

VIDA JURIDICA

1. NOTAS CRITICAS

Introducción al Derecho mercantil (1)

I

Amablemente invitado por el ANUARIO DE DERECHO CIVIL a reseñar en sus páginas esta obra, me veo altamente complacido al poder afirmar, sin reservas, que nos encontramos ante una obra fundamental para la bibliografía mercantil española, la cual culmina de modo magistral la preocupación del autor, anteriormente apuntada (2), por dilucidar la naturaleza y el verdadero sentido de ese conjunto de normas reguladoras de relaciones jurídicas y de instituciones que denominamos Derecho mercantil. La obra de Jesús Rubio nos hace, además, concebir la esperanza de que constituya el primer volumen de una obra más extensa, en la que se han de comprender sistemáticamente todas las partes que integran un Derecho mercantil moderno.

Dedica el autor las dos primeras partes de su obra (integradas por nueve capítulos y por 444 páginas) al análisis del "Concepto del Derecho mercantil", según su planteamiento dogmático e histórico, así como desde la especial perspectiva que para ello atribuye el autor al estudio de sus fuentes de producción, concepto y fuentes del Derecho mercantil desde una especial perspectiva dogmática e histórica. Se plantea, con evidente minuciosidad y profundidad, la tarea de dilucidar el principio o principios en virtud de los cuales ciertas relaciones jurídicas pueden reputarse mercantiles, al lado de otras de igual naturaleza calificadas de civiles; de esclarecer el proceso en virtud del cual existe un conjunto separado de normas denominado Derecho mercantil, así como la de averiguar las razones que imponen o aconsejan la existencia de una legislación mercantil independiente, o de una ciencia jurídico-mercantil más o menos autónoma (págs. 10 y ss.). Todo ello, además, ante nuestro Derecho positivo consagrado en el Código de Comercio que no resuelve directamente aquellas cuestiones, sino que las deja abiertas y sin respuesta. Sobre este planteamiento, analiza el problema desde una perspectiva histórica, de exégesis del Derecho positivo, científica, de política legislativa y de eficacia docente (págs. 14-15), porque todos estos problemas están implicados o afectados unitariamente por la naturaleza del objeto de su investigación.

Comienza por analizar las tesis doctrinales que identifican Derecho mercantil con Derecho del comercio. Identificación que si históricamente es indis-

(1) JESÚS RUBIO GARCÍA-MINA: "Introducción al Derecho mercantil". Ediciones Nauta, Barcelona 1969, pág. 627.

(2) "Concepto del Derecho mercantil". R. D. M. 1947, 2, págs. 317 y ss., y "Derecho marítimo y aéreo". A. D. C. 1952, V (1952), 1, págs. 552-578.

cutida por la doctrina, no se planteó dogmáticamente hasta la separación del Derecho civil y mercantil que surge con la codificación napoleónica. Con la codificación se consagra la separación entre aquellos sectores del Derecho privado, por razón de la materia o del ejercicio impersonal de actividades abiertas a todos los sujetos: el acto objetivo de comercio, distinto de los actos civiles. Dicha separación plantea a la doctrina la necesidad de delimitar cuál es el verdadero sentido y el contenido de ese comercio que se constituye en elemento diversificador, lo cual permitió poner de manifiesto dos conclusiones: no todos los actos de comercio codificados corresponden al comercio en sentido económico; el legislador ha enumerado ciertos actos de comercio en sentido jurídico para deslindar su régimen jurídico frente al ordenamiento civil, razón por la que es necesario averiguar por qué han sido incluidos en los Códigos (pág. 23). Pues bien, partiendo de este planteamiento "objetivo", presente en el "Code" francés y en los Códigos que siguen su orientación, analiza el autor los tres grandes grupos de la doctrina que han pretendido fundamentar la especialidad de las relaciones mercantiles frente a las civiles, por razón de la "materia" sometida al régimen mercantil: 1) el Derecho mercantil es el Derecho del fenómeno denominado "comercio" por los Códigos (analizando y criticando brillantemente las tesis unitaristas de Thaller y de Rocco a la luz del Código de Comercio español); 2) el Derecho mercantil entendido como el Derecho adecuado al tráfico "en masa" (lo que le obliga a exponer y a criticar la conocida tesis de Heck); 3) y el Derecho mercantil como "Derecho de los negocios" (tesis de Hamel y Savatier).

Recoge a continuación el significado de los sistemas de "delimitación subjetiva" del Derecho mercantil, resaltando la génesis y la promulgación del Código de Comercio alemán en relación con el Código Civil, en los que, a pesar de las peticiones de la doctrina, la "influencia" de Goldschmidt impidió la unificación del Derecho privado e hizo triunfar la dualidad de Códigos (página 57). El H. G. B. consagra, pues, un Derecho mercantil excepcional para los comerciantes y especialmente para los grandes comerciantes, lo cual critica y no comparte Rubio, por razones que expone minuciosamente, y especialmente por el hecho de que con este proceder se atenta a la equidad al aplicar "un Derecho de grupo a la totalidad de los ciudadanos" (pág. 65). Lo cual constituye una profunda preocupación del autor, sobre la que volveremos más adelante. Por este camino subjetivista, y dentro de esta construcción "dogmática" de lo que es el fundamento del Derecho mercantil, se llega a las tesis que identifican Derecho mercantil con Derecho de la empresa, las cuales, en su opinión, no se percatan (se refiere fundamentalmente a la doctrina italiana) de que esta concepción va a tropezar gravísima e irreparablemente con un Derecho civil unificado, en el que la empresa significa un supuesto general a toda la actividad patrimonial que el Código regula.

Al llegar a este punto, describe y critica Rubio (con su profundidad y agudeza características) las diversas posiciones que identifican el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa, tanto en Italia como en Alemania y Francia (págs. 74 a 90), y muy especialmente las mantenidas en el Derecho español vigente por Garrigues, Uria, Polo y Girón Tena. Sintetiza el Profesor Rubio las razones por las que le parece ahora, como le pareció hace veinte años, desaconsejable o inaceptable la tesis que identifica el Derecho mercantil

con el Derecho propio de las empresas (págs. 106 y ss.). Estas son: 1) porque hay empresas inasequibles al Derecho mercantil (empresa de la navegación, agraria, pequeñas empresas y empresas públicas); 2) porque el Derecho del trabajo es Derecho regulador de la empresa y queda fuera del Derecho mercantil; 3) y porque lo propio puede predicarse del Derecho fiscal. Por lo demás, entiende que centrar el Código de Comercio sobre el Derecho de la empresa hace deslizar a aquél hasta el Código único de las obligaciones (página 111). Finalmente se expone "frente al valor teleológico de la doctrina de las empresas" un nuevo argumento crítico "que no por antiguo ha perdido su eficacia": si los actos mixtos (que relacionan a empresas con quienes no son empresarios) se someten al Derecho mercantil, se aplicará a la generalidad de los ciudadanos un Derecho profesional defensor de los intereses de las empresas, a cuya formación los ciudadanos a profesionales han sido ajenos, lo cual —en opinión del autor— atenta a la buena fe y a la justicia. Por ello mismo, los actos mixtos de relación entre empresarios y particulares deben quedar sometidos al Derecho común y no al mercantil, con lo cual pierde virtualidad el criterio delimitador especial de la actividad de la empresa, quedando profundamente menoscabada la esfera "sustantiva" del Derecho mercantil, "que quedaría limitada al estatuto del empresario y, todo lo más, a las relaciones exclusivas entre empresas". Ello impide a Rubio aceptar la conocida propuesta del Profesor Garrigues para promulgar una "trilogía" de Códigos para el futuro Derecho privado (págs. 116 a 119).

Por todo lo cual concluye el autor que el Derecho mercantil no es ni debe ser el Derecho de las empresas, aun cuando estima que un Derecho que intenta ser ordenamiento eficaz del tráfico "tiene que contar con la empresa como elemento *nuclear*" (pág. 121).

Es en el capítulo III de la primera parte de su obra donde el Profesor Rubio realiza el "Examen histórico del ordenamiento jurídico comercial" (páginas 132 a 196), una de las partes más profundas y, a mi modesto entender, más logradas de su obra. Y así vemos que si los romanos no conocieron la dualidad sistemática Derecho mercantil-Derecho común, fue porque no se dieron las circunstancias políticas, ideológicas y económicas que posteriormente la produjeron, a partir de la baja Edad Media en el Occidente europeo. A mediados del siglo XII se inicia un resurgimiento económico que es el comienzo de una evolución decisiva que ha de provocar la aparición del ordenamiento comercial. La reaparición de las ciudades determina una profunda transformación política-social, por el hecho de que el hombre se incorpora a ellas, "busca autonomía política, jurisdicción propia, en suma, libertad personal" (pág. 141), dando así origen a dos poderosos impulsos: el profesional y el político, que exigen romper las trabas y las restricciones vigentes en el Derecho señorial y en el Derecho común. Los mercaderes y artesanos asentados en las ciudades no sólo buscan nuevos cauces para su actividad profesional, sino que luchan por conseguir un poder que sea capaz de imponer un orden nuevo. Aparece así un "jus mercatorum" nacido en el mercado y perfeccionado y difundido a través de las grandes ferias. El Derecho de la "revolución comercial", que lleva a Rubio a afirmar que "el nuevo Derecho urbano, civil, es en su más directa expresión Derecho comercial" (págs. 144-145). En definitiva, según la conocida y sugestiva tesis de Rubio, el capitalismo co-

mercantil y financiero es el que consolida y, en alguna medida, provoca la aparición del orden nuevo y con él la del denominado Derecho mercantil. De todo ello resaltan dos afirmaciones cardinales para el autor: el “*jus mercatorum*” no fue ni siquiera en sus comienzos un *Derecho de clase*, sino más bien un “Derecho de los sin clase”; y tan sólo un sector, y no ciertamente el más importante, de las instituciones del llamado Derecho mercantil afecta al “status” del comerciante y a la ordenación de su negocio; la mayor parte constituye Derecho general de tráfico (págs. 152-153). El “capitalismo” no es, resalta brillantemente el Profesor Rubio, una expresión simple del fenómeno puramente económico, sino una parte de la total existencia histórica de la época.

Posteriormente, la aparición e instauración del mercantilismo es una fase esencial para la recta comprensión del devenir histórico del Derecho mercantil: el Estado adopta los métodos capitalistas, aplicando a la economía pública los criterios de una buena gestión comercial; todos los estamentos sociales “comercian”; el Estado estimula la actividad comercial de todos sus súbditos; se dignifica al comerciante (“la noble profesión de comerciante”); las Ordenanzas de Luis XIV suponen la “aceptación y la consagración del nuevo Derecho del tráfico con validez para todo el territorio nacional”.

Para el Profesor Rubio este profundo movimiento culmina con la estatificación, generalización y desprofesionalización del Derecho mercantil, cuyo momento—el de la codificación mercantil separada frente a la codificación civil—se produce lógica y significativamente cuando la revolución burguesa, rotas las trabas gremiales, pretende terminar con los privilegios de clase, impone la libertad de profesión y promulga el Derecho de la “buena fe y de la equidad” (pág. 157). Ello significa para el autor que: 1) el “Code de commerce” da al Derecho mercantil su carácter de Derecho general del tráfico extraprofesional, aplicable a comerciantes y a no comerciantes (pág. 158); 2) la expansión en la legislación civil de los principios e instituciones jurídico-mercantiles, que continuará a través del siglo XIX motivando la “comercialización del Derecho civil”; 3) lo cual produce, a su vez, la “retracción del Derecho civil”, fenómeno que significa para Rubio el “traspaso al llamado Derecho mercantil de un número cada vez mayor de relaciones antes sometidas al común” (páginas 161-162); 4) de todo lo cual concluye el Profesor Rubio “... resulta con suficiente claridad que Derecho civil y Derecho mercantil no están ni han estado históricamente concebidos y dispuestos para regular zonas distintas—ni subjetiva ni objetivamente determinables—del tráfico económico” (página 163), porque el Derecho de obligaciones y de dominio sobre los bienes muebles ha constituido parcela común de ambos ordenamientos, aunque cada vez más invadido por el mercantil. El desplazamiento de las instituciones civiles por las mercantiles elimina la tradicional oposición entre ambas y vendrá a consagrar un Derecho mercantil del tráfico que sea parte del Derecho civil, quizá al igual que lo son un Derecho de familia o un Derecho hipotecario (páginas 165-166).

Brillantes son las páginas dedicadas a la “crisis del Derecho mercantil tradicional” (págs. 167 a 182), como consecuencia de la crisis de la concepción liberal e individualista sobre las que se asentó el Derecho mercantil capitalista, lo que le permite analizar el Derecho económico del intervencionismo público sobre la concepción privada tradicional del Derecho mercantil. En una

obra tan completa, en la que, además, se examinan con gran minuciosidad estas cuestiones, quizá hubiera sido de desear un tratamiento o, al menos, una exposición—cuya ausencia se nota—de la reciente tendencia hacia una mayor “privatización” del tráfico económico impuesto por la ideología “neo-capitalista” vigente, en general, en el Occidente europeo y muy especialmente de poderosas repercusiones sobre nuestro Derecho. Quiere decirse con ello que el Derecho económico que se inicia con la ideología del “período de entreguerras”, que es el que el autor contempla, ha dado inequívocamente un poderoso salto atrás a consecuencia de la ideología “neo-liberal”, cuyo significado y efectos no cabe desconocer en una obra moderna o, simplemente, actual.

En el capítulo IV de la primera parte de la obra (págs. 197 a 240) sintetiza el Profesor Rubio sus conclusiones sobre la naturaleza y el contenido del Derecho mercantil. Después de la evolución minuciosamente expuesta, comienza por afirmar que “el Derecho mercantil no es sino el conjunto—el nuevo sistema—de normas nacidas de la mentalidad y de la economía de las ciudades y adecuado a su desarrollo a través del proceso del capitalismo. Capitalismo inicialmente comercial y financiero, más tarde industrial, que va inspirando y sustituye en la zona del Derecho patrimonial, en la disciplina de las relaciones económicas mobiliarias, al viejo Derecho común de origen romano-germánico”. El capitalismo al actuar sobre el sector del tráfico económico determinó el nacimiento de normas que por su origen y desarrollo al margen de los ordenamientos privados tradicionales, se mantienen fuera del Derecho común. La codificación decimonónica mantiene la dualidad de Códigos civiles y mercantiles sin justificación suficiente, sino por razones adjetivas (pág. 208), a pesar de que la “comercialización del Derecho civil se había producido *mucho antes* de la codificación general de comienzos del siglo XIX”. Por ello mismo, postula como producida “de facto”, ya en la época de la codificación, la unidad del Derecho privado, y postula razonadamente que “el Derecho mercantil supone, pues, una parte del Derecho civil, un sector fundamental del gran capítulo de aquel destinado a regular la vida económica”. Derecho especial y a la vez Derecho excepcional. Por lo cual propone una distribución de las instituciones mercantiles dentro del Derecho civil—como en éste ocurre con el Derecho de familia o hipotecario—atendiendo a su objeto (p. ej., Derecho de sociedades, de seguros, de títulos valores, a lo que podríamos añadir del Estatuto del empresario, del Derecho de la competencia, de transportes, bancario, etc.). En conclusión, el Derecho mercantil moderno es una parte del Derecho civil igualmente moderno.

Para demostrar la virtualidad de su tesis unificadora, Rubio analiza el sistema anglosajón, el Código suizo de las obligaciones, el Código civil italiano y las posiciones de la doctrina española en torno a la unificación del Derecho privado de las obligaciones, reconociendo, esto no obstante, las dificultades que han de superarse para consagrar la unificación del Derecho patrimonial privado (pág. 231). Y todo ello porque las especialidades del Derecho mercantil no han surgido “*ratione commerci*”, ni se han contenido dentro de su tráfico particular, sino que, por el contrario, han ido aplicándose rápidamente al sector entero de relaciones jurídico-patrimoniales de obligación y de disposición sobre los bienes, que el Derecho civil debe volver a regular unitariamente para disciplinarlas, no con arreglo a *unas pretendidas singularidades mercantiles*,

sino con carácter general y sobre fundamentos de equidad (pág. 235). Preocupación ésta altamente loable, que le conduce a afirmar que la unificación del Derecho de obligaciones no constituye simplemente el resultado de la generalización del Derecho mercantil de obligaciones, sino un medio hacia un ordenamiento más equitativo (pág. 237). En conclusión, para el Profesor Rubio debe abordarse la unificación del Derecho privado, dentro del cual el Derecho mercantil sería una parte del Derecho civil; y, a su vez, dentro de aquél las instituciones mercantiles se distribuirían por materias (cita: Derecho de sociedades, de seguros, de compraventa, bancario, bursátil, los *principios generales especiales* de alguna de aquellas relaciones e instituciones, evitando así el predominio de “intereses de grupo” y de “los intereses de clases” y las excepciones intolerables para el régimen de las transacciones generales) (páginas 238-240).

Por todo ello, y para evitar injusticias de clase (que parece deben perdurar si se mantiene una dualidad de Códigos), postula el Profesor Rubio la promulgación de un “Código único de Derecho privado, *sin perjuicio de la posibilidad de Leyes especiales* cuando una materia caracterizada lo exija. Porque del mismo modo que, como tantas veces se repite, la unidad formal no lleva necesariamente en sí la unidad sustancial, tampoco la variedad legislativa la impide. Y es esta unidad sustancial—acaba afirmando—la que en definitiva importa” (pág. 240).

La obra del Profesor Rubio aborda el estudio de otras cuestiones de gran complejidad e interés, en las que resalta la profundidad de su análisis. Estas—en las que no podemos detenernos—son: Derecho aéreo y Derecho marítimo (págs. 231 a 257), metodología jurídico-mercantil (págs. 258 a 270) y el resumen histórico de las fuentes y de la literatura mercantiles (págs. 273 a 415). De estas últimas resalta de la aportación del Profesor Rubio su afirmación de que las reglamentaciones de mercaderes fueron prontamente absorbidas por los estatutos de las ciudades medievales, circunstancia que le induce a manifestar reservas a cierta afirmación de la doctrina que postula el carácter estrictamente profesional de las normas “mercantiles” de la época. Con la aparición de los Estados nacionales, éstos—en líneas generales—se limitan a recoger y a sancionar las normas y reglas anteriores, buena muestra de lo cual son las Ordenanzas de Luis XIV, en las que “por primera vez aparece sistemáticamente agrupado y con valor nacional el *derecho de los mercaderes*” (página 287). Basta analizar el contenido de las fuentes europeas de la época—minuciosamente descrito por el autor (págs. 287 y ss.)—para comprender lo que de *ordenamiento predominantemente profesional y subjetivo* tuvo el llamado “Derecho mercantil” de la época. Véase, por ejemplo, el contenido de la Nueva y Novísima Recopilación (“contienen una serie de autos y leyes dirigidas a los comerciantes y a su tráfico”, dice el autor en la pág. 289); o cuando al referirse el Profesor Rubio a las “Ordenanzas de Bilbao” de 1737 afirma que es obra de los “mercaderes bilbainos” y que contienen la “preceptiva, de carácter general, y comprende tanto el *comercio terrestre* como el *marítimo*” (pág. 295). La codificación consagra la especialización del Derecho mercantil al recoger el Derecho anterior contenido en las “ordenanzas” de Luis XIV, y culmina la determinación objetiva de la materia de comercio, aunque sin producir una súbita sustitución del Derecho de los comerciantes

por el Derecho de los actos de comercio (págs. 323-324). La influencia francesa es de capital influencia sobre los Códigos españoles, entre los cuales el de 1885 se propone fundamentalmente "liberar" definitivamente al Derecho mercantil del civil (pág. 331).

De indudable interés son las páginas (395 a 417) que dedica el Profesor Rubio al estudio de las fuentes del Derecho mercantil en relación con las que son propias del Derecho civil, con el propósito de averiguar cuál es el verdadero sentido y el alcance de la jerarquía de las primeras (Código de comercio y usos mercantiles) según el artículo 2.º del Código de comercio, así como el fundamento del llamamiento que hace este precepto a las reglas de Derecho común. En esta parte de la obra se abordan cuestiones de tanto interés como las siguientes: Ley mercantil y Ley común; razón y consecuencia de la primacía de los usos mercantiles sobre la Ley común; la aplicación analógica de la Ley mercantil; requisitos del uso de comercio para ser considerado como fuente del Derecho; valor del Derecho común como ordenamiento aplicable a la materia mercantil. Al examinar las fuentes incide resueltamente el autor en la actitud que niega (por razones éticas y políticas) el carácter de fuente del Derecho a las condiciones generales, cuya asimilación a los usos de comercio no comparte, a menos que la "cláusula" que contiene la condición general, propuesta unilateralmente por el empresario, sea repetida y aceptada hasta lograr conciencia y naturaleza de uso (págs. 410 y 414).

La cuarta parte de la obra se dirige a formular un minucioso análisis de la empresa. Parece partir el Profesor Rubio de que si bien existe una gran variedad de conceptos económicos de empresa, esto no obstante, su unidad en sentido económico le viene dada por la realidad misma del fenómeno y por la unidad del destino económico que reúne y coordina a sus elementos integrantes (pág. 453), razón por la cual puede obtenerse, al menos en principio, una formulación genérica de su concepto que sea válida para el Derecho (página 452). O sea, que puede obtenerse un concepto jurídico unitario de la empresa. En su opinión, los elementos integrantes de la empresa son: el elemento humano, un conjunto de bienes, su organización y un aspecto finalista (páginas 454-455). Desde este punto de partida inicia el Profesor Rubio el análisis de la teoría jurídica de la empresa, y dentro de ella de las distintas teorías formuladas para comprender su naturaleza jurídica: la empresa como sujeto de Derecho; como persona jurídica; la tendencia hacia la "personalización" de la empresa; como patrimonio autónomo y como conjunto de actividades y de bienes.

Elemento igualmente cardinal es el empresario. Pues bien: después de analizar las notas típicas que los economistas suelen resaltar como características para él (la dirección y el riesgo de la empresa) y de partir del dominante concepto jurídico de empresario, se preocupa de afirmar que aquellas notas suelen faltar en muchos casos para el empresario en su dimensión jurídica (p. ej., el poder de dirección en el menor comerciante o en las grandes sociedades anónimas, o el riesgo en el empresario oculto). No obstante lo cual, resalta acertadamente que el empresario es la persona individual o colectiva en cuyo nombre se ejercita la empresa (pág. 482). Pasa seguidamente el Profesor Rubio al análisis de la "empresa como establecimiento", es decir, el conjunto de cosas, servicios y relaciones de hecho de que el empresario se vale

para la producción de bienes y servicios con destino al mercado (pág. 497 y ss.). La empresa como "objeto de Derecho", acepción que ha sido objeto de múltiples teorías que el autor analiza: doctrinas que acentúan el elemento material (la empresa como "universitas", teorías atomistas); o el elemento inmaterial (teoría francesa del "fonds de commerce", teoría de la organización); todo lo cual se proyecta sobre las construcciones de la doctrina, el Derecho y la jurisprudencia españolas.

Finalmente nos llega la posición personal del Profesor Rubio sobre lo que es la empresa en el Derecho positivo español, porque, como el mismo afirma, su concepto no puede fijarse de un modo "doctrinal o abstracto", sino ser deducido ante todo del Derecho positivo (pág. 527). Pues bien: aunque pensamos que desde esta perspectiva, desgraciadamente, pocas luces podremos obtener, entiende Rubio que la empresa es una cosa o un objeto unitario de derecho, sobre cuyos elementos el empresario no posee un derecho de propiedad, sino una situación jurídica de disponibilidad. Mas lo que constituye el objeto propio no de la titularidad, sino de la propiedad exclusiva y absoluta del empresario, es la organización de la empresa; la organización entendida como conjunto objetivo de elementos coordinados para un fin productivo. La empresa es un bien en sí, resultado de la actividad organizadora del empresario. Organización que no identifica con la "idea organizadora" más o menos realizada, sino con "la organización ya llevada a cabo o reflejada en la disposición concreta de los elementos que en cada caso la componen". Por ello mismo, la empresa es un bien inmaterial, producto de la inteligencia organizadora del empresario, sobre el cual adquiere éste un verdadero derecho de propiedad.

La quinta parte de la obra (págs. 541 a 612) contiene un análisis profundo y exegético sobre el comerciante individual, cuya inclusión en la obra nos hace concebir la esperanza de que el Profesor Rubio habrá de continuarla hasta elaborar un tratamiento completo y sistemático de todo el contenido de la disciplina, lo cual, sin duda alguna, habrá de enriquecer de modo altamente estimable nuestra bibliografía mercantil, o como quizá sería más adecuado decir, según la concepción del autor, enriquecería nuestra bibliografía civil. Pues bien: si en esta parte muchas son las aportaciones estimables del Profesor Rubio, resalta la exégesis del artículo 1.º del Código de Comercio, para destacar de ella que lo que define al comerciante no es la repetición de actos de comercio, sino el ejercicio del comercio en su acepción "socio-económica". Pero por ello mismo se ve obligado a reconocer que el proceso de expansión del Derecho mercantil califica de "comerciante" a ciertas personas, no por la naturaleza de la actividad, "sino por la de su modo de manifestarla, por la estructura de su organización, encaminada a producir bienes o servicios para el mercado" (págs. 549-550). Razón por la cual entiende que es necesario formular el concepto de empresario "comerciante" por exclusión. Por ello concluye que serán, en principio, comerciantes todos los titulares individuales de un establecimiento (empresa), con excepción de los empresarios agrícolas (afirmación ésta excesivamente rotunda y absoluta, que quizás no atienda suficientemente a una perspectiva de "lege ferenda", máxime a medida que el espíritu capitalista ha penetrado en ellos), de los artesanos (cuyo "estatuto", aprobado por Decreto de 28-II-1968, quizá le hubiera aclarado alguna duda); de los que ejercen profesiones liberales, y de ciertas formas de organización de las

empresas públicas. La habitualidad o profesionalidad y el ejercicio del comercio en nombre propio, requisitos para obtener la condición de comerciante, son tratados con igual profundidad y maestría, así como los relativos a la capacidad y a la habitualidad para el ejercicio del comercio (págs. 563 a 578).

Ya en la última parte del libro destacan poderosamente la atención las páginas (579 a 605), dedicadas por el Profesor Rubio al ejercicio del comercio por mujer casada, y, de entre ellas, las que, amplia y cuidadosamente fundamentadas, destina a demostrar que la autorización marital para el ejercicio del comercio puede ser sustituida por la autorización judicial, en virtud del mandato contenido en la Ley de 22 de julio de 1961. De la exégesis de esta Ley concluye el Profesor Rubio que si después de su promulgación continúan vigentes los artículos 6 al 12 del Código de Comercio para los respectivos supuestos en ellos previstos, esto no obstante, cuando el marido niegue o revoque a su mujer la autorización para comerciar, incidiendo en mala fe o en abuso de derecho, podrá ésta solicitar del Juez la declaración de ineficacia prevista en la Ley de 1961. Si es ésta declarada, la mujer puede ejercer el comercio, si bien bajo los efectos patrimoniales previstos en el artículo 12 del Código de Comercio.

Esta apretada síntesis del contenido de la obra del Profesor Rubio no puede —ni pretende— dar al lector más que una idea muy somera de las innumerables cuestiones que en ella se abordan con profundidad. En algún caso, incluso, no me hubiera atrevido a intentar sintetizar la concepción del autor en pocas líneas, porque ello siempre es difícil y poco demostrativo de tan denso y profundo contenido, si no hubiera sido por la satisfacción de poder anunciar a los lectores del “Anuario” una excelente obra, como, por lo demás, suelen ser todas las del Profesor Rubio.

II

Pero por ello mismo no quiero cerrar esta ya larga nota sobre la “Introducción al Derecho mercantil” del Profesor Rubio sin, modesta y respetuosamente, formular ciertas *precisiones* que son, por lo demás, frecuentes entre colegas y juristas.

La primera se refiere al carácter “crítico” de la obra del Profesor Rubio. Pero entiéndase bien, no es que no sea loable, y aun deseable, que los juristas recojan y critiquen los unos las posiciones dogmáticas o exegéticas de los otros. Más bien ello es consustancial a la tarea del jurista honesto, hace progresar la Ciencia del Derecho, añade cierto “atractivo” a nuestra tarea, y, por todo ello, yo mismo lo he aprendido y practicado dentro de una escuela a la que me honro en pertenecer. Pero lo que no es tan habitual entre nuestros juristas es, por el contrario, acompañar o hacer preceder a las críticas científicas, dogmáticas o exegéticas, juicios personales subjetivos acerca de las *intenciones*, *prejuicios* o *temores* que han conducido a uno o a varios autores a defender o a postular una teoría o una actitud intelectual concreta, distintas o diversas del ánimo de buscar la solución correcta a un problema o cuestión determinada.

Por ello extraña el tono polémico de la obra cuando para explicar las “desviaciones” sufridas a juicio del autor por otras doctrinas, recurre a la

imputación de motivaciones subjetivas distintas del ánimo de búsqueda de la verdad, que ha de ser la guía de toda investigación científica.

En este sentido no podemos compartir algunas afirmaciones de Rubio como las siguientes:

1) Cuando atribuye a un sector de la doctrina el *deseo de buscar una salida a la doctrina de la empresa* (pág. 125), acudiendo a criterios objetivos que superen la insuficiencia de los puramente formales. Este “deseo” —por las palabras del autor— pudiera parecer un simple intento de salvar lo insalvable mediante construcciones artificiosas, lo que realmente no puede imputarse a las tesis criticadas. De otra parte, esta actitud criticada parece ser compartida por el propio Profesor Rubio, cuando en unas páginas anteriores reconoce que la expansión del Derecho mercantil permite calificar como comerciante a sujetos no por la naturaleza de la actividad, “sino por la de su *modo de manifestarse*, por la *estructura de su organización* encaminada a producir bienes o servicios para el mercado” (pág. 549). O sea, por los mismos criterios que apuntaran Wieland y Mossa y que el Profesor Rubio critica (pág. 112).

2) Cuando después de exponer las razones por las que no puede compartir la construcción de un eminente mercantilista y con el fin de criticar ciertas posiciones dogmáticas, afirma textualmente: “Pero *tampoco es lícito* cortar el problema de la determinación del Derecho mercantil *escamoteando la investigación* del ordenamiento positivo, del Derecho histórico y vigente, nacional y comparado, sustituyéndolo por una *nueva realidad científica*” (pág. 127).

En relación con ese pretendido ilícito escamoteo, Rubio acusa de apriorística y de cómoda la postura de algunos insignes mercantilistas con estas frases: “Precisamente por tratarse de una realidad histórica es por lo que debe tratarse *no apriorísticamente como tantas veces suelen hacer los que a pesar de ello no vacilan en proclamar su historicidad, sino históricamente*” (pág. 130.)

Y poco más adelante añade: “Porque cuando en ocasiones se habla de que el Derecho mercantil es un producto histórico y que sólo históricamente puede adquirirse su concepto, *parece que con ello se excusa cualquier otra precisión*. Ya que como tal producto histórico se considera contingente e inaprensible” (pág. 131).

3) Cuando al analizar la dicotomía “jus comune-jus singulare” propia del Derecho romano, afirma el autor que en este último término “*hubieran cobijado gustosos* nuestros modernos mercantilistas un especial Derecho mercantil” (pág. 133). Es claro, aparecen así los modernos mercantilistas movidos por una simple cuestión de gusto o deseo, ausente de toda objetividad científica.

4) Cuando al referirse a las críticas que la doctrina española formuló a la tesis del Profesor Rubio, que postulaba la identificación entre el Derecho mercantil y el espíritu capitalista (sin duda, uno de los aspectos más relevantes de su obra), afirma que tanto aquellas críticas como la oposición a su tesis fueron motivadas: “casi me atrevería a decir” (y lo dice) por *repugnancia*, y en concreto —según afirma literalmente— por el “*desagrado que produce a muchos cultivadores de nuestra disciplina el pensamiento de que ésta se relacione con algo hoy tan desacreditado —cierto que mucho más en la teoría que en la práctica— como el régimen, los métodos o el espíritu capitalistas*” (página 201); y añade, además, que la no aceptación de su tesis se debe

—según sospecha el autor— a la *mala prensa*, que hoy soporta unánimemente (en la teoría, claro está, pero no en la práctica, pienso yo), el capitalismo (página 202). Por todo ello se afirma literalmente que: “se quiere defender a nuestra rama (al Derecho mercantil, sin duda, por algunos de sus cultivadores, supongo) de tal reprobables adherencias con argumentos de *jurista práctico*” (páginas 202-203).

Parece que quienes no comparten la tesis del Profesor Rubio (o sea, los Profesores Garrigues y De Castro) lo hacen por “repugnancia”, por “desagrado” a sentirse identificados con algo “desacreditado”, por la “mala prensa” y, en consecuencia, se defiende la no identificación con argumentos de “jurista práctico”.

5) Cuando al referirse el Profesor Rubio a mi investigación propia y a los resultados a que conduce (aceptables o no, ¡por supuesto!) afirma literalmente: “Pero acaso al *advertir* que el Derecho mercantil se resuelve de esta suerte en un esquema profesional más, desapareciendo su entidad respecto al Derecho civil y su “autonomía” (sic)..., estima que junto al *status* del comerciante subsiste... en definitiva y más o menos abiertamente...”

Puedo asegurar al autor que los resultados de mi investigación no han estado nunca condicionados por la “advertencia” de evitar lo no querido, ni por el deseo de conseguir algo distinto de lo que resultase de la propia línea de investigación científica. No puedo por ello menos que recordarle aquí el temor que siente el Profesor Rubio (en otro lugar de su obra) cuando al intentar exponer las críticas que le formularon los Profesores De Castro y Garrigues, dice que siente una especial preocupación al recoger y compendiar las objeciones que le han sido formuladas, porque “es bien notorio el riesgo de desvirtuarlas, *incluso inconscientemente*, para facilitar su respuesta”.

6) Cuando al criticar las tesis del Profesor Girón Tena y después de afirmar que éste parte de un error histórico, dice Rubio textualmente: “El Derecho mercantil no ha sido nunca íntegramente —si esta afirmación *parece excesivamente radical* diré *casi nunca*— Derecho excepcional de los comerciantes. No se les ha aplicado fuera de su profesión y, en cambio, se ha extendido rápida y progresivamente, mucho antes del siglo XIX, a quienes formando parte de cualquier sector social se ocupaban de mercancía” (pág. 98).

Estas palabras nos sugieren varias observaciones: o el Derecho mercantil ha sido o no ha sido Derecho excepcional; pero en una cuidada investigación histórica, como pretende ser la del Profesor Rubio, no puede decirse que no lo ha sido *casi nunca* para no *parecer excesivamente “radical”*; y si lo ha sido, ¿desde cuándo y hasta cuándo? Porque si no se demuestra lo contrario, no puede afirmarse que “los puntos históricos de partida (del Profesor Girón) no son totalmente exactos”, cuando, si no recuerdo mal, además, el Profesor Girón Tena no ha afirmado nunca que el Derecho mercantil regulara íntegramente lo que hoy denominaríamos “vida y actividad privada del comerciante”.

7) Igualmente, cuando polemizando con el Profesor Girón Tena, en torno a la consideración del Derecho mercantil como rama jurídica, afirma: “Volviendo aquí a encontrarnos con la *confusión* entre la concepción general del Derecho y de la naturaleza de sus normas como tal Derecho y la delimitación de un sector del ordenamiento positivo, producto histórico que se manifiesta y desarrolla por muy distintos motivos a los de su mejor análisis. Girón ofrece

aquí un *optimismo científico apriorístico* (sic) muy difícil de compartir". Para añadir a continuación el Profesor Rubio que "el Derecho del trabajo no se ha producido para que los laboristas pudieran estudiarlo con más cuidado y exponerlo sistemáticamente en sus obras, sino por una serie de acontecimientos políticos, sociales y hasta bélicos, muy diferentes. Y, con toda la atención que a posteriori puede ponerse para su deslinde objetivo y su tratamiento y aplicación, no parece difícil convenir en que, antes de nada, el Derecho moderno del trabajo es *derecho del socialismo*" (pág. 182, nota 73).

Es evidente la discrepancia del Profesor Rubio con respecto al Profesor Girón. En relación con ella hay que observar que una cosa es que un Derecho especial surja como consecuencia de la aparición de ciertos fenómenos socio-económicos e ideológicos, y otra muy distinta el que toda la doctrina, al delimitar las ramas del Derecho, utilice determinados criterios dogmáticos, necesarios para el buen orden de su trabajo. No se trata de *optimismo científico apriorístico*, sino de simple dogmática jurídica. Tanto en los países socialistas como en los capitalistas, la doctrina y la legislación respetan la división del ordenamiento en distintas ramas: Derecho del trabajo, Derecho tributario, Derecho administrativo, Derecho civil, etc. Conocida es la polémica entre los juristas del bloque socialista sobre la conceptualización dogmática y sistemática del llamado "Derecho Económico" (V. Svoboda, Karel: "La notion du droit économique", Université de Nancy, 1966).

Por otro lado, situándonos en la perspectiva que parece adoptar el Profesor Rubio, creemos que hablar del *Derecho moderno del trabajo* de los países capitalistas como *derecho del socialismo* es actualmente un verdadero sarcasmo. El Derecho del trabajo, como disciplina, organiza y estudia la normativa de los fenómenos sociales surgidos alrededor del trabajo por cuenta ajena, tanto en el sistema capitalista como en el socialista. Pero, naturalmente, en cada uno de ellos el espíritu y los intereses últimos que protege son muy distintos, aun cuando Rubio conceda, cosa frecuente entre nosotros, que cada uno entienda el término "socialismo" según el matiz y las precisiones adjetivadoras que juzgue más adecuados (*loc. cit.*). Porque difícilmente podría llegarse a la conclusión de que el Ministerio de Trabajo de los respectivos Gobiernos capitalistas por sus competencias se dedica, forzosamente, a hacer "socialismo".

III

La segunda observación se refiere a la crítica que formula el Profesor Rubio a la doctrina de los actos en masa postulada por Heck. Cuestión no académica ni simplemente dogmática, sino, por el contrario, crucial para la comprensión de la dicotomía entre Código civil y Código de comercio, para la generalización de las instituciones mercantiles e, incluso, para aprehender el verdadero sentido de la futura unificación legislativa del Derecho de obligaciones. Pues bien, afirma el Profesor Rubio que la "repetición de negocios de compraventa, de comisión, de transporte, cualesquiera que sean su significación económica y sus resonancias jurídico-públicas, no han alterado sustancialmente ni las propiedades ni la disciplina *privada* de la relación".

Me asalta la duda de si esta afirmación es o no exacta a la luz de nuestro

Derecho positivo. Porque ¿acaso no se explican las especialidades del régimen jurídico de los contratos mercantiles frente a los civiles por el hecho de que los primeros son estipulados profesionalmente, o sea, en serie o en masa? ¿Cómo pueden, si no es por ello, explicarse, entre otras, las especialidades del régimen mercantil para la compraventa de esta naturaleza contenidas, por ejemplo, en los artículos 327, 336 y 342 del Código de comercio? ¿No será por la repetición profesional, o sea, en serie, de contratos de comisión por lo que aparecen en el Código de comercio los artículos 248 ó 255? ¿Puede realmente afirmarse que la repetición en serie de un mismo negocio jurídico, o sea, su uso habitual o profesional, no hace aparecer ciertas exigencias que alteran o modifican, más o menos profundamente, la disciplina privada mercantil de la relación frente a la civil? ¿Por qué propusieron los legisladores decimonónicos una regulación doble (civil y mercantil) para un mismo contrato, según que fuera acto aislado y esporádico para ambas partes, y otra diversa plagada de especialidades para cuando, al menos, una de sus partes se sirviera del contrato para desarrollar su actividad profesional?

IV

La tercera observación hace referencia a la profunda preocupación que al Profesor Rubio causa la mercantilidad, o sea, la naturaleza mercantil, de los actos mixtos. Preocupación que, procedente de un sector de la doctrina alemana anterior al HGB, llega a Vivante y a otros juristas clásicos y reitera el Profesor Rubio en gran número de páginas (p. ej., véanse las 63, 116, 119, 217, 235, 239 y 370). El pensamiento del autor quizá pueda sintetizarse diciendo—como lo hicieron algunos de nuestros clásicos—que es injusto aplicar un derecho creado por los comerciantes o por las empresas en su beneficio a quienes sin haber participado en su creación ni poseer aquel “status” se relacionan con ellos. Opina, por ello, que los actos mixtos deben ser reputados civiles y, por ende, quedar sometidos al Derecho civil y no al Derecho mercantil.

Pues bien, esta afirmación puede ser analizada desde una doble perspectiva: de “*lege data*” y de “*lege ferenda*” (el autor no nos aclara desde cuál de ambas se coloca).

Desde la primera, no parecen fundadas las preocupaciones del autor, dado que los contratos “mixtos” regulados en nuestro Código de comercio son mercantiles (quizá con la excepción de la compraventa), unas veces, por la simple presencia de un comerciante en una de las partes, y otras, por su destino o incardinación en el comercio, aunque, por supuesto, la otra parte no lo sea (*cf.* arts. 239, 244, 303, 313, 349, 380 C. de C.). Piénsese, además, que en el sistema del artículo 2.º del Código de comercio los actos de comercio regulados en el Código y los de naturaleza “análoga” se someterán al Derecho especial mercantil, aunque no sea comerciante ninguna de sus partes, por lo cual serán mercantiles; o sea, al menos, no dejarán de serlo los actos “mixtos” por el hecho de que sólo sea comerciante una de sus partes.

Si, por el contrario, como parece, los escrúpulos del autor se proyectan, como puede presumirse, de “*lege ferenda*”, entonces la cuestión se complica aun más. Porque en su día, es decir, cuando se aborde la reforma legislativa

de nuestro Derecho privado, tales actos mixtos serán de naturaleza civil (como postula el Profesor Rubio), con lo cual, ya fuera del Derecho mercantil, no les serán de aplicación sus “egoístas” prescripciones en favor de la empresa, o, por el contrario, los contratos “mixtos” mediante cuya estipulación los empresarios mercantiles explotarán su actividad económica, se reputarán mercantiles y quedarán bajo el imperio de las empresas y de sus intereses, según la concepción y los temores del autor.

Pues bien, tanto en uno como en otro caso, y desde la perspectiva de “*lege ferenda*” que parece adoptar el autor, debemos formular algunas objeciones. Porque si, como él postula, se unifica el Derecho privado de obligaciones y, por ende, todos los contratos (mixtos o no) son civiles, no parece que por su simple “civilización” (valga la expresión) vayan a desaparecer las posibles injusticias, ya que, verosímilmente, en tal unificación prevalecerán las especialidades de régimen jurídico mercantiles, como ha ocurrido en otras legislaciones. ¡Para evitar este predominio, si se quiere ser consecuente con tales “temores”, quizá debería predicarse una especie de “escalada” para controlar el poder legislativo, con el fin de asegurar que en la futura codificación no prevalecerán los egoísmos empresariales, cuyo poderío e influencia en los medios legislativos es evidente y sobradamente conocido en los sistemas capitalistas!

Pero es que, además, cuando el Derecho mercantil ya no es de formación autónoma, sino legislativa, deben perder rotundidad aquellos temores, al menos de “*lege ferenda*”, o, quizá, ser trasladados de la creación directa de los empresarios hacia los órganos legislativos, al ser en éstos en los que los temores o los abusos normativos—si es que responden a la realidad—se han de generar, tanto si tales actos mixtos se califican de civiles como de mercantiles. Tampoco debe olvidarse en este sentido, para matizar tales temores, que en las más modernas Leyes europeas reguladoras de actos mixtos (p. ej., de transportes y de seguros) se establecen normas específicas de tutela en favor de quienes, sin serlo, contratan con los empresarios. Tendencia que es indispensable seguir en la futura regulación normativa de los “actos mixtos”, tanto si estos se consideran mercantiles como civiles. Finalmente, parece que poco tienen que ver los abusos que con ocasión de los actos mixtos puedan suscitar las condiciones generales de la contratación impuestas por los grandes empresarios, porque aquéllos no han de desaparecer simplemente con declararlos civiles, sino mediante una enérgica y “social” previsión legislativa, que es igualmente necesaria tanto si en el futuro tales actos “mixtos” se reputan civiles como mercantiles.

En suma, no creo que los temores que siente el Profesor Rubio por la mercantilidad de tales actos se resuelvan simplemente declarando su naturaleza civil, como tampoco creo que deban necesariamente producirse injustos abusos si se admite o postula, en el futuro, claro está, su naturaleza mercantil. Todo dependerá de los intereses que predominen en el órgano legislativo que deba regularlos.

V

La cuarta afirmación se refiere a la relación existente entre empresa y empresario, considerados como elementos (no sólo como criterios) determinantes de lo que podemos continuar denominando (aunque sólo fuere “convencional-

mente”) “materia mercantil”. Vamos a intentar, aunque conscientes de la dificultad, sintetizar el pensamiento del Profesor Rubio, expuesto y disperso en multitud de páginas de su obra, señalando desde ahora que lamentaríamos profundamente incurrir en erróneas apreciaciones. Para evitarlo hemos esforzado al máximo nuestro estudio de la obra. Hemos huido de toda superficial consulta, cosa conveniente para comprender y para criticar.

Comienza el autor por decirnos que el Derecho mercantil no es ni puede ser el Derecho de las empresas, aunque el Derecho que intente ser ordenamiento eficaz y activo del tráfico “tiene que contar con la empresa como elemento nuclear” (pág. 121). No obstante lo cual, por razones que minuciosamente expresa, la empresa no podrá utilizarse “para acotar un Derecho especial mercantil del futuro” (pág. 123).

Veamos lo que es empresa para el Profesor Rubio. Puede considerarse como tal toda organización (de elementos humanos y de bienes) cuyo “objeto es el de atender a la producción, al cambio o a la circulación de bienes y servicios” (pág. 455). Mas como el concepto no “puede fijarse de un modo doctrinal o abstracto, sino ser deducido ante todo el Derecho positivo” (pág. 527), a la luz de él se concluye que la empresa es un objeto unitario de Derecho (página 529), resultado de la actividad organizadora del empresario y, por ende, “un bien en sí” (pág. 531). Lo que le conduce a asimilarlo a la categoría que la Ciencia del Derecho denomina dogmáticamente “bien inmaterial” (página 536). Bien inmaterial que puede identificarse con el *establecimiento mercantil* o *industrial principal* (págs. 527 y 538), cuya titularidad y disponibilidad corresponde al empresario (pág. 499), y que, a su vez, no puede identificarse con la actividad de éste (pág. 488 y ss.). La empresa presupone o tiene que referirse necesariamente a un titular: al empresario.

Analicemos ahora las relaciones existentes entre empresario y empresa, en la parte no meramente exegética, sino constructiva, elaborada por el Profesor Rubio. Pues bien, empresario es “aquella persona individual o colectiva en cuyo nombre se ejercita la empresa” (pág. 482), o sea, el sujeto de la actividad económica realizada por medio de una empresa. Si ello es así, ¿qué empresarios pueden ser calificados de “mercantiles” o son “comerciantes”? ¿Todos los que realizan una actividad de la naturaleza anteriormente descrita por medio de una empresa? ¿O existen sujetos que, realizándola, no adquieren tal condición o “status”? Veamos la respuesta. De “lege data” lo serán todos aquellos que ejerzan una actividad considerada *usualmente, socialmente*, como mercantil. Luego la naturaleza mercantil de la actividad es relevante para conferir la mercantilidad al sujeto que la realiza, con lo cual se incurre en la tautología que el Profesor Rubio denuncia en otros autores, al considerar empresarios mercantiles a los que realizan una actividad... “mercantil”. Pero es que, además, el Profesor Rubio se ve obligado a reconocer la virtualidad de un fenómeno y de unos criterios determinantes de la mercantilidad de los empresarios, que reiteradamente ha negado y criticado cuando a ellos recurren otros autores (v. supra). Estos son:

1) La mercantilidad de ciertos sujetos, es decir, que éstos sean o no comerciantes, depende, según el Profesor Rubio, “del modo de manifestarse su actividad” y de “la estructura de su organización encaminada a producir bienes o servicios para el mercado”. Luego se admite que la estructura y el modo de

manifestarse la actividad son circunstancias capaces de atribuir la mercantilidad a sus sujetos agentes.

2) Se afirma, además, que la “*actividad empresarial* (sic) como tal ha ido sometiéndose cada vez en más amplios sectores al Derecho privado del comercio”. O sea, que la actividad económica realizada por medio de una empresa ha ido integrándose en el sector de la materia mercantil, y por ello mismo ha ido convirtiéndose en elemento atribuyente de la condición de empresario mercantil al sujeto que la realizaba. De donde se desprende que la empresa y su actividad, de alguna manera, son elementos de la realidad social sometida al Derecho mercantil. Conclusiones éstas que, al ser anteriormente formuladas por otros autores, son *agudamente* criticadas por el Profesor Rubio (v. páginas 113-114).

3) Pero es que además se afirma que la relación “*imprecisa pero creciente* entre la *empresa como mecanismo esencial del capitalismo* y el instrumental jurídico de que se sirve, aconseja formular el concepto de empresario *comercial por exclusión*. O sea que, como acabamos de ver, la empresa y su actividad son criterios relevantes para decidir qué empresarios son mercantiles, pero ¡cuidado!, no todos los empresarios que disponiendo de una empresa realizan una actividad económica deben ser mercantiles, porque algunos no lo son a pesar de ello. ¿Quiénes son, pues, incluidos y excluidos en la mercantilidad? Y si son excluidos, ¿cuál es su condición? ¿Habrá, pues, empresarios civiles y mercantiles, y en este caso, en virtud de qué criterios se les atribuye una u otra condición?

Veamos el pensamiento del autor: a) En principio, son “comerciantes todos los titulares de un establecimiento” (empresa en sentido objetivo); o sea, que la titularidad y explotación de empresa es relevante para calificar la mercantilidad del sujeto; o lo que es lo mismo, la empresa posee virtualidad indirecta para calificar la “materia mercantil”; b) Pero esta conclusión no es aplicable ni al empresario agrícola (¿por razones ontológicas?) ni a los artesanos (para cuya comprensión normativa hubiera ayudado al autor consultar el Decreto de 28-II-1968), ni a los profesionales liberales. Luego, en conclusión, la explotación de una empresa sirve para calificar la mercantilidad de su titular, salvo ciertos titulares que no poseen la condición de empresarios mercantiles (¿serán civiles?), con lo que aparecería de nuevo la “dicotomía” civil y mercantil (que el autor niega), porque el legislador les niega explícita o implícitamente esta condición. Por tanto, si los restantes empresarios son mercantiles (al lado de otros que no lo son) sometidos al “status” especial y, en consecuencia, sometidos al Derecho mercantil, ¿por qué se critica a quien llega a las mismas conclusiones, y por el mismo camino, antes que el Profesor Rubio, excluyendo la mercantilidad de los mismos empresarios, pero, además, distinguiendo “de lege data” y “de lege ferenda” las causas de tal exclusión? (v. pág. 114).

VI

La última cuestión, entre otras tantas, que debemos resaltar es la de las relaciones entre Derecho mercantil y Derecho civil. Como es sabido, para el Profesor Rubio el “*Derecho mercantil supone, pues, una parte del Derecho civil*, un sector fundamental del *gran capítulo de aquel* destinado a regular la

vida económica". Derecho especial y a la vez excepcional como pueden serlo, el Derecho hipotecario, el de aguas o el de minas (pág. 214). Lo cual le lleva a postular la unidad del Derecho privado, posición que estima más aceptable que *empeñarse* en mantener la tradicional oposición (sic) Derecho mercantil-Derecho civil" (pág. 219). Pero ¿qué queda dentro de la materia que, supongo, continuaríamos denominando Derecho mercantil, aunque integrada en el Derecho civil? Un conjunto de instituciones delimitadas por su especialidad, o sea, una distribución de materias basada en el objeto, como el Profesor Rubio admite (págs. 218-219). Instituciones cuya peculiaridad genera la aparición de determinados *principios especiales más o menos amplios* (según el propio autor admite), según la extensión de la problemática a que afecten (pág. 217).

Pues bien, quizá hubiera sido conveniente que el Profesor Rubio hubiera analizado minuciosamente el contenido real y total de la "materia mercantil", con el fin de dilucidar su cohesión interna y poder delimitar el exacto alcance de sus afirmaciones. Así se comprende mejor, al menos para mí, lo que significa postular que el Derecho mercantil es simplemente una parte del Derecho civil, adscripción que no compartimos (¡y no por prurito de "independencia"!, ¡Dios nos libre de ella, cuando partimos de la unidad de los fenómenos sociales!), aunque aceptemos la tesis del Profesor Rubio como una formulación dogmática más.

Analícemos, pues, las instituciones que integran el Derecho mercantil, sea éste o no parte del Derecho civil y se formule o no en el futuro un Código único para el Derecho privado. Pues bien, el propio autor reconoce —aunque críticamente y a efectos dialécticos— que el Derecho mercantil después de sucesivas podas "quedará limitado al estatuto del empresario y, todo lo más, a las relaciones exclusivas entre empresas" (pág. 119). Veamos qué es lo que esto significa. Simplemente *la subsistencia de un sector del Derecho privado que se aplica exclusivamente en consideración a una profunda realidad social: ciertos sujetos realizan por medio de una empresa una actividad económica*, lo cual, por un lado, hace subsistir y, por otro, aparecer instituciones para ellos, que no se aplican ni afectan a los restantes sujetos de Derecho privado. ¿Cuáles son estas instituciones para los empresarios mercantiles? Pueden delimitarse, en nuestra opinión, las siguientes: 1) las relativas al "status" propio y exclusivo del empresario mercantil (llevarza de libros, inscripción en Registros especiales, régimen concursal especial, deber de lealtad en la competencia, prohibición de incidir en prácticas restrictivas o de abuso de dominio, derecho a fijar libremente las condiciones de su actividad o de su competencia económica y derecho a utilizar signos distintivos); 2) por ello mismo aparece o subsiste todo un sector del Derecho (mezcla de privado y de público) regulando minuciosamente las instituciones "especiales" exigidas para el ejercicio de tal actividad económica (Registros exclusivos para los empresarios, auxiliares de su actividad que generan un régimen jurídico especial para la representación que ostentan, un Derecho de la competencia o Derecho industrial con su amplio contenido incluso supranacional, un Tribunal especial para reprimir las restricciones de la competencia por ellos cometidas; 3) los relativos a las formas de organización colectiva para la explotación de aquella actividad (Derecho de sociedades, con su enorme complejidad, difícil de encuadrar en las normas civiles y un moderno y progresivo régimen jurídico

para los "grupos de sociedades", imbuido de la preocupación de evitar los abusos que por ellos puedan cometerse; 4) las relativas a los contratos exclusivamente practicados entre empresarios (p. ej., agencia, licencias de varias clases, asistencia técnica, construcción de industrias "llaves en mano", que debilitan la pretendida capacidad organizativa del empresario, etc.).

Pues bien: si todo este sector del Derecho privado, que posee una perfecta cohesión interna, responde a una unidad y se aplica exclusivamente a unos sujetos (los empresarios mercantiles), quiere decirse que es "Derecho civil", al lado del "Derecho hipotecario", del "Derecho de familia y sucesiones" o de los "Derechos reales" (los cuales, fijémonos bien, se aplican a todos los sujetos de Derecho privado), no veo inconvenientes *dogmáticos* en admitirlo, siempre que se reconozca que constituye una parte del Derecho privado, especial o singular, si se quiere, *por razón de la materia*; que se aplica a unos especiales sujetos de Derecho privado que se diferencian de los restantes "ciudadanos" (personas físicas o jurídicas) sometidos al Derecho privado, precisamente por realizar, a diferencia de éstos, una actividad económica en forma profesional, o sea mediante una empresa; que, por ello mismo, quedan sometidos a un profundamente diverso "status" jurídico, del que los demás "ciudadanos" no participan, y, además, que para realizar aquella actividad utilizan o se sirven de contratos especiales no utilizables por los que no participan de aquel "status" especial.

VII

La obra del Profesor Rubio, eminentemente crítica para la doctrina mercantilista española, me sugiere unas últimas observaciones. La primera es de carácter general: en su mayor parte el estudio parece el fruto de una investigación realizada hace bastantes años y posteriormente puesta al día mediante adición de citas, de párrafos y de notas intercaladas. De ahí, posiblemente, procede la causa de algunas de las contradicciones de que adolece la obra. La segunda, se refiere a una cuestión que no deja de producir cierta extrañeza en una investigación jurídica bien cuidada como, en general, lo son las del Profesor Rubio. Su tesis identificando Derecho mercantil y capitalismo se formuló en 1947 y se reitera en esta obra, con su proverbial profundidad y, sin duda, con pretensiones de originalidad. Pero precisamente por ello llama la atención que en las obras del Profesor Rubio en las que dicha tesis se expone no se mencione ni cite la aportación del insigne mercantilista Ascarelli que la postuló, creemos que por primera vez, bastantes años antes que el Profesor Rubio (primero en la R. D. C., 1934, I, pág. 8, y posteriormente en sus "Lezioni", y finalmente en su "Corso di Diritto commerciale"). La tercera observación tiene igualmente relación con la actitud crítica del autor ante la doctrina mercantilista española. Cuando el Profesor Rubio expone las distintas tesis formuladas por ella en torno a lo que es la empresa (bajo la rúbrica "La doctrina española", pág. 550 y ss.), produce también cierta extrañeza que no resalte convenientemente la aportación del Profesor Fernández-Novoa ("Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", R. D M, 1965, I, pág. 7 y ss.), expuesta con bastante antelación a la propia del Profesor Rubio, máxime si —además de su importancia— resaltándola convenientemente hubiera podido, por una vez, manifestar su coincidencia

con él en puntos esenciales de su propia concepción en torno a lo que es la empresa. Finalmente, produce cierta extrañeza que en una cuidada investigación jurídico-mercantil pueda afirmarse, como lo hace el Profesor Rubio, que las patentes de invención son *signos propios y distintivos de la empresa* (Cfr., pág. 536 de su "Introducción"). Afirmación ésta incomprensible, dada la actual elaboración de la doctrina extranjera e incluso de la española en torno a las patentes de invención.

* * *

Al recensionar en estas páginas la aportación del Profesor Rubio, valiosa, como todas las suyas, y que los estudiosos del Derecho mercantil confiamos en ver pronto extendida a otros sectores de nuestra disciplina, no me ha parecido sincero ocultar tras el elogio que la obra merece las observaciones y aún los reparos que su lectura me ha sugerido, las cuales, naturalmente dentro de los límites de esta reseña, someto gustoso a cualesquiera otros mejor fundados y que tienden a poner también de manifiesto la importancia de la obra.

MANUEL BROSETA PONT
Catedrático de Derecho mercantil
de la Universidad de Valencia