina en el Derecho presente en el Código de Comercio *viejo, decimonónico y atrasado* (sic), sino en el derecho vivo destinado a regular la realidad económica actual. La consecuencia inevitable de esta toma de posición de la doctrina es alcanzada brillantemente por Rodrigo Uría, que estructura su obra sobre el concepto de empresa y silencia en el índice alfabético que la acompaña la existencia misma de nada que responda a la denominación de acto de comercio.

Dicho de otro modo: en los textos citados se prescinde de algo que evidentemente está en el Código para explicar algo que evidentemente no es posible encontrar en él. Lo cual no deja de ser paradójico tratándose de obras escritas con la exclusiva finalidad de iniciar a los estudiantes universitarios en el conocimiento de nuestro Derecho mercantil positivo.

C) *Crítica*: El ensañamiento —de «crítica implacable» lo califica Emilio Langle— con que ha sido tratado nuestro Código de comercio es consecuencia de cinco ideas que, por darse —consciente o inconscientemente— como obvias y, por tanto, sin previa alegación expresa y sin justificación suficiente, deben ser calificadas de simples prejuicios.

La primera consiste en dar por sabido que nuestro Código de comercio es una transposición, traducción o versión más o menos afortunada —o desafortunada— del Código francés. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia españolas es constante el empeño en leer el Código Napoleónico a través de los artículos del nuestro; como consecuencia<sup>9</sup> cuando se encuentra alguna disparidad entre ambos, o bien se pasa por alto, o bien es considerada como una variante estilística o formal. Cuando, por ejemplo, nuestro artículo primero define al comerciante como la persona que, con capacidad para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente, esta norma «se lee en francés» y se afirma que, en nuestro Derecho, es comerciante quien realiza habitualmente actos de comercio: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1907 afirmó que, constituyendo el comercio

«la realización de actos mercantiles regulados por el Código de comercio de naturaleza análoga, la práctica ordinaria y frecuente de dichos actos por una persona es la que da a ésta la condición de comerciante».

Y la sentencia del mismo Tribunal de 8 de julio de 1907 que:

«la realización habitual o frecuente de actos que se hallen regulados por el Código de comercio o sean de naturaleza análoga a éstos determinan la cualidad de comerciante de la persona que los ejerza, conforme a los artículos 1.º y 2.º de dicho Código y jurisprudencia de este Supremo Tribunal».

En el mismo sentido y con idéntica mentalidad, Joaquín Garrigues afirma que «la investigación esencial consiste en determinar cuáles son en sí mismo considerados los *actos mercantiles* cuya reinteracción profesional arrastrará luego la condición de comerciante».

Otro ejemplo de este tipo de «lectura» del Código lo encontramos cuando, al comprobarse la inexistencia en él de una lista de actos de comercio parecida a la del Código francés, se afirma por Vicente Gella que nuestro Código contiene una *lista tácita* —sin atribuir otro significado ni dar importancia distinta de la meramente formal, a la que es una diferencia esencial entre los mecanismos básicos de uno y otro Código.

Quizá el más significativo ejemplo de afrancesamiento de nuestra doctrina se encuentra en el hecho de que en obras prestigiosas de Derecho mercantil *español* se intenta estudiar la figura de los *actos de comercio mixtos*, importantísimos en la vida jurídica francesa y totalmente inexistentes en la nuestra.

La segunda idea o prejuicio —consecuencia directa de la primera— es la supuesta sinonimia entre «acto de comercio» y «operación co-



mercantil». Para nuestra doctrina, desde Blanco Constans hasta hoy, «acto de comercio» no es ni puede ser otra cosa que la denominación jurídica de lo que en el mundo económico recibe el nombre de «operación comercial». Esta pretendida sinonimia lleva a hablar —cuando las dificultades resultan insuperables— de «acto de comercio en sentido económico» y de «acto de comercio en sentido jurídico» e, incluso (Garrigues), de un «concepto legal de operación de comercio». Con esta injustificada identificación, la piedra de escándalo se encuentra en el artículo 303 del Código de comercio, que exige para que el depósito sea acto de comercio que el depositario, al menos, sea comerciante, que las cosas depositadas sean objeto de comercio y que el depósito *constituya por sí una operación mercantil* o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles. Ante tamañas exigencias, si Alvarez de Manzano no alcanzaba a comprender cómo, en el caso en que el depósito fuera una operación comercial, podían exigirse otros dos requisitos para calificarlo acto de comercio, Joaquín Garrigues afirmó rotundamente que

«con este sistema el Código incurre, al *definir* el depósito, en manifiesta petición de principio: decir que para que el depósito sea mercantil, aparte de otras circunstancias, se requieren que constituya por sí una operación mercantil, vale tanto como decir que el depósito es mercantil cuando es mercantil; porque, *para saber si un depósito dado constituye operación mercantil habrá que acudir al concepto general de acto de comercio en el artículo 2.º*; mas este precepto nos vuelve a enviar al articulado para ver si el acto en cuestión está incluido en el Código. De este modo vendremos nuevamente a parar al artículo 303 sin haber resuelto la cuestión».

Como puede verse por la frase subrayada, se presupone una absoluta sinonimia entre «operación mercantil» y «acto de comercio»: según Garrigues, para saber si el depósito es una *operación mercantil* hay que acudir al concepto general de *acto de comercio*.

La tercera idea errónea resulta difícilmente explicable —y más difícilmente excusable; consiste en poner el centro de gravedad de nuestro Código, no en su articulado sino en su Exposición de Motivos: una Exposición de Motivos, que es olvidada cuando en otros extremos exhibe una absoluta divergencia con el texto legal —por ejemplo, al tratar de los usos de comercio o de la compraventa de inmuebles— es reverenciada y considerada texto sagrado cuando trata de los actos de comercio. Para todo el mundo es evidente que afirmar

«... si para el Código anterior el Derecho mercantil parece ser el propio y peculiar de una serie de ciudadanos, el Proyecto, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que lo celebren... Por esto

se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no la calificación de mercantiles con independencia de las personas que en ellos intervienen»,

contrasta violentamente con la más superficial de las lecturas del articulado; y si esto es así, no creo sea difícil decidir por cuál de los dos textos hay que optar. Pero, contra toda previsión, la doctrina opta por la Exposición de Motivos: no es ésta la que sufre la acusación de incoherencia sino el Código; una extraña inversión de valores, tanto más notable cuanto que, cualesquiera que fueran los méritos —y fueron sobresalientes— de su autor, don Bienvenido Oliver, es sabido que ni formó parte de la Comisión redactora ni dio excesivas pruebas de dominar a fondo el texto legal de cuya motivación había sido encargado.

La cuarta idea o prejuicio que se halla en la base de la actitud de nuestra doctrina mercantil consiste en creer —o en dar por sabido— que el legislador no puede tener más que un motivo o razón para someter algo a la normativa mercantil; es la misma idea que lleva al legislador francés a un planteamiento defectuoso de todo su sistema. Así, por ejemplo, Joaquín Garrigues, al afirmar que los actos regulados por partida doble —civil y mercantilmente— «plantentan con mayor fuerza el problema de su calificación y parecen más aptos para descubrir la *esencia* del acto mercantil *porque esa esencia intransferible habrá inspirado, racionalmente, la separación legal*» parte de la idea errónea de que la calificación de algo como acto de comercio y, por tanto, su sujeción a la normativa mercantil, es debida a una y sólo a una razón y tiene significado inequívoco: la separación legal sólo puede ser debida a la *esencia del acto*. Como se ha visto antes respecto de los Códigos francés y alemán, y se verá seguidamente respecto del Código español, el legislador ha tenido múltiples razones, todas ellas distintas y alguna sin relación ninguna con «la esencia del acto» para someter algo a su normativa. Para la doctrina española, desorientada por muchos motivos, ninguno de ellos justificado, toda operación económicamente comercial debe ser un acto jurídico de comercio y, viceversa, aquéllo que el Código de comercio califica de acto de comercio no puede ser otra cosa que una operación comercial.

Lo cual lleva a un nuevo error: el de creer que los artículos que encabezan cada una de las regulaciones relativas a los contratos mercantiles —y que han sido anteriormente transcritas— contienen *definiciones* de éstos, cuando lo que hace el Código no es definir los contratos de sociedad, mandato, depósito, préstamo, compraventa, permuta, cesión de créditos, transporte, seguro, fianza, cambio, reconocimiento de deuda y mandato de crédito *mercantiles*, es decir, *comerciales*, sino *establecer un sistema de normas de conflicto* que resuelvan el problema producido por la colisión de los dos ordenamientos —civil y mercantil—, del mismo modo que los artículos 8 al 11 del Código civil establecen un sistema de normas de conflicto que resuelvan el problema de la colisión de un ordenamiento español con otro extran-

jero. Y, si parecería absurdo suponer que el hecho de que una relación, acto o negocio quede, en virtud de lo dispuesto en nuestro Código civil, sujeto a la legislación española, es debido a que tal relación, acto o negocio *es español* —y no menos absurdo esperar que de tales normas pueda deducirse la esencia de la «españolidad»—, también es absurdo tanto creer que si unas normas de conflicto interdisciplinario sujetan ciertos actos al Derecho mercantil, ello es debido a que tales actos son comerciales —como que de tales normas puede deducirse un criterio de «comercialidad».

Ninguno de estos errores se habría cometido si se hubiera dado la importancia debida a tres peculiaridades que nuestro Código presenta de forma visible; peculiaridades que por sí solas permiten sospechar que el mecanismo a que nuestro Código obedece es distinto tanto del Código francés que le precedió como del del Código alemán de 1897.

La primera se encuentra en la definición del comerciante ya anteriormente señalada: no sólo el Código de 1829 no siguió el ejemplo del Código francés, sino que el de 1885 insiste en la misma fórmula, a pesar de la repetición de la del francés en el primer Código de comercio italiano. Ninguno de los dos Códigos españoles intenta la definición *jurídica* de la actividad comercial; se limitan a decir que es comerciante quien se dedica al comercio y, al modo de Stracca (*Eum etiam mercatorem dici qui vulgi opinione pro mercatores habetur*), deja a la realidad socio-económica la tarea de distinguir lo que es comercio de lo que no lo es. Para nuestro Código no es comerciante quien realiza «actos de comercio», sino quien ejerce el comercio.

La segunda distingue no menos radicalmente nuestro Código de los restantes Códigos de comercio europeos —anteriores y posteriores a él—. Como ya se ha visto, tanto en Derecho francés como en Derecho alemán —y lo mismo se puede decir de los dos códigos ochocentistas italianos— la calificación y concepto de «acto de comercio» es *relativa y personal*; todo acto de comercio sólo lo es *para alguien* y este alguien no puede ser silenciado; una compraventa puede ser mercantil para el vendedor solamente, para el comprador solamente o para ambos; y *cada uno de los tres supuestos tiene una regulación legal distinta*. Con ello se origina la importante doctrina de los *actos de comercio mixtos*. Pero en los Códigos de comercio españoles —el de 1829 y el de 1885— ocurre exactamente lo contrario: cuando un acto es calificado de acto de comercio, *tal calificación es absoluta y total*: un contrato o bien es acto de comercio para ambas partes o bien no lo es para ninguna; y tal calificación arrastra en su totalidad y en bloque una regulación legal específica sin excepciones ni casuismos de ninguna clase. Consecuencia de este planteamiento es la inexistencia de actos de comercio mixtos. Bastará esta peculiaridad para deducir correctamente la imposibilidad de que la expresión «acto de comercio» equivalga a la económica de «operación comercial»: no hace falta una excesiva agudeza para encontrar infinitos casos en que algo es «operación comercial» para una parte contractual y no lo es para la otra.

La tercera peculiaridad apunta a la «lista» de actos de comercio del artículo 632 del Código francés —y a la de actividades comerciales del artículo 1.º del HGB. Si se ha dicho que nuestro Código incluía una «lista tácita» de actos de comercio, nadie ha creído necesario formularla ni compararla con la de aquellos Códigos. Tomándose esta molestia el lector podrá comprobar lo siguiente: las listas de los Códigos francés y alemán, con pequeñas variantes que carecen de importancia, son sustancialmente de naturaleza análoga al contener, más que actos, *actividades* tenidas tradicionalmente por comerciales. En cambio, lo que contiene la «lista tácita» española no es otra cosa que los *contratos* tradicionales civiles de sociedad, mandato, depósito, préstamo, compraventa, permuta, cesión de créditos y fianza, con el añadido de los *contratos* no menos tradicionales mercantiles de transporte, seguro, cambio, y mandato de crédito. Lista que, como puede verse, es de naturaleza radicalmente distinta de la contenida en aquellos Códigos y sin parentesco alguno con la de ningún Código europeo.

D) *El Código de comercio de 1829.*—Con estos antecedentes es ya posible entrar en el estudio del mecanismo a que obedece nuestra legislación mercantil. Sin embargo, y para facilitar esta tarea, creo preferible enfocar el tema históricamente partiendo de la constatación de que nuestro actual Código de comercio no es otra cosa que la segunda edición, corregida y aumentada, del Código de 1829, sin cambio alguno en el mecanismo y estructura de éste —mecanismo y estructura más fáciles de percibir en la «primera edición».

Primera edición que tiene por autor a don Pedro Sáinz de Andino, jurista capaz de redactar sin ayuda de nadie un Código de comercio que fue considerado por la doctrina europea —particularmente francesa— como el mejor de su tiempo y cuyo pensamiento, por tanto, no puede ser calificado de «híbrido e incoherente» sin motivos muy fundados.

Es difícil, debido a la falta de documentación procedente del personaje, llegar en cuanto a la génesis y maduración de su pensamiento a afirmaciones irrefutables; pero me atrevo a suponer que, al planear la redacción del Proyecto Oficial de Código de comercio para el Reino —que no conseguiría pasar de proyecto— y al distribuirse el trabajo entre los miembros de la Comisión, no sólo existía el propósito de rechazar el modelo francés, sino que ya se había ideado un sistema distinto con que sustituirlo; también me atrevo a suponer que este sistema —distinto tanto de la doctrina clásica como de la legislación napoleónica— fue desarrollado de manera poco satisfactoria en el proyecto planeado; y que durante su redacción, Sáinz de Andino maduró la idea original dándole una perfección hasta ahora no alcanzada por ningún Código.

La idea básica del proyecto se deduce con bastante claridad del guión adoptado para el Libro III, destinado a la regulación de los contratos comerciales en general :

«Aquí —dice— deben comprenderse todos los tratos y obligaciones ordinarias de comercio como compras, fianzas, préstamos, depósitos, comisiones y mandatos y de los cambios».

Creo que este texto es consecuencia del siguiente razonamiento: el sistema francés de localización de los denominados actos de comercio falla estrepitosamente al topar con la realidad; aunque el artículo primero defina al comerciante en función de ellos, la lista del artículo 632, salvo en dos supuestos, lo que enumera no son *actos*, sino *operaciones complejas y actividades* —precisamente aquello que hace el comerciante habitualmente y que le caracteriza. Pero, por desgracia, tales *operaciones complejas* y tales *actividades*, no aparecen ni son presentables como tales —es decir: como *unidades jurídicamente significativas*— al jurista. Para el Derecho —para el jurista y para el Juez— no hay, en el terreno patrimonial, otra unidad significativa que el contrato y lo que hay que decidir es cuándo un determinado contrato, considerado en sí mismo y con el menor número posible de referencias a circunstancias externas a él, está sujeto a una jurisdicción —y por tanto, a una legislación— distinta de la civil. Las *operaciones comerciales* —generalmente complejas— no aparecen sobre la mesa del jurista como tales: lo que éste contempla (y no puede contemplar otra cosa) son las unidades jurídicas mínimas de que están constituidas; o sea, los contratos tradicionales.

Planteadas las cosas de este modo, aparece como inútil cualquier lista; porque lo cierto es que en tres mil años de historia no se han inventado otros contratos que los de compraventa, permuta, arrendamiento (de cosas y de servicios), sociedad, mandato, depósito, fianza, préstamo, seguro y renta vitalicia —a los que cabe añadir los inventados por el estamento mercantil para el comercio terrestre: la letra de cambio y sus variantes.

La idea fundamental, pues, del Proyecto redactado por la Comisión, de la que Sáinz de Andino era secretario y uno de los ponentes, es ésta: por compleja que sea una operación o una actividad mercantil, ésta entrará en el mundo jurídico fraccionada en los «cuerpos simples» que la componen: y estos «cuerpos simples» no son ni pueden ser otros que los contratos conocidos por el Derecho civil con el añadido de la Letra de Cambio.

El desarrollo de esta idea en el citado proyecto no fue excesivamente brillante. Porque al enfrentarse con el problema de la determinación de cuándo un negocio jurídico tradicional quedaba sometido a la jurisdicción y a la legislación mercantiles y cuándo no —es decir, al enfrentarse con el problema de la colisión de ordenamientos y de la consiguiente estructuración de un sistema de normas de conflicto— no supo plantear ni resolver adecuadamente las múltiples cuestiones suscitadas por la existencia de contratos accesorios, atípicos, mixtos y unilaterales. Los contratos regulados en dicho proyecto —sociedad, comisión, transporte, depósito, compraventa, permuta, préstamo, seguro terrestre y letra de cambio— lo son con la idea tácita de que se per-

feccionan entre comerciantes; no hay otras normas especiales que las contenidas en los artículos 17, 20 y 21, según las cuales no son actos de comercio —es decir, no son de competencia de la jurisdicción consular— «las ventas, permutas, cambios o cualesquiera otros contratos hechos entre particulares o corporaciones que no ejerzan el comercio», ni «los préstamos o anticipaciones que hicieren los comerciantes o los que no lo son» ni «los libramientos, cartas órdenes o letras de cambio dadas por comunidades o personas que no ejerzan el comercio». Y estas normas son, evidentemente, rudimentarias e insuficientes.

Respecto de este último problema —establecimiento de un sistema de normas de conflicto que dirima las cuestiones producidas por la colisión de los ordenamientos civil y mercantil— Sáinz de Andino descubrió la posibilidad, sin duda sugerida por el artículo 3 del Título XII de las Ordenanzas de Luis XIV y por el último apartado del artículo 632 del Código de comercio francés, de resolverlo mediante fórmulas —una para cada contrato— que, a pesar de su extraordinaria simplicidad, atienden a todas las situaciones que la vida real puede ofrecer.

Por otra parte, el autor del Código de 1829 conocía perfectamente el Código de comercio napoleónico y sus defectos —ya puestos de relieve por una parte de la doctrina— y no puede extrañar, por tanto, que se propusiera no caer en ellos.

Tales consideraciones —que sólo en parte son hipotéticas— explican perfectamente el mecanismo a que obedece el primer Código de comercio español, mecanismo que puede sintetizarse en las siguientes notas o características:

*Primera* —Absolutización del concepto de «acto de comercio». Ya se ha visto que, para el legislador francés, este concepto es *relativo* en el sentido de que *sólo respecto de alguien* puede afirmarse o negarse que algo es acto de comercio, lo cual lleva como consecuencia la necesidad de atender a los *actos mixtos* —aquéllos que son acto de comercio para una parte y no para la otra. El Código español de 1829 construye el concepto como *absoluto*: si algo es acto de comercio lo es para todos los que en él intervienen.

*Segunda*.—Eliminación de la falta de coincidencia que se produce en el Código francés entre actos sujetos a la legislación mercantil y actos sujetos a la jurisdicción de los Tribunales de Comercio. Ya se ha visto antes que, con arreglo al Código Napoleónico, es posible la existencia tanto de actos de comercio sujetos a la legislación civil como actos civiles sujetos a la jurisdicción de los Tribunales mercantiles. El Código español de 1829 dispone:

Artículo 1.199: La jurisdicción de los Tribunales de comercio es *privativa* para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes...de actos de comercio.

Artículo 1.203: La jurisdicción de los Tribunales de comercio no es prorrogable sobre personas o cosas ajenas a ella aun cuando convengan en la prorrogación las partes litigantes.

En consecuencia, los actos de comercio son de exclusiva competencia de los Tribunales de comercio y los actos civiles son de exclusiva competencia de los Tribunales civiles.

*Tercera:* Consecuencia ineludible de la absolutización del *acto de comercio*, es la construcción de éste al margen y con independencia del concepto de *operación comercial*. Si es imposible negar que la venta hecha por un comerciante a un consumidor es operación comercial para el primero y simple contrato civil para el segundo, la absolutización del acto de comercio no supone —como más de uno puede haber creído— que el legislador cae en un injustificado trato de favor para el comerciante. Lo que hace el legislador es desligar ambos conceptos: «acto de comercio» no es la denominación jurídica que se da al acto económico llamado *operación comercial*; la expresión «acto de comercio» no quiere decir otra cosa que «acto sujeto a la legislación y a la jurisdicción mercantiles» sean o no, formen parte o no de una operación comercial para una o para las dos partes contratantes.

«Operación comercial» y «acto de comercio» no son, pues, en el Código de 1829, expresiones sinónimas. El texto íntegro del artículo 1.199 del Código de 1829 es como sigue:

«La jurisdicción de los Tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificados de actos de comercio».

De cuyo texto resulta claramente que una negociación, un contrato o una operación mercantil, puede no ser acto de comercio. Para que la jurisdicción de los Tribunales mercantiles se extienda a ella no es suficiente con que sea una operación comercial; como tampoco es suficiente que una operación sea comercial para que reciba la calificación de «acto de comercio»; esta calificación la da el Código o la niega por otras muchas razones.

*Cuarta.*—En consecuencia, el comerciante no puede ser definido en función del «acto de comercio»: es acto de comercio aquél que queda sometido a la normativa y jurisdicción mercantiles y lo que hace el comerciante no son «actos sujetos a la legislación mercantil», sino operaciones comerciales no pocas veces sujetas a la legislación civil. De ahí que, apartándose de la fórmula utilizada por el Código francés, el artículo 1.º dispone que:

«Se reputan en Derecho comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de los comerciantes y *tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil*, fundando en él su estado político.

*Quinta.*—La conceptualización del «acto de comercio» como acto sujeto a la legislación y jurisdicción mercantiles plantea el problema de-

rivado de la colisión de ordenamiento que se resuelve en el Código de 1829 con arreglo a las siguientes normas de conflicto:

«Artículo 264: El contrato de compañía...es aplicable a toda especie de operaciones de comercio bajo las disposiciones generales del Derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes de comercio.

Artículo 354: Pueden los comerciantes...interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ello con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos bajo la proporción que determinen.

Artículo 360.—No se considerarán mercantiles las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles. Las de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición, las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados. Las que hagan los propietarios y cualesquiera clase de personas de los frutos o efectos que perciban por razón de renta, dotación, salario, emolumento u otro cualquier título remunerativo o gratuito. Y, finalmente, la reventa que haga cualquiera persona que no profese habitualmente el comercio del residuo de los acopios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender y se reputarán mercantiles.

Artículo 386: Las permutas mercantiles se califican y se rigen por las mismas normas que van prescritas sobre las compras y ventas en cuanto éstas sean aplicables a las circunstancias especiales de este género de contratos.

Artículo 387.—Para que los préstamos se tengan por mercantiles es necesario: 1.º Que versen entre personas calificadas de comerciantes con arreglo al artículo 1 de este Código o que al menos el deudor tenga esta calidad. 2.º Que se contraigan en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste.

Faltando cualesquiera de estas dos condiciones se considerarán como préstamos comunes y se registrarán por las Leyes comunes del Reino.

Artículo 404: El depósito no se califica mercantil ni está sujeto a las reglas especiales de los de esta clase si no reúnen las circunstancias siguientes: 1.º Que el depositante y el depositario tengan la calidad de comerciantes. 2.º Que las cosas depositadas sean objeto del comercio. 3.º Que se haga el depósito a consecuencia de una operación mercantil.

Artículo 412: Para que un afianzamiento se considere mercantil no es necesario que el fiador sea comerciante, siempre que lo sean los principales contrayentes y que la fianza tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil.



Artículo 417: Pueden asegurarse los efectos que se transporten por tierra recibiendo de su cuenta el mismo conductor o un tercero los daños que en ellos sobrevengan.

Artículo 434: No siendo comerciantes los libradores o aceptantes de las letras de cambio, se considerarán éstas, en cuanto a los que no tengan aquella cualidad simples pagarés sobre cuyos efectos serán juzgados por las leyes comunes en los Tribunales de su fuero respectivo sin perjuicio del derecho de los tenedores a exigir el importe de estas letras, conforme a las reglas de la jurisprudencia mercantil de cualquier comerciante que haya intervenido en ellas.

Pero si dichas personas no comerciantes hubieren librado o aceptado las letras por consecuencia de una operación mercantil, probando el tenedor esta circunstancia, quedarán sujetas a la responsabilidad contraída en ellas a las leyes y jurisdicción del comercio.

El endoso, sea o no comerciante el que lo ponga, produce garantía de valor de la letra endosada, salva la reserva de su fuero respectivo a los endosantes que no sean comerciantes.

Artículo 558: Las libranzas a la orden de comerciante a comerciante y los vales o pagarés también a la orden que procedan de operaciones de comercio producirán las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio menos en cuanto a la aceptación y guardándose la restricción que previene el artículo 567.

Artículo 572: Para que se reputen contratos mercantiles las cartas órdenes de crédito han de ser dadas de comerciante a comerciante para atender a una operación de comercio».

Si el lector compara estas «normas de conflicto» con las contenidas en el Código actualmente vigente, anteriormente transcritas, comprobará su sustancial identidad. Salvo el cambio completo producido en la letra de cambio, el Código de 1885 se limitó a hacer pequeñas correcciones, no siempre acertadas, a las normas paralelas del de 1829 y a añadir algunos «actos de comercio» nuevos: comisión, préstamo con garantía de efectos cotizables, transporte y cheque —aparte de introducir la posibilidad, *por analogía*, de otros. Tales circunstancias y la conveniencia de evitar repeticiones innecesarias aconsejan tratar directamente de las normas de conflicto del Código vigente, utilizando las del Código de 1829 como simple punto de origen y de constante referencia.

E) *El Código de comercio de 1885.*—Suprimidos los Tribunales de comercio, el problema clásico del alcance de su competencia desapareció: la legislación mercantil regula *sustantivamente* algunos contratos de modo distinto a como lo hace la legislación civil y, lo que es infinitamente más importante, califica de mercantiles, con consecuencias decisivas, las obligaciones derivadas de los denominados «actos de comercio» e invierte parcialmente el orden de prelación de fuentes.

Por lo demás, el Código vigente no modificó en lo más mínimo el mecanismo básico del Código derogado. Como éste, no pretende

regular *directamente* las *actividades* típicamente comerciales; siendo éstas inalcanzables por el Derecho como unidades mínimas jurídicamente significativas, lo que contempla el Código actual, siguiendo al pie de la letra el mecanismo ideado por el de 1829, son los negocios en que, en último término, se descomponen las actividades de los comerciantes, es decir: los contratos tradicionales más la letra de cambio y restantes títulos de crédito. Como se ha visto, los retoques en este punto son mínimos, siendo el más importante de ellos la regulación de los contratos de sociedad colectiva, comanditaria y anónima —y, desde 1953, la de responsabilidad limitada— como contratos típica y exclusivamente mercantiles, es decir, como actos de comercio y no como simples peculiaridades del contrato civil de sociedad. Respecto de ellos, por tanto, no hay superposición de normativas —civil y mercantil— ni, en consecuencia, necesidad de norma de conflicto de ninguna clase. Lo mismo podría decirse de la letra de cambio si no se tratara de un simple título de crédito y, por tanto, de un documento que se limita a materializar las consecuencias de un contrato anterior cuya naturaleza habría que tener en cuenta.

Como en el Código de 1829, en el actual el concepto y la calificación de «acto de comercio» son *absolutos* tanto en el sentido de que un determinado negocio es o no es «acto de comercio» para todos los que en él intervienen como en el de que esta calificación arrastra consigo un bloque invariable de consecuencias. De forma taxativa, el artículo 2.º establece:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

De forma más explícita que en el Código de Sáinz de Andino, se elimina la posibilidad de que un acto sea *jurídicamente* mixto.

Igualmente, como en el Código de 1829, la «operación comercial» es un fenómeno meramente económico sin traducción jurídica; la expresión «acto de comercio» quiere decir «acto sujeto a la legislación mercantil», importando poco que sea o no para una o para ambas partes una operación comercial. Que una operación de este tipo puede no ser acto de comercio resulta claramente esta vez del artículo 303, que tanta perplejidad ha producido en no pocos autores; pero, para aquéllos que quieren seguir creyendo en una lamentable distracción del legislador bastará, para negar que acto de comercio y operación comercial sean expresiones sinónimas, tener en cuenta el carácter absoluto de aquella calificación; nadie puede negar que *económicamente* un acto puede ser y con enorme frecuencia es *unilateral*, es decir, de especulación para una parte y de consumo para la otra; el carácter *jurídicamente* absoluto del acto de comercio demuestra que acto de comercio y operación comercial son dos cosas distintas: sólo un pensamiento ingenuamente unilateral puede considerar obvio que el ca-

rácter evidentemente comercial *para el comerciante* de la reventa al consumidor permite calificar a la operación de *comercial para todos*; con el mismo fundamento —o en la misma falta de fundamento— se podría considerar a toda operación como *civil para todos*, por el solo hecho de serlo para una de las partes.

En cuarto lugar y a pesar de la fórmula del artículo 1.º del Código de comercio francés y de su reiteración en el Código Albertino, el Código español de 1885 insiste en desconectar al comerciante del acto de comercio: es comerciante quien, teniendo capacidad para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente. El «ejercicio del comercio» es un concepto económico y sociológico, no jurídico, y, contra lo que afirma la doctrina y la jurisprudencia, no es la realización de «actos de comercio» lo que atribuye la condición de comerciante: no son comerciantes ni el comisionista profesional (art. 244) ni quien «se dedica habitualmente a realizar transportes para el público» (art. 349), a pesar de que uno y otro, por definición, realizan actos de comercio y —con terminología francesa— hacen de ellos su profesión habitual.

Por último, los artículos que encabezan la regulación de los contratos de sociedad, cuentas en participación, comisión, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte, seguro, fianza, letra de cambio, libranza, pagaré, cheque y carta orden de crédito no contienen definición alguna de ninguna operación comercial sino que constituyen, simplemente, un *sistema de normas de conflicto* en un todo parecido al contenido en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil.

Con tales normas Sáinz de Andino ideó —y el Código actual recogió y completó— un procedimiento con el cual resolver con un solo artículo y con una fórmula única para cada contrato los complejos problemas planteados por la colisión de las normativas civil y mercantil y por la existencia de actos principales, accesorios, atípicos, mixtos y unilaterales. La perfección de la técnica legislativa llegó al virtuosismo —cualidad esta que, vista la doctrina posterior y actual ha resultado paradójicamente perjudicial para la comprensión y para el funcionamiento del sistema—. Lo cual no quiere decir que tales preceptos no adolezcan de imperfecciones terminológicas fácilmente subsanables, ni que sean acertadas o estén inmunes de crítica todas las soluciones adoptadas.

Crítica que debe hacerse en el propio terreno en que tales normas actúan —el de la colisión de ordenamientos— y no en otro terreno distinto: un sistema de normas de conflicto no tiene por objeto determinar la «esencia» de los actos a que se refiere ni, mucho menos, localizar la «materia» del ordenamiento de que forman parte; tiene por objeto contemplar los múltiples supuestos posibles ponderando los intereses en juego y dando la solución que, para cada caso, se estima más oportuna. Por tal razón la actitud crítica no puede ser global ni precipitada; y si, atendiendo a todos los supuestos posibles de uno o bilateralidad, accesoriedad y tipicidad, un caso relativamente sencillo cual es el de préstamo da lugar a cuarenta y ocho supuestos, de

los cuales, con arreglo a la norma de conflicto contenida en el artículo 311 del Código de Comercio, treinta y cuatro quedan sometidos a la legislación mercantil y catorce a la legislación civil, se caerá en la cuenta de la complejidad del sistema y de la economía de medios, con que ha sido formulado. Siguiendo con este mismo ejemplo su análisis detallado revela que las soluciones adoptadas obedecen al siguiente esquema:

- a) Todo préstamo que, con carácter principal o accesorio se concluye entre comerciantes por razón del comercio a que se dedican está sujeto a la legislación mercantil.
- b) Todo préstamo de consumo, cualquiera que sea la profesión de los que lo concluyen está sujeto a la legislación civil.
- c) Todo préstamo en que lo prestado se destine a financiar algún acto de comercio y en el que el prestamista no sea comerciante está sujeto a la legislación mercantil.
- d) Todo préstamo de la clase anterior en el que el prestatario no sea comerciante está sujeto a la legislación mercantil.
- e) Los préstamos de la clase anterior en los que ninguna de las partes sea comerciante están sujetos a la legislación civil.

Las «razones» del sistema legal, son totalmente claras: el supuesto a) constituye, como veremos, la regla general que delimita el núcleo más importante regido por el Derecho mercantil; el supuesto b) supone una posición de debilidad del deudor al que se beneficia con el *favor debitoris* propio de la regulación civil; el supuesto c), ante la colisión de intereses civiles y mercantiles beneficia al acreedor no comerciante con el *favor creditoris* propio del Derecho mercantil; el supuesto d) coloca al no comerciante especulador en la misma situación que tendría si fuera comerciante evitando con ello que pueda gozar de los beneficios de una actividad mercantil sin soportar sus exigencias; el supuesto e) da la solución derivada de la falta de razones que aconsejan la aplicación de una normativa pensada para el comercio profesional.

Análisis como el esbozado son los que espera nuestro Código de Comercio; porque es en el terreno de las *razones* que hayan podido tener el legislador para sujetar o no un contrato a la normativa mercantil y no en el que hasta ahora se ha movido la doctrina donde se hace posible y necesaria y una actitud responsablemente crítica.

Curiosamente, es a partir del momento en que el sistema de normas de conflicto interdisciplinario de nuestro Código de Comercio queda liberado de la carga que suponía la obligación de dar respuesta a preguntas incongruentes con su objeto y finalidad, cuando esta respuesta se hace posible. Porque del meticuloso, largo y aparentemente excesivo e inútil análisis de los centenares de supuestos que tal sistema, en pocos artículos contempla y resuelve, surge, no sólo la posibilidad de enumerar los diversos principios que el legislador ha sopesado y tenido en cuenta, sino la sorpresa de hallar un principio de aplicación general: porque el análisis exhaustivo del articulado antes transcrito

(artículos 116, 239, 244, 303, 311, 320, 325, 326, 346, 349, 380, 439, 443, 532 y 567 del Código de Comercio) permite descubrir la existencia de una regla básica común a todos los contratos regulados por el Código, que puede ser formulado del siguiente modo: *tales contratos son siempre actos de comercio—y, por tanto, están regulados por la legislación mercantil y dan origen a obligaciones y créditos mercantiles— cuando se realizan, como principales o accesorios entre comerciantes por razón del comercio a que se dediquen*; fórmula que no desmerece en nada de la que, a finales de siglo adoptó el legislador alemán.

Si esta —para algunos, sorprendente— constatación se hubiera materializado en un artículo destinado a enunciarla explícitamente, la doctrina española se habría abstenido de descalificar a nuestro Código y habría afirmado que el Derecho mercantil español regula los negocios jurídicos realizados entre comerciante por razón de su comercio, si bien en algunos casos y por razones perfectamente atendibles también somete a su regulación los contratos mixtos, los unilaterales y los atípicos —e incluso en algún caso los concertados entre no comerciantes. Pero también habría tenido la doctrina razón sobrada para calificar dicho precepto de redundante e innecesario al resultar de la aplicación de las normas de conflicto transcritas. Que es lo que supone decidió a Sáinz de Andino a no formularlo; aunque con este exceso de economía legislativa lo que consiguió fue que en la lectura del Código los preceptos de detalle reguladores de situaciones marginales, fronterizas y secundarias no dejaran ver lo que constituye, implícitamente, su núcleo fundamental.

Puede acusarse a la regulación de nuestro Código de comercio de haber incurrido en el error técnico de presentar como normas determinadoras de los requisitos mínimos exigidos para que algo sea calificado de acto de comercio, lo que en realidad no son otra cosa que excepciones a la regla general antes formulada; pero lo que, en todo caso hay que reconocer es que la regulación de los supuestos que no caben en la regla general —cualquiera que sea la crítica que pueda hacerse de las soluciones adoptadas para cada supuesto y de sus razones— es, técnicamente, muy superior a la fragmentaria e incompleta del Código francés y a la detallista, casuística y premiosa del Código alemán.

F) *El apartado segundo del artículo 2.º del Código de comercio.*— Las conclusiones que se derivan de las anteriores consideraciones permiten, ya, enfrentarse con los problemas que suscita el párrafo 2.º del art. 2.º del Código de comercio al disponer que serán reputados actos de comercio los comprendidos en el Código y cualesquiera de naturaleza análoga.

a) *Los actos comprendidos en el Código.* Antes de entrar en materia es conveniente recordar que el nudo de la cuestión se encuentra en el sistema de prelación de fuentes establecido en el párrafo 1.º del mismo artículo. Quiero con ello subrayar que el tema sólo merece ser estudiado y discutido cuando esté en juego la aplicación de tal sistema

de fuentes; en otro caso se trata de una mera cuestión académica que puede ser pasada por alto.

Como es sabido, la doctrina, al comentar el texto de referencia topa con la necesidad de precisar el significado de la expresión «comprendidos en este Código». Creo, sin embargo, que las dificultades a que esta expresión da lugar son más supuestas que reales y que, en el fondo, no son otra cosa que consecuencia de un inconsciente deseo de ampliar las esfera de actuación de la legislación mercantil, extendiéndola a lo que secularmente ha sido considerado de competencia de la legislación civil. Si nos negamos a la pretensión de *sustituir* —bajo el pretexto de *unificar*— el derecho patrimonial civil por las reglas de juego mercantiles y si conservamos la claridad de ideas suficiente para seguir creyendo que no son la ética y el Derecho civiles los admitidos o tolerados en tanto en cuanto ello sea ventajoso para los comerciantes, sino todo lo contrario, las dificultades que para una parte de la doctrina presenta la interpretación del citado texto legal, desaparecen casi por completo.

Si eliminamos, por meramente académicos —por las razones antes apuntadas— las cuestiones que plantean los cuasi-contratos y los hechos ilícitos —contractuales o extracontractuales—, la cuestión queda reducida, para el comercio terrestre, a determinar cuáles son los actos «comprendidos» en los dos primeros libros del Código de comercio. Así, simplificando el problema, resulta claro que todos los actos —o contratos— contenidos en el libro II son actos de comercio, no sólo por su propio enunciado («De los contratos especiales de comercio»), sino por la declaración solemne con que empieza la regulación de cada uno de ellos.

En lo que respecta a los distintos títulos que componen el libro primero cabe hacer las siguientes observaciones:

El título primero no parece que ofrezca dificultades; nadie ha pretendido nunca que la «autorización» del cónyuge (arts. 7 a 11) y las capitulaciones matrimoniales (art. 12) quedan convertidas por su sola «mención» en actos «comprendidos» en él y, por tanto en actos de comercio, con la consecuencia de quedar sometidos al orden de prelación de fuentes del párrafo 1.º del artículo 2.º. Pero tampoco se ha caído en la cuenta de que nos encontramos ante normas que, sin pertenecer realmente al ordenamiento mercantil —quiero decir, a un ordenamiento *especial*— son, sin embargo, normas *excepcionales* en el sentido de que constituyen excepción a la normativa civil de la que, en realidad, forman parte; excepcionalidad que resultaría mucho más visible si se hubieran incluido en el Cuerpo legal que les corresponde —como puede comprobarse, por ejemplo, en el supuesto contemplado por la norma *civil* contenida en el artículo 321 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña—. quede, de lo dicho, la idea de que un cuerpo legal cualquiera puede contener —y de hecho contiene no pocas veces— normas *excepcionales* que en realidad no forman parte del Ordenamiento especial donde se encuentran.

Tampoco los títulos II, III y IV ofrecen dificultades. En cuanto

al primero, su propia regulación reglamentaria se remite, como derecho supletorio, a la legislación hipotecaria —con lo que queda fuera del sistema de fuentes derivado de la calificación de algo como «acto de comercio»—, aparte de lo sorprendente que resultaría de calificar a los actos del Registrador Mercantil de «actos de comercio».

El título III (*De los libros y de la contabilidad del comercio*) carece de la posibilidad de ser complementado por el «Derecho común», por lo que su calificación como título que regula «actos de comercio» carece de trascendencia; el problema que suscita la inversión del orden de prelación de fuentes establecida en el párrafo primero del artículo 2.º no se plantea al carecer la legislación civil de normas que —ni remotamente— puedan ser aplicadas como supletorias.

Respecto del título IV (*Disposiciones generales sobre los contratos de comercio*) poco cabe decir: se trata de un título que no sólo establece normas aplicables a los contratos regulados en el Libro II —, como se verá más tarde, a los contratos «análogos» no comprendidos en él— sino que establece su propia prelación de fuentes, en virtud de la cual los artículos 50 al 63 deben ser complementados por los artículos 1.254 a 1.314 (en cuanto no hayan sido modificados por aquéllos), negándose toda beligerancia a los usos de comercio. La calificación como «actos de comercio» a los comprendidos en el título IV no arrastra, por tanto, la aplicación del orden de prelación de fuentes propia del Derecho mercantil.

El título VI (*De los Agentes mediadores de Comercio y de sus obligaciones respectivas*) establece expresamente (art. 88) el estatuto personal mercantil de las personas a las que se refiere. Y es de advertir que el carácter «personal» de este título convierte en simples «menciones», sin trascendencia calificadora, a las referencias a actos en que los Agentes Mediadores intervienen. La naturaleza mercantil o no de éstos resulta del restante articulado del Código y muy particularmente de su Libro II.

Queda por examinar el título V —objetivo de todas las pretendidas dudas suscitadas por el primer inciso del texto legal que nos ocupa. Porque la introducción, por ejemplo, de las ventas hechas en establecimientos abiertos al público en la categoría de «actos comprendidos en el Código» lleva prácticamente a someter la casi totalidad de los actos patrimoniales del consumidor a las reglas de juego mercantiles —y a incluir, a la fuerza, al no comerciante, en el territorio de caza del comerciante. Lo cual, doctrinalmente, sólo es posible forzando de un modo inadmisibile la economía de nuestro Código de comercio y silenciando el origen y naturaleza de la regulación contenida en este título.

En cuanto a lo primero, creo que hay que empezar por negarse a admitir que nuestro Código puede ser despachado con unos cuantos epítetos despectivos —por lo menos hasta que no se demuestre disponer de la ciencia y de la capacidad suficiente para hacer lo que fueron capaces de hacer nuestros legisladores ochocentistas. El Código

de comercio no es un informe centón ni sus normas están amontonadas al azar; por el contrario, obedece a un esquema simple y coherente del que no es lícito prescindir como si no existiera.

El Libro II, como se ha visto, establece las normas de conflicto a aplicar en los supuestos de colisión entre los ordenamientos civil y mercantil y es en él donde hay que hallar las que deciden cuándo un contrato es y cuándo no es mercantil —es decir, cuándo queda sujeto a la normativa mercantil y cuándo a normativa civil; y lo cierto es que no hay, en dicho Libro, mención alguna de los contratos concluidos en ferias, mercados o tiendas abiertas al público; pretender «completar» lo dispuesto en este Libro II —o, más concretamente, lo dispuesto en la sección primera del título VI de este libro II— con lo establecido en el título V del Libro I, amparándose en el ambiguo significado de la palabra «comprendidos» utilizada en el artículo 2.º, es evidentemente excesivo e indisimulablemente tendencioso; es necesaria una muy firme convicción de la absoluta falta en el legislador de la más elemental técnica legislativa para encontrar «normal» que al negar el artículo 326 la condición de mercantiles a las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieren no se añadiera «salvo que fueren hechas en almacenes o tiendas abiertas al público». Tanto más cuanto que esta interpretación supondría en el legislador la voluntad de romper con una tradición secular continuada y admitida en todos los códigos ochocentistas.

En cuanto a lo segundo —origen y naturaleza de la regulación contenida en el título V del Libro I del Código de comercio— no siendo éste el lugar indicado para una exposición pormenorizada— me limitaré a unas breves consideraciones reducidas en lo esencial a poner de relieve que dicho título contiene —con formulación muy aceptable— y extiende a situaciones más acordes con la realidad actual los restos de lo que en otros tiempos fuera el denominado «privilegio ferial». Privilegio que, contra lo que una visión simplista de las cosas permitiría suponer, tanto por su origen como por su ámbito y su contenido poco tuvo que ver con el *ius mercatorum*. A diferencia de éste, que tiene su origen en los propios comerciantes y su desarrollo en los gremios, en sus estatutos y en los estatutos de las ciudades italianas, el privilegio ferial es un acto de soberanía o de concesión por la autoridad política. Por su ámbito, si aquél se determina *ratione materiae* o *ratione personae*, éste se determina *ratione loci*; por su contenido, el privilegio ferial contiene, entre otros, tres importantes extremos: el tributario o fiscal —exención de impuestos—, el sustantivo —irrevindicabilidad de las mercancías adquiridas en feria— y el procesal —nombramiento del Juez (y del Notario) de la feria que, con el carácter de funcionario público dotado de conocimientos técnicos resuelve *sumariamente, pero no por equidad sino con arreglo al derecho aplicable en cada caso* las cuestiones originadas en el espacio y en el tiempo acotados por la feria; debiendo advertirse que tales cuestiones



tanto pueden ser de índole civil como de índole mercantil o de naturaleza criminal.

La jurisdicción ferial no impidió que, *en su interior* y sometidas a ella se establecieran otras jurisdicciones, como las representadas por los consulados de los comerciantes de las distintas naciones. Cuando —tras no pocas luchas— se produjo la absorción de la jurisdicción ferial por la jurisdicción mercantil, las cosas cambiaron por completo; así, por ejemplo, en la sustitución del Juez de la Feria de Lyon por un Tribunal de comercio, los jueces dejaron de depender de la autoridad real y fueron nombrados por los comerciantes, el Derecho que se aplicó fue exclusivamente el *ius mercatorum* y su ámbito se redujo a los litigios entre «*tous ceux qui vendent des marchandises et qui en achètent pour les revendre ou qui portent Bilan et tiennent Livres de Marchand ou qui stipulent des payements en temps de Foires*» (Edicto de julio de 1669).

La relación meramente tangencial entre el denominado *ius nundinarum* y el *ius mercatorum* explica la escasísima atención que a aquél dedican los autores clásicos. Stracca no habla de él, y en la compilación de Landry sólo hay una superficial referencia en los capítulos 7 y 9 del *De iure sistendi et manuum iniectio* de Petrus Peckius. Para Ansaldo un par de párrafos en su *Discursus Generalis* y, para Casarregis, no más de media docena de líneas son suficientes. La razón de esta parquedad se revela en De Luca cuando coloca el estudio de esta materia en el Libro II de su *Theatrum* que trata de las Regalías (Decs. 129 y 132 y *Summario* al final del Libro); porque esta circunstancia nos pone en la pista de la verdadera naturaleza del *ius nundinarum*. Se trata, pura y simplemente, de un privilegio de Derecho público, y por tanto de una normativa no especial sino excepcional de origen soberano y sujeta a revocación, reducción, modificación o ampliación según las necesidades políticas o económicas del momento.

Lo que hace nuestro Código es silenciar un aspecto tan antiguo como el fiscal —que ya fuera objeto único del capítulo LX del Libro IV del *Codex* justiniano—, conservar en forma rudimentaria su origen de concesión soberana (arts. 65, 81 y 82) y su especialidad procesal (art. 84) y extender al privilegio de irreivindicabilidad a las compras de mercaderías hechas en almacenes abiertos al público (art. 85). Consecuencia de todo ello no es la modificación de lo dispuesto en el libro II, sino el establecimiento de una normativa privilegiada —los autores clásicos hablan siempre de *privilegia nundinarum* —que *excepciona* tanto el Derecho civil común como al Derecho mercantil *especial*: prueba de lo primero es la repetición en el Código civil (artículos 464 y 1.500) de las normas sustantivas más importantes de este título —hecho que carecería de justificación si no se refiriera a compraventas civiles; y de lo segundo que tales normas también excepcionan las generales contenidas en el libro II del Código de comercio: no todas las ventas mercantiles gozan del privilegio de la irreivindicabilidad.

Los actos «comprendidos» en el título V del Libro I del Código

de comercio, no son, pues, *por su sola inclusión en él* actos de comercio sujetos al sistema de fuentes de nuestro Derecho mercantil; son actos que, pudiendo ser —por aplicación de la normativa del libro II— tanto civiles como mercantiles gozan en ambos casos de los *privilegios* —resto histórico del privilegio ferial— en aquel título consignados.

b) «*Y cualesquiera otros de naturaleza análoga*». La aislada referencia a la analogía contenida en el texto que estudiamos ha producido no poca perplejidad y ha sido origen de no pocos quebraderos de cabeza, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. La influencia del Derecho francés y, con ella, el empeño nunca abandonado de considerar a la regulación legal de los actos de comercio como un intento de traducir en términos jurídicos el fenómeno económico de «operación comercial» ha llevado a denunciar la inexistencia de criterio alguno que sirva a justificar el —desde este punto de vista— enmarañado sistema de nuestro Código. La simple mención de la palabra «analogía» lleva inexorablemente al concepto de *ratio legis*; y si la doctrina no encuentra *ratio* alguna en las normas del Código que «definen» —según ella— los contratos mercantiles, ¿cómo es posible encontrar los «actos análogos» de que habla el párrafo segundo del artículo 2.º? La jurisprudencia (S.T.S. 4 julio 1925, 26 enero 1926, 15 junio 1926, 8 octubre 1929, 16 de febrero 1933, 19 noviembre 1933, 5 octubre 1940, 16 abril 1942, 9 mayo 1944, etc.) partiendo de la errónea identificación entre el concepto jurídico de acto de comercio —y, por tanto, de acto sujeto a la legislación mercantil— y el concepto económico de operación comercial da a la palabra «analogía» un significado no jurídico sino vulgar y califica de acto de comercio todo aquello que le parece *económicamente* comercial; como resume perfectamente la Sentencia de 13 de marzo de 1936: «La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 2.º del Código de comercio, apartándose de las teorías desartolladas en el terreno doctrinal sobre el concepto civil y mercantil que adquieren ciertos negocios jurídicos, atiende, para calificar de uno u otro modo a los actos enjuiciados a la índole y finalidad de las operaciones habituales realizadas».

Acertadamente, Jesús Rubio se opone a esta manera de ver las cosas: si se prescinde del concepto *jurídico* de analogía y se presupone que el texto legal alude a una caracterización *económica* ligada a las concepciones usuales del tráfico, de lo que en realidad se prescinde es del texto legal; éste no hace referencia a actos análogos a los tenidos por comerciales en el mundo de los negocios sino a *actos análogos a los comprendidos en el Código*.

Creo que la salida de este callejón que parece no tenerla puede encontrarse a partir de las siguientes consideraciones. En primer lugar, del mecanismo ideado por Sáinz de Andino y de la propia dicción del Código de comercio resulta que *cualquier contrato nominado o innominado, inventado o por inventar, regulado por el Código o no regulado por él puede formar parte, como principal o como accesorio, de una operación comercial*. En esta materia no creo haya límite algu-

no —como no sea el de la propia capacidad inventiva del comerciante. No es, por tanto, en el *tipo* de contrato donde hay que buscar analogía alguna; quiero decir que el Código, en su artículo segundo, no se refiere a contratos que sean *análogos* a los de sociedad, cuentas en participación, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte, seguro, fianza, letra de cambio, libranza, pagaré, cheque o carta orden de crédito.

En segundo lugar, tampoco hay que buscar la analogía en el hecho de que tales contratos forman parte de operaciones comerciales o de que sean normales o «típicos» en la explotación de una empresa mercantil: *ninguno de los contratos mencionados en el libro II del Código es calificado por éste de mercantil por el solo hecho de que forme parte de una actividad comercial*; incluso, según nuestro Código, contratos o actos tan típicamente comerciales como la letra de cambio, el pagaré o la carta orden de crédito pueden no ser actos de comercio.

En tercer lugar hay que partir del concepto riguroso de *analogia legis*; según el artículo 4.º-1 del Código civil, procede la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Traslado este precepto al tema que nos ocupa, un acto será mercantil cuando, sin estar incluido en el Código, sea semejante a otro que, según el Código, lo sea y entre ambos se aprecie una *identidad en la razón o razones por la cual o por las cuales este último ha sido legalmente calificado de mercantil* —es decir, por la cual o por las cuales ha quedado sometido a la legislación mercantil.

Lo cual nos llevará en primer lugar a extender la fórmula general de que antes se ha hablado, afirmando que *cualquier contrato será mercantil si se realiza entre comerciantes con carácter principal o accesorio de su actividad típica comercial*

Pero, en segundo lugar, y para todos los supuestos no incluidos en la regla general, obligará a estudiar la *ratio* por la cual el Código concede o niega la condición de actos de comercio a los contratos incluidos en su libro II. Tarea inexcusable y que lleva a no pocas sorpresas; por ejemplo, la que resulta de comprobar que la sumisión de ciertos contratos a la normativa mercantil tiene por *ratio* la de favorecer *al no comerciante*.

Quede sin embargo para el estudio de cada uno de los contratos mercantiles la exposición y crítica de las soluciones dadas por nuestro legislador —y, con ellas, la enumeración de sus *razones*.

