

## Los civilistas y la evolución histórica del Derecho mercantil

LUIS FIGA FAURA

Para enfocar correctamente el estudio del que considero factor más influyente en la evolución del Derecho mercantil es necesario aclarar previamente una cuestión en relación con la cual los errores son muchos y fuertemente arraigados. Nadie sabe por qué razones existe la opinión generalizada de que el Derecho mercantil *procede* del *ius commune*, en el sentido de que nació y se desarrolló *con posterioridad a éste* y como consecuencia de sucesivas y repetidas «desviaciones», «corruptelas» o «excepciones» de las normas primitivamente contenidas en el *Corpus Iuris*; como consecuencia, la *jurisdicción especial mercantil* —los Tribunales de Comercio— constituyen una conquista porfiada y trabajosamente ganada o arrebataada por el estamento mercantil a la *jurisdicción ordinaria*.

Esta visión de las cosas es totalmente errónea. Consta la existencia en las plazas de Levante de importantes y prósperas colonias venecianas y amalfitanas antes del año mil. En el año 829, las inversiones del veneciano Justiniano Participazio en empresas marítimas superan las 1.200 libras de plata; y a mediados del siglo XI, Venecia había ya construido un extenso protectorado sobre los puertos del Adriático. Por otra parte, la historia da razón de ciertos acontecimientos que, en El Cairo, produjeron la masacre de un centenar de comerciantes amalfitanos allí establecidos: sus pérdidas económicas se valoraron en 84 libras de oro (90.000 dinares); y el núcleo primario de las Tablas Amalfitanas fue compuesto antes de la invasión normanda (año 1073), por la misma época en que fallecía Pantaleón —uno de los primeros personajes identificados con los que se inicia la historia económica de Occidente.

Los siglos X y XI, por tanto, presencian la existencia de importantes redes comerciales, de importantes metrópolis mercantiles, de importantes colonias; y de una actividad comercial intensa que es impensable sin unas reglas de juego —sin una normativa jurídica existente y vigente con anterioridad al redescubrimiento del *Corpus Iuris*, al Rena-

cimiento del Derecho romano y al nacimiento y afirmación del estamento de los juristas profesionales.

La pregunta acerca del origen de este Derecho no ha sido todavía contestada. Renouard menciona y contrapone tres soluciones distintas —todas ellas posibles: la defendida por Sayous (*Le capitalisme commercial et financier dans les pays chrétiens de la Méditerranée occidentale depuis la première Croisade jusqu'à la fin du moyen Age*) para el cual el derecho de los comerciantes procedería del desarrollo lógico y progresivo de principios y prácticas dejadas por civilizaciones anteriores —principalmente el Bajo Imperio; la sustentada por Kohler (*Die commenda im islamschen Rechte*) y Grasshof (*Das Wechselrecht der Araber*) para quienes procede de unos usos servidos por una técnica, muy evolucionada, existente en el mundo islámico; y la formulada por Mickwitz (*Byzance et l'Occident Medieval*) para el cual esta técnica, procedente en realidad de Siria y Egipto había sido transmitida o los comerciantes italianos y árabes a través de Bizancio. Cualquiera que sea la opinión que en definitiva se adopte —y quizá lo más acertado sería suponer que, en un mundo tan heteróclito como lo es en tales fechas el Mediterráneo oriental, lo ocurrido ha sido consecuencia de una mezcla de elementos orientales, árabes, bizantinos y románticos —lo cierto es que a ningún historiador se le ha ocurrido la peregrina y anacrónica idea de que el Derecho mercantil procede del *ius commune* y es, por tanto, respecto de él un «derecho especial».

Lo mismo cabe decir de los Consulados de Mar de los que proceden los posteriores Tribunales de Comercio. Desde un punto de vista estrictamente lógico es impensable que una institución tan primaria diera sus primeros pasos en lucha con una jurisdicción ordinaria y unos intereses —los del estamento de los juristas— perfectamente establecidos: si muchos siglos más tarde y después de comprobada la utilidad y eficacia de unos Tribunales de Comercio universalmente admitidos, la ciudad francesa de Rouen, en lucha con los juristas, tarda ochenta años en conseguir la erección de un Consulado, puede suponerse cuál hubiera sido el final de haberse producido tal intento como balbuceante ensayo de algo todavía no experimentado.

La estructura misma de los Tribunales mercantiles demuestra que su nacimiento tuvo por objeto llenar un vacío: el existente en unas colonias alejadas de la metrópoli, constituidas por mercaderes unidos por la necesidad de autodefensa, desprovistos de todo apoyo: surgen así unos Tribunales legos en Derecho que juzgan según su leal saber y entender: el procedimiento tuvo éxito y, con toda probabilidad pasó de las colonias a la metrópoli: sólo así puede explicarse el fenómeno —que no se da en sentido inverso— de colonias, como la de Pera que tienen su propio Tribunal de Comercio —su consulado— cuando la metrópoli, Génova, no llega nunca a tenerlo.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que los glosadores —y el mismo Acursio en su glosa *Indefense* al fragmento 2, § 2 del Cap. XVIII, Libro IV del Código— ya hablan de tales Tribunales como de cosa perfectamente establecida mucho antes de que trataran de ellos los Es-

tatutos de las Ciudades italianas. Dicho de otro modo —y no solamente por consideraciones lógicas, sino en base a una documentación suficiente—: cuando el jurista nace y toma conciencia de su *status* profesional, topa con unos Tribunales ya establecidos en los cuales no se le permite la entrada.

Porque lo que, probablemente, fue fruto de la necesidad y consecuencia del aislamiento había demostrado una eficacia inesperada: los jueces *amateurs* decidían de los pleitos con más rapidez que los jueces ordinarios, con menos coste que los jueces ordinarios y con mayor conocimiento de la vida comercial y de sus prácticas que los jueces ordinarios; tres ventajas impagables para quienes la rapidez y la economía son valores supremos y para quienes, en consecuencia la intervención de juristas era una amenaza a la que había que hacer frente de modo decidido.

El primer contacto entre el mundo mercantil y el mundo de los juristas tiene todas las características de una ruptura de hostilidades: la mayor parte de los Estatutos italianos, al regular la actuación de los Tribunales de comercio, poniendo por escrito costumbres inveteradas, prohíben de forma absoluta la intervención en las causas mercantiles de abogados y procuradores (Estatutos de: Verano 1318, Padua 1362 y 1420, Monza 1331, Piacenza 1346 y 1401, Brescia 1429, Milán decreto de 1444 y constitución de 1541, Ferrara 1566, Florencia 1299 y estatutos del Arte de Calimala de 1332 y 1337, Luca 1308, etc., etc.).

Para darse una idea del «tono» adoptado por los comerciantes, basten los siguientes párrafos de la ordenanza barcelonesa de 29 de noviembre de 1456:

*«... la usança antiga no escrita la qual los dits consols han tenguda e servida e vuy tenen a serven ço es: que no admeten ni han admes en lur cort ne juys d'aquella algun jurista o juristes per advocar ni algun causidich per rahonar o procurar, en e sobre qualsevol plets, debats o questions qui's menen devant los dits consols e sien entre qualsevol persones per qualsevol causa e rahó; e aço per tant como los dits plets, debats e questions, lexades totes sollempnitats e intriccions de dret son a maior profit de la mercaderia e de la cosa pública pus prestament e millor determinades e finides segon capitol de lotge e bons consells de bons prohomens llechs, per los dits consols segons que lur ofici ho requer».*

*«... per ço los dits Consellers e prohomens moguts per la dita rahó e volents la dita usança corroborar e aquella haver per ley escrita por cessar e tolre moltes vexacions e alteracions qui s'en porien seguir, per tal com la dita usança no es en ordinació ni ley escrita, ordenaren, loant, approbant, ratifficant e confirmant aquella, ah tenor de la present crida que algún jurista ni causidich no puxen ni degen esser admesos, hoyts ni scoltats en res per los consols o lo un d'ells en e sobre qualsevol plets, questions o debats qui's menen devant los dits consols entre qualsevol per-*

sones e per qualsevol raho o causa. E si sara fet lo contrari que aquell qui'ls hi amanería per advocar o procurar caygua de la causa e perda tot dret que haver puixe en aquella.»

El rechace, como puede verse, es total y las razones de él son perfectamente claras: la intervención del jurista encarece y alarga los litigios y el comerciante prefiere, con la rapidez, correr el riesgo de la injusticia a la seguridad de obtener justicia si ello supone un proceso lento y caro. El procedimiento seguido ante los Tribunales de Comercio tiene, además para el comerciante, otra ventaja: el imperio de la equidad por encima del texto escrito e inmóvil; desde su punto de vista, el jurista no sólo debe ser rechazado como personaje molesto, sino que puede serlo como personaje inútil: la equidad elimina, por innecesario, al concededor del ordenamiento positivo: la actividad mercantil no se rige por éste sino por los usos —mejor conocidos del juez-comerciante que del jurista salido de Bolonia.

Como puede suponerse, este estado de cosas era gravemente perjudicial para los intereses del estamento jurídico. Por tal razón, a la declaración de guerra de los comerciantes, los juristas contestaron con una oferta de tratado de paz —o, por lo menos, de armisticio. La cosa viene de muy lejos —como que pretende basarse en la glosa *Indefense* antes mencionada— y se encuentra variamente expuesta en los más conspicuos autores, entre ellos Jason del Mayno (*Lecture super primam Digestum veteris*; comentario a la ley *Omnes Populi*), Juan Crotta (*Repetitiones*, vol. I, comentario a la ley citada), Ludovicus de Ponte (*Consilia*, consilium 242 y 243), Paulo de Castro (*Commentaria* in 1. eum qui), etc., etc. Pero su formulación más clara se encuentra en Baldo (*Commentaria*; in 1. 2c. de constit. pecunia):

«*Si statum mercatorum respicit actus eorum vel fidem actorum, ut puta dicit statum quod mercator possit conveniri ex nudo pacto vel quod scripturae privatae mercatorum plena habeatur fides et statuta talia valere et in quolibet foro et nedum seculari sed etiam episcopali servanda sunt.*

*Si vero statutum respicit modum procedendi ut puta est statutum eorum consuetudine confirmatum quod procedatur de plano sine strepitu et figura iudici, istud statutum non valet nisi in eorum foro.»*

Dos siglos más tarde la oferta sigue en pie y es resumida por Stracca (*Quomodo procedendum sit in casuis mercatorum*, núm. 10) del siguiente modo:

«*Statutum decisivum concludens iudici non mutat forum. Sed si concludit actioni sive causae valet ubique in decidendo sed non in ordinando iudicium.»*

Lo cual equivale a decir que los juristas están dispuestos a admitir y aplicar las normas mercantiles *sustantivas* siempre que los comercian-

tes se avengan a someterse a las normas *procesales* civiles, renunciando a su pretensión de que los pleitos se resuelvan de plano *sine strepitu et figura iudicii*.

La oferta de los juristas no fue meramente verbal; por el contrario, su buena voluntad se manifestó con hechos —hechos que llevaron a una unilateral y temprana mercantilización del *ius commune* que si fue pronto interrumpida al no recibir la esperada «compensación» por parte del estamento mercantil, no por esto dejó de afectar a centros vitales y puntos estratégicos del Derecho justinianeo.

Para entender lo ocurrido hay que tener en cuenta que las normas aceptadas desde tiempo inmemorial en el mundo de los negocios, aplicadas por los Consulados para resolver los litigios entre comerciantes, y no pocas veces reconocidas y sancionadas explícitamente en los más primitivos Estatutos miraban, fundamentalmente, a la simplicidad, facilidad y rapidez tanto en la conclusión de los contratos como en el cumplimiento de las obligaciones de ellas nacidas.

En cuanto a lo primero, el respeto a la palabra dada, sin consideración alguna respecto de formas y solemnidades, llevaba, no sólo a la plena eficacia de los *nuda pacta*, sino —lo que es mucho más importante— a no admitir diferencias personales entre los contratantes por razón de edad, sexo, estado o situación económica: para el estamento mercantil la entrada en el mundo comercial implica la entrada voluntaria en un juego en el que la responsabilidad por los propios actos y por las expectativas que éstos puedan producir en los demás es absoluta y total; en el mundo comercial está fuera de lugar la alegación de la propia debilidad, de la propia inexperiencia o del propio infortunio; quien promete tiene que cumplir lo prometido.

En consecuencia, toda cuestión entre comerciantes se reduce a saber si alguien prometió o no; y, contestada la pregunta afirmativamente, si el que prometió ha cumplido o no su promesa. Está, por tanto, fuera de lugar la consideración de los motivos por los cuales se prometió o por los cuales se ha incumplido.

Y, dado el incumplimiento, éste se neutraliza de la forma más rápida y expeditiva posible. La sentencia del Consulado o Tribunal de Comercio se cumple inmediatamente; tan inmediatamente que toda promesa escrita —e, incluso, toda promesa verbal hecha ante testigos— es susceptible de ejecución directa e inmediata, sin perjuicio, en algunos casos, de que, quien se considere perjudicado por ella pueda, *con posterioridad*, reclamar la devolución de aquello que indebidamente se le obligó a pagar.

Evidentemente no eran estos los principios en que se basaba el Derecho de los jurisconsultos. El deseo de éstos de ser admitidos en el mundo comercial les llevó a realizar un esfuerzo dirigido a «adaptar» el Derecho civil a la normativa aceptada por los comerciantes. Las principales manifestaciones de este esfuerzo de adaptación son la doctrina de la *renuntiatio* y la del título ejecutivo.

En cuanto a la primera, la estructura del Derecho justinianeo se caracteriza por su preocupación por la protección del deudor y, en ge-

neral, de la parte contractual débil. Pues bien: como consecuencia de la doctrina de la *renuntiatio* se consigue pasar de la renuncia a los derechos adquiridos a la de los beneficios concedidos por la norma jurídica —y, mediante ella a la neutralización de los preceptos establecidos con carácter imperativo en defensa de aquellos personajes. Del *favor debitoris*, característico de la Compilación justiniana, se pasa a un descarado *favor creditoris* mediante el simple procedimiento de admitir la renuncia, por parte del deudor a la protección legal, basándose en el texto según el cual *uniquisque licet renuntiare his quae pro se indulta sunt*. En poco tiempo todo el complicado mecanismo protector originado en el Derecho romano clásico y completado por Justiniano, fue desmontado acomodando la regulación contenida en el *Corpus Iuris* a las necesidades o exigencias del estamento mercantil de modo que las relaciones económicas pudieron construirse sobre el principio de la absoluta libertad de pacto —principio perfectamente defendible en una actividad como la comercial en la que se presupone la igualdad personal de las partes contratantes y en la que toda defensa de la parte contractual débil carece de sentido.

La doctrina de la *renuntiatio* —definitivamente formulada y fundamentada por Bartolo— aparece ya en las *Questiones de iuris subtilitatibus*—, obra contemporánea de los inicios del renacimiento del Derecho romano; cincuenta taños más tarde Rainero de Perugia, en su *Summa artis notariae*, da por sentado el origen contractual del Derecho y, en consecuencia, que los obstáculos legales a la libertad de contratación *deben* ser amablemente apartados. En el Capítulo III de su obra recomienda al Notario que se cerciore de los beneficios de que goza el deudor y se los haga renunciar dado que tales beneficios *sunt in favorem hominum introducta quibus renuntiare debent... ut contractus sortiatur effectum*; y en el Capítulo IV estudia la renuncia a ocho beneficios; Butrigrario aumentará su número a cincuenta y tres; y Paulus Galeratus llegará a los doscientos.

Con ello la mercantilización de una parte importante del Derecho civil patrimonial quedaba realizada en su punto más sensible; con la particularidad de que lo que había sido practicado como necesario para el tráfico *entre comerciantes* se convertía en doctrina general basada en los propios textos del *Corpus Iuris* y aplicable, en consecuencia, tanto a las relaciones entre comerciantes como a las existentes entre quienes no tenían esta condición. El *ius commune*, con pretensiones de *ratio scripta* consagraba incluso *para las relaciones exclusivamente civiles* (las derivadas de contratos entre no comerciantes y de los concluidos entre comerciante y no comerciante) el dominio de la parte contractual fuerte.

Cuando los juristas se cansaron de esperar la aceptación por los comerciantes del trato ofrecido, intentaron neutralizar el destrozo realizado. Las doctrinas de la *cercioratio* y del *intervallum* fueron remedios ingeniosos pero tardíos —tanto más inútiles cuanto paradójicamente la doctrina canónica del *iuramentum confirmatorium* los hacía completamente ineficaces; el Derecho romano deformado se había ya impuesto

en la mayor parte de Occidente, a pesar de las resistencias populares, y la vuelta a los principios justinianos se reveló imposible.

Si la doctrina de la *renuntiatio* es el más claro ejemplo de una temprana y pronto interrumpida mercantilización del Derecho civil, la invención del título ejecutivo lo es de una no menos temprana ni menos pronto interrumpida mercantilización del Derecho procesal.

En materia de ejecución, las normas contenidas en el *Corpus Iuris* eran perfectamente claras: la principal causa legitimadora de la ejecución es la sentencia firme a partir de cuya fecha el condenado dispone de treinta días para cumplir y transcurridos los cuales el actor debe ejercitar la *actio iudicati* contra el deudor; éste puede confesar *in iure* —y ello abre la posibilidad de iniciar el procedimiento ejecutivo— o negar la deuda alegando la invalidez de la sentencia— y con ello se abre un nuevo proceso de cognición, cuya sentencia, de ser favorable al demandante, es directamente ejecutiva. Son, por tanto, dos las sentencias —declarativa y ejecutiva, respectivamente— a obtener y, en consecuencia, dos los procesos —con sus correspondientes posibles apelaciones— a seguir.

Que este complicadísimo mecanismo no era el más adecuado para las relaciones jurídico-mercantiles no exige demostración. Como puede suponerse, todo intento de «adaptación» de la normativa civil a la práctica comercial no podía tener más que un objetivo: lograr la posibilidad de ejecución por la simple existencia de un documento del que resultara una obligación.

Resultado que se consiguió en dos etapas. La primera persiguió la eliminación de la necesidad de ejercitar la *actio iudicati* —la necesidad del juicio ejecutivo— siguiendo el camino de transformarlas en una *actio in factum* —*sin litis contestatio*— que lleva directamente a un *decretum* por el cual se nombra a un *executor* para que represente al demandado en todo el procedimiento. Posteriormente y dado el carácter eminentemente formal del proceso de ejecución así estructurado, no tardó en producirse su absorción por el proceso de cognición que terminaba con un *praeceptum seu mandatum de solvendo executivum*.

La segunda etapa fue más difícil de recorrer dado que el objetivo perseguido era, nada menos, que la eliminación del proceso de cognición y de la correspondiente sentencia declarativa. Los caminos elegidos para encontrar una fundamentación suficiente en el propio *Corpus Iuris* fueron muchos y distintos según los lugares y las épocas. Los más dignos de mención son la sentencia preventiva, la cláusula de *guarentigia*, la *obligatio camerális* y la *cláusula de terç*.

En cuanto a la primera, consistía en la *confessio extra ordinem* hecha por el deudor ante el juez en el mismo acto en que contrae la obligación; y el *iudex facit ei praeceptum secundum consuetudinem locorum*, es decir: dicta sentencia de pagar al vencimiento de la obligación. Normalmente esta sentencia preventiva que a veces lleva consigo el embargo de los bienes del deudor —se incluye en el instrumento que da origen a la obligación y el notario da fe de ésta y de aquélla. Esta fórmula fue corriente en los contratos entre el Papado y los

banqueros encargados de la colecta y remisión del diezmo y Renouart nos da ejemplos de ella en su obra *Les Papes d'Avignon et las Compagnies Commerciales*.

La cláusula de *guarentigia* es más conocida. Ya se ha visto que el *Corpus Iuris* daba los mismos efectos a la *confessio in iure* que a la sentencia —entendiendo por tal la hecha ante el Juez y en presencia de la otra parte. Cuando —a fines del siglo XIII— viene reconocida en el norte y sur de Italia a los Notarios la cualidad de *iudices ordinarii*, con jurisdicción *cognoscendi et iudicandi*, se les da el nombre de *iudices cartularii* con facultad de recibir *confessiones in iure*; los contratos concluidos ante Notario se equiparan a la confesión de modo que la obligación asumida es *res iudicata* provista de *executio parata sine libello et litis contestatio vel alio ordine iudiciale*.

En aquellas regiones o estados en los que, por el principio monárquico no era concebible más que una jurisdicción organizada jerárquicamente y en los que, por tanto, el Notario no podía ser equiparado al juez, se siguieron otros procedimientos. La *obligatio cameralis* o *in forma camera apostólica* fue uno de ellos; su único secreto —al decir de A. M. Galesius— consistía en un apoderamiento conferido por el deudor a un tercero de la confianza del acreedor, facultándole para vender sus bienes en la forma que tuviera por conveniente.

Por último, en Cataluña y Cerdeña la fórmula utilizada es la denominada *escriptura de terç*. Su fundamento teórico se encuentra en el carácter ejecutivo de las deudas fiscales —regidas desde tiempo inmemorial por el principio *solve et repete*— acerca de las cuales afirma Bartolo: *actio si competat fisco pro parte poena et pro alia parte privato, totum debet exigi a fisco et dare debat portio sua privato*. Sobre este fundamento se construye la obligación de modo que, al reconocimiento de deuda se le añade, para el caso de incumplimiento, una cláusula penal *a favor del fisco* en cuantía de una tercera parte de la cantidad debida.

Como en materia de *renunciatio*, las concesiones de los juristas habían ido demasiado lejos: contra el título ejecutivo —en cualquiera de sus formas— no cabía otra excepción que el pago constatado en escritura pública. Con ello, el principio *solve et repete* amenazaba con aplicarse a todas las obligaciones —tanto civiles como mercantiles; y, también aquí, la marcha atrás fue espectacular: no se tardó mucho en encontrar justificación a toda clase de excepciones oponibles por el deudor; a principios del siglo XVIII, Maradei enumeraba ciento cincuenta y cinco.

Ciertamente que la buena voluntad de los juristas, a la vista de tales muestras, no puede ponerse en duda; pero, por lo dicho anteriormente, puede ya suponerse lo sucedido: el estamento mercantil no se dejó ablandar por las amabilidades de los Doctores *in utrumque jus*, y las puertas de acceso al mundo comercial continuaron cerradas. En realidad se ponía de manifiesto la imposibilidad de cualquier acuerdo: lo que exigían —y tenían— los comerciantes era rapidez, simplicidad y eficacia y aquello a que aspiraban los juristas suponía lo contrario.



El punto de vista de los comerciantes quedará crudamente formulado por un autor del siglo XVI:

*«La jurisdiction consulaire fait sècher sur pied la chicane qui meurt d'envie de mettre la griffe sur un morceau si gras qu'est le commerce.»*

No es de extrañar, pues, que el veto de los comerciantes se mantuviera: en Italia los Estatutos no sufrieron, en este aspecto, modificación alguna; en Francia —país al cual había pasado el protagonismo europeo de la actividad mercantil— el Edicto de noviembre de 1563 por el que se erige el Consulado de París y cuyo preámbulo reza:

*«Charles, par la grâce de Dieu, Roi de France: a tous presents et avenir: Salut. Cavoir faisons que sur la Raquête et remontrance a nous faites en notre Conseil de la part des Marchands de notre bonne ville de Paris et pour le bien public et abreviation de tous Procès et differends entre Marchands qui doivent négocier ensemble de bone foi, sans être astreints aux subtilités des Lois et Ordenances...»*

establece en su artículo IV:

*«Et pour couter chemin a toute longueur et'ôter l'ocasion de fuir et plaider voluons et ordennons que tous ajournements soient libellés, et qu'ils contiennent demande certaine... le tout sans aucun ministère d'avocat ou Procureur.»*

Por su parte, la Ordenanza del Comercio —conocida por «Code Marchand» —de marzo de 1673, declara comunes a todos los Tribunales y Cónsules el Edicto de 1563 (título XII, art. 1.º) y ordena que el procedimiento a seguir en la jurisdicción Consular se ajustará a las formas prescritas en la Ordenanza de abril de 1667, cuyo art. 2 del título XVI dispone que:

*«La cause doit être voidé sur le champ sans ministère d'Avocat ni de Procureur.»*

En Castilla, a la que pasa el protagonismo económico español, ocurre exactamente lo mismo. La Pragmática de 1494 —que se reproduce en la de 2 de junio de 1511 por la que se reconoce el Consulado de Bilbao—, dispone:

*«Por la presente damos licencia y facultad y jurisdicción a los dichos Prior y Consules de los mercaderes de dicha villa de Burgos que agora son o serán de aquí adelante para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que ovieren entre mercader y mercader y sus compa-*

*ñeros y factores ... para que lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes sin dar lugar a luengas ni dilaciones de malicia ni plazos de abogados ... los cuales hagan juramento de se haver bien y fielmente en el negocio que ovieren de entender guardando la justicia a las partes y conociendo y determinando la dicha causa por estilo entre mercaderes sin libelos ni escritos de abogados salvo siempre la verdad sabida y la buena fe guardada como entre mercaderes sin dar lugar a luengas de malicias ni a plazo ni a dilaciones de abogados.»*

Las razones de esta actitud son perfectamente claras:

*«... porque sabíamos que los pleytos que se movían entre mercaderes ... nunca concluir ni fenecían porque se presentaban escritos de niveles de letrados por manera que por mal pleito que fuesen los sostenían los letrados de manera que los hacían inmortales lo qual era en gran daño y perjuicio de la mercadería.»*

Por su parte, la ordenanza XXXVIII de las Generales de Bilbao de 2 de octubre de 1531 establece:

*«... de aquí adelante en el dicho juzgado no se admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito sobre cualquier pleyto o diferencia que sea o ser pueda sin que ante todas cosas los fiel e deputados hagan parescer ante sí personalmente a las partes litigantes ... e quando así de palabra no se pudiere atajar ni determinar, entonces se admitan peticiones por escrito con que no sean formadas de letrados e que lo que en otra manera se hiciere sea en sí ninguna e de ningún valor e efecto.»*

El mismo Hevia Bolaños, en su «Laberinto de Comercio Terrestre y Naval» (1617) reconoce este estado de cosas:

*«En las causas que se tratasen en el Consulado en primera y segunda instancia no se pueden admitir peticiones de Abogados y se ha de proceder y determinar breve y sumariamente sin dilación salvo siempre la verdad sabida y la buena fe guardada.»*

Si bien, recordando su condición de jurista, añade a continuación:

*«... aunque se ha de determinar según Derecho... y si se procediere ordinariamente valdrá el proceso porque el guardar el orden judicial no puede perjudicar (Libro II, Cap. XV, núm. 36).»*

En este punto la posición del estamento mercantil, por lo menos hasta el siglo XIX fue irreductible. Una de sus últimas manifestaciones

la encontramos en las Ordenanzas de Bilbao de 1737: la Ordenanza VI del Capítulo Primero dispone:

*«Por quanto en dicho Consulado deben determinarse los pleytos y diferencias entre las partes breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes sin dar lugar a dilaciones, libelos ni escritos de Abogados...: Se ordena que siempre que qualquiera persona pareciere en dicho Consulado a intentar qualquiera acción no se le admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito sin que ante todas cosas el Prior y Consules hagan parecer ante sí las partes...; y no lo pudiendo conseguir les admitan sus peticiones por escrito, con que no sean dispuestas, ordenadas ni firmadas de Abogados... Y, procurando en quanto a ésto evitar malicias, si se presumiere que la demanda, respuesta u otra petición y Libelo fuere dispuesta de Abogado, no la admitirán hasta que baxo juramento declare la parte no haverla hecho ni dispuesto Abogado.»*

Si la actitud de los comerciantes fue invariable, no lo fue menos la de los juristas. Durante cinco siglos se desarrolló una batalla de desgaste en la que la iniciativa correspondía al estamento jurídico y la defensiva, cerrada y tenaz al estamento mercantil; lucha que se desarrolló en tres frentes distintos:

El primero —meramente anecdótico y sin resultados decisivos— llevó a escaramuzas que con suerte alterna y siguiendo los vaivenes políticos ampliaron o restringieron la esfera a la que se extendía la jurisdicción de los Tribunales de Comercio— y, en consecuencia, la de los Tribunales ordinarios de los que los doctores de la Ley eran protagonistas. Es en este campo donde los juristas desarrollaron, indirectamente, una eficaz labor de vigilancia logrando impedir la extensión de la normativa mercantil a relaciones distintas de las nacidas entre comerciantes.

El segundo tuvo mayor contenido doctrinal y mayor importancia práctica —visible sobre todo después de conocido el desenlace de la contienda y consistió en un ataque frontal a lo que constituía el núcleo y centro de gravedad del sistema montado por los comerciantes.

Se ha dicho antes que la especialidad más relevante del Derecho mercantil fue, inicialmente, de naturaleza procesal; pero hay que caer en la cuenta que la rapidez y eficacia de los Tribunales de Comercio no habrían sido posibles sin la base sustantiva con arreglo a la cual decidían las cuestiones entre comerciantes que no era otra que *la equidad*. Esta creaba o reconocía a los usos del comercio —el «sentir» de los comerciantes— al compás de los tiempos y circunstancias, y no se hallaba sujeta a norma escrita alguna, como no fueran las meramente formales de procedimiento. Los Estatutos corporativos —y la parte de ellos recogida en los Estatutos municipales— eran simples recopilaciones de usos y, por tanto, derogables por usos posteriores distintos. Como se ha dicho antes, este sistema hacía superflua la asistencia de

los concedores de la Ley: bastaba la de personas concedoras de las prácticas mercantiles, es decir, de comerciantes. La entrada de los juristas al mundo del comercio sólo podía producirse cuando las decisiones de los Tribunales de Comercio se fundaran no en la equidad, sino en la Ley.

De ahí el constante, duro y despiadado ataque de los juristas contra la equidad mercantil. Ya Baldo había afirmado *deberi nos sequi aequitatem rationis coniunctum, non imaginariam et nostri capitis* por cuanto *aequitates hominum non habet in se pondus statuti, nisi legibus vel consuetudine praescripta sint roboratae*.

Más enérgicamente, Paulo de Castro escribió:

*«Professores iuris colunt iustitiam et profitentur se habere et habent notitiam boni et aequi et separant cequum ab iniquo et licitum ab illicito. Contra idiotas mercatores qui faciunt se magistros aequitatis et contemnunt legistas dicentes quod vadunt per cavillationes et ipsi per aequitatem; nam, multo melius cognoscent legistae quid sit aequitas quam ipsi cognoscent quid sit rigor: qui est oppositum aequitatis et unum contrarium melius cognoscitur per aliud et habent notitiam tam per naturam quam etiam per artem, illi vero per naturam tantum et proferunt aliquando multas iniquas sententias confidentes de seipsis. (Commentarium in Primam Digesti Veteris parte: De Iustitia et iure L. 1, núms. 4 y 9).*

Por su parte Stracca, en la última parte de su *Quomodo procedendum sit in causis mercatorum* —en la que no se cansa de dar consejos a los Cónsules— hace referencia a

*«... ignaros imperitosque mercatores qui se aequitatis magistros esse credunt et iniquunt Iurisconsultum cavillationes concupiscere et sequi, mercatores vero aequitatem.»*

y haciendo uso, como Pablo de Castro, de argumentos de procedencia aristotélica afirma:

*Longe enim melius quid aequitas sit, Iurisconsulti norunt quam ipsi quid sit rigor qui aequitate opponitur: nam contrariorum est eadem disciplina; uno enim cognito, cognoscitur et reliquum.*

La recomendación que sigue era perfectamente previsible:

*Consulant itaque mercatores in dicendis sententiis Iurisconsultos bonosque viros. Vetus est enim illud «ne sutor ultra crepidam», et felices essent artes si de illis soli artifices indicarent et se lege ipsa clementiores aut aequiores ne putent.*

Sería interminable la cita de autores que con más o menos virulencia arremeten contra la equidad mercantil. Creo que el capítulo puede quedar dignamente cerrado con la transcripción del siguiente texto de Casaregis (*Discursus legales de Commercio*: Discursus LVI).

«*La maggior disgrazia —dice— que hanno alcune volte le Cause Mercantili è che siccome contengono certe formule particolari, usati tra 'Mercanti nel contrattare, poco intese da' nostri Professori soglionsi quella per lo piu rimettere, per la loro decisione al giudizio de 'Mercanti, i quali bensì fanno piu degli altri la materialità della loro negoziazione; ma non intendono poi la propria sostanza ed esenza de'loro contratti, e così secondo quello che apprendono per equità, col solo lume naturale, pretendono di risolvere tutte la differenze che spesso volte s'incontrano ne'negozii e particolarmente nelle materie de' Cambi, quando per altro e tanto detestabile un simile giudizio, mentre l'equità non e mai quella che pu'suggerire il propio cervello se non e ben instrutto dalle nostre Leggi e regobio colla scorta de' piu insigni nostri Giurisprudenti... Decidere quello que riguarda l'essenza e la qualità delle obbligazioni deve essere solo Provincia de' piu esperti e prudenti Professori.*»

Durante siglos el esfuerzo aplicado a desprestigiar la equidad mercantil es constante y consigue fijarse en fórmulas incansablemente repetidas convertidas en apotegmas de autoridad indiscutida.

«*Cerebrina enim et pro voluntate non ad juris normam regulamque formata, non aequitas sed iniquitas est.*»

«*Orandum est ut Deus nos praeservit ab aequitate Parliamenti.*»

El tercer frente en que los juristas luchan contra la impermeabilidad mercantil es más difícil de caracterizar y concretar. Puede ser calificado, quizá, como de campaña publicitaria del saber de los juristas; pero también puede ser definido como un colosal —y probablemente inconsciente— proceso de mixtificación. Forman parte de él las obras de los denominados «mercantilistas clásicos». Stracca, Scaccia, Marquardus, Hevia Bolaños, De Turri, Ansaldo, De Lucca, Casarregis, etc. Pero quizá donde mejor se aprecie el contenido profundo y el auténtico sentido de esta actitud sea —aparte de obras menores como la de nuestra Acacio de Ripoll *De Magistratus Logiae Maris* —en la recopilación debida a Pierre de Landry, aparecida a finales del siglo XVI y editada repetidas veces con el título *De Mercatura, Decisiones et Tractatus varii, et de rebus ad eam pertinentibus*. En ella se recoge toda la literatura jurídica conocida sobre materia «mercantil», consistente en 215 Sentencias de la Rota de Génova, los distintos tratados constitutivos de la obra de Bienvenuto Stracca *Tractatus de mercaturis seu mercatore* y veintitrés monografías: *De contractibus mercatorum* de

Ioannis Nider; *De Constituto* de Baldo; *De usu maris* de Rodrigo Suárez; *De privilegiis* de Petrus Vanderanus; *De fideiussoribus* de Hippolytus de Marsilis; *De Excussione* de Iacobus de Arena; *De Discussionibus* de Benedictus Barzis; *De Subhastationis* de Iodicus Damhouderius; *De debitori suspecto* de Ioannis Bapstista Caccialupus; *De iure sistenti et iniectione* de Petrus Peckius; *De carceribus* de Baldo; *De represaliarum* de Ioanni Jacobi a Canibus; *De represaliis* de Martinus Ludensis; *De materia securitatis* de Guglielmo de Cuneo; *De Assuractionibus et sponsionibus mercatorum* de Pedro de Santarem; *De Sequestrationibus* de Iacobus de Arena; *De Sequestrorum* de Franciscus Curtius; *De Sequestrorum* de Angelus Perusinus; *De cessione Iuris et actionem fienda* de Ioannis de Grassis; *De Cessione actionum* de Iacobus de Arena; un anónimo *Tractatus Cessionum*; *De renuntiationum Iuris Civilis* de Iacobus Butrigarius y *De Cessione Bonorum* de Matthaeus Brunus.

En relación con esta obra, son de subrayar dos peculiaridades: en primer lugar la inclusión en la compilación del tratado sobre renunciaciones de Butrigarius, circunstancia que ratifica el carácter mercantil, antes afirmado, de la teoría de la *renuntiatio*; en segundo lugar que la Rota de Génova, cuyas decisiones se recogen, no es un Tribunal de Comercio sino un Tribunal Civil.

La lectura de los citados trabajos revela su característica fundamental consistente en el enfoque y tratamiento *civiles* de los temas estudiados en ellos. Basta con la lectura de las Sentencias de la Rota de Génova recogidas para darse inmediata cuenta de que no pudieron ser Sentencias de Tribunales de comercio ni pudieron tener ninguna semejanza con las pronunciadas por éstos. Y lo mismo ocurre con las monografías que siguen —empezando por los tratados de Stracca—; todos los textos recogidos argumentan tomando como base al *Corpus Iuris* —con algunas concesiones a los usos mercantiles que no hay más remedio que admitir— utilizando la misma lógica que podemos encontrar en los grandes comentarios de los civilistas. La recopilación de Pierre de Landry es un lujoso escaparate en el que se exhibe la fabulosa erudición de unos juristas que, con ella y a causa de ella, reclaman el reconocimiento del derecho a entender, mejor que nadie, de las cuestiones mercantiles.

Esta exhibición de conocimientos oculta, sin embargo, un fenómeno mucho más importante. Para entenderlo basta tener en cuenta lo que *en realidad* hacían los juristas al prestar atención a los temas mercantiles; no hace falta, para ello, aguzar el ingenio, porque nos lo dice el propio Casaregis en el *Discursus* LVI anteriormente citado:

«Io non nego che per intendere la forza e il vero senso de'loro conti, scritture e carteggi, praticati generalmente con parole succinte e con termini noti per lo piu a qui professa la mercanzia e poco intensi da'Giuristi, non si debba ricorrere al loro giudizio, anzi ciò e necessario per apprendere la cognizione de'termini senza la quale ne meno potrebbesi intendere la materialità del

*loro operare; ma il decidere poi quello che riguarda l'essenza e la qualità delle obbligazioni deve essere solo provincia de'piu esperti e prudenti Professori. Dovendo essi studiare principalmente di ridurre il caso che accade in pratica a quella specie di contratto que meglio pare adattarsegli, e con cio venir poscia a decidere tutti quei dubbii ed articoli que possono eccitarsi tra le parti per indurre o togliere in alcune di esse la pretesa obbligazione.*

Dicho de otro modo: la única dificultad de la materia mercantil es meramente terminológica; conocido el significado de las palabras utilizadas por los comerciantes lo que el jurista tiene que hacer es reducir el caso, encajarlo *velis nolis* en la figura jurídica que mejor parezca adaptársele: como puede suponerse dicha «figura jurídica» no puede ser otra que alguna de las conocidas y reguladas por el *Corpus Iuris*; en consecuencia, la *compagnia* se explica por la *societas*, el contrato de cambio por el *adjectus solutionis causa*, el seguro por la *sponsio*, el endoso por la *procuratio in rem suam*, el factor por el *institor*, etc., etc.

Pero, sorprendentemente, lo que en definitiva no es más que una demostración palpable de la incapacidad de los civilistas para explicar *per se mismas* las instituciones mercantiles, y de crear una doctrina original basada en ellas y no apoyada en figuras extrañas, se convierte, en manos de los autores, en ocasión para presentar a las figuras civiles, no como coartada con la cual se disimula la propia inhabilidad, sino como precedente histórico de las instituciones mercantiles; la *societas*, el *adjectus solutionis causa*, la *sponsio*, la *procuratio in rem suam*, el *institor* no se presentan como expedientes a los que por analogía se recurre, a falta de un pensamiento original, para explicar la *compagnia*, el contrato de cambio, el seguro, el endoso o el factor, *sino como antecedentes históricos* de los que, por sucesivas corruptelas y desviaciones éstos se derivan. Con ello la doctrina jurídica de los mercantilistas clásicos impone el reconocimiento, para la normativa mercantil de unos antepasados, de un árbol genealógico imaginarios y, a la larga, que se admita una falsificación histórica a cambio del prestigio que supone no sólo que la normativa mercantil reciba la honrosa calificación de «Derecho» —*ius mercatorum*—, sino que tal disciplina pueda exhibir, como el *Ius Civile* y gracias a él su imperial abolengo: también el Derecho mercantil procede de Justiniano. En consecuencia, ¿quién mejor que los jurisconsultos podrá estudiar, explicar y aplicar el Derecho de los comerciantes, si tal Derecho no es más que el *ius commune* complementado por algunas normas especiales que ni persiguen ni consiguen desvirtuarle?

Variadas circunstancias contribuyeron a que la batalla de desgaste empezada en el siglo XIV terminara, en el siglo XIX, con la victoria del estamento jurídico: en primer lugar, la incapacidad de los comerciantes de crear, por sí mismos, la ciencia de su Derecho. Forma parte de la campaña propagandista de los juristas la afirmación de según el cual Stracca escribió sus tratados a petición y por encargo del estamento mercantil: sin embargo, no hay que pasar por alto que a los párrafos de este

autor antes transcritos pueden añadirse muchos otros que demuestran su poco aprecio —por decirlo con fórmula amable— por los comerciantes, lo cual obliga a aceptar la leyenda *cum grano salis*. En todo caso es evidente que la intelectualidad mercantil no supo hacer otra cosa que escribir unos cuantos manuales prácticos que, si fueron útiles a los comerciantes y son preciosos para nosotros, no pudieron —ni, quizá, se propusieron— neutralizar los efectos publicitarios de los infolios escritos por los juristas.

En segundo lugar, el cansancio de los mismos comerciantes. La reivindicación del derecho a resolver por sí mismos las diferencias y conflictos surgidos en el interior del estamento implicaba aceptar múltiples sacrificios: el más importante para los comerciantes en los que, tan temporalmente como se quiera, recaía el nombramiento de juez, el del abandono de sus negocios —y de sus ganancias— para ponerse al servicio de su profesión. Que esta carga fue aceptada cada vez con mayor desgana está suficientemente documentado. En el año 1702, por ejemplo, los mercaderes barceloneses piden al monarca se conceda a los miembros de Consulado el título de *ciutadans honrats* —con las prerrogativas inherentes— dada la dificultad en encontrar quien esté dispuesto a aceptar el cargo; y lo mismo ocurre en todas partes. La debilitación de la especial ética mercantil aumentó con el tiempo progresivamente y la supresión, en el siglo XIX, de los Tribunales de Comercio de muchos países —entre ellos el nuestro— no produjo ya reacciones apreciables.

Y, en último lugar, la lenta y también progresiva sustitución de los usos mercantiles y de la equidad como únicas fuentes normativas por un Derecho legislado. La primera manifestación sistemática de este fenómeno —las manifestaciones parciales son abundantes, particularmente en Estados caracterizados por su prurito ordenancista como Castilla— se produce con las Ordenanzas de Luis XIV. Hasta entonces, si no habían faltado manifestaciones de derecho escrito —piénsese en el Consulado de Mar, las Tablas Amalfitanas, los «Roles» de Oleron, las mismas normas incluidas en los Estatutos Italianos, etc., etc.— éstas se presentaban como recopilaciones de usos mercantiles que no podían prevalecer contra usos contrarios nuevos. Pero Luis XIV promulga unas Ordenanzas —es decir, una normativa— que no procede de los mismos comerciantes, sino del Soberano— que deben ser obedecidas y contra las que nada puede la costumbre *contra legem*. Este nuevo estado de cosas —que encuentra imitadores en todas partes— implica la obligación de juzgar «con arreglo a la Ley» y deja cada vez menos espacio a la equidad; consecuencia inevitable de la sustitución de los usos por un Derecho legislado es la necesidad de recurrir a los conocimientos del «entendido en Leyes» —del jurista—. La penetración de éste fue lenta y, por decirlo de alguna manera, «controlada»: los Tribunales de Comercio admiten la presencia de juristas asesores sin poder decisorio y la representación del litigante por juristas —los «avoués»—, especialmente calificados, «examinados» y «censurados» por los Cónsules, es decir: comprometidos a respetar las reglas del juego



procesal mercantil tradicional y a no introducir en él novedades dañosas. Precaución ineficaz como se comprueba por la lectura de las sucesivas normas de procedimiento —también «promulgadas»— que lo complican, desvirtúan y alargan bajo pretexto de protección de los derechos de los litigantes. Con todo ello, a mediados del siglo XVIII la brecha abierta en el sistema comercial es ya preludio infalible de lo que no tardará en suceder.

Que no es más que la victoria del estamento jurídico. Todavía antes del desenlace hubo un conato de resistencia: en la discusión del *Code de Procedure Civile* (art. 414) y del *Code de Commerce* (art. 627) se enfrentaron dos posiciones opuestas tanto en relación con la representación de los litigantes (*avoués*) como con su defensa (*avocats* y *agréés*).

La situación existente fue descrita por la Comisión del siguiente modo:

*«Le Tribunaux de Commerce étoient devenus le rendez vous de gens de loi que sembloient vouloir y introduire les habitudes de la chicane et les subtilités d'une vaine éloquence. Ils consommoient une partie des audiences en longs plaidoyens souvent inutiles puisqu'ils parloient a des commerçants un langage d'autant plus étranger, que ces nouveaux défenseurs étoient moins familiers avec les questions qu'ils traitoient.»*

Para algunos el remedio a esta situación se encuentra en la admisión de los *avoués*; el Tribunal de Casación informa:

*«... il faut accorder aux Tribunaux de Commerce le droit de désigner un certain nombre de mandataires avec faculté de les révoquer: c'est le seul moyen d'éloigner de ces Tribunaux la chicane, ennemie mortelle du commerce.»*

Para otros el remedio es peor que la enfermedad. El Tribunal de Apelación de Dijon argumenta:

*«Quoi! le commerçant ne pourra plus venir lui même devant ses paires pour y faire valoir ses droits ou y proposer ses defenses!*

*Quoi! il ne sera plus possible d'arriver aux pieds de la justice commerciale qu'a travers tous les detours de la chicane!*

El resultado de la discusión fue la eliminación de los *avoués*: según el artículo 627 del Código de Comercio: Nadie podrá representar a una parte ante los Tribunales de Comercio... a menos que dicha parte, presente en la audiencia, lo autorice o que esté provisto de poder especial.

En lo que se refiere a la *defensa* de los litigantes, las posiciones no eran menos opuestas. Los Tribunales de Apelación de Burdeos y Rennes exigían que las partes estuvieran obligadas a comparecer personalmente o por apoderado especial *sin intervención de otras personas*. El

Tribunal de Apelación de Caen confirmaba «*qu'il falloit laisser aux parties la faculté de se faire défendre a leurs frais par des avocats dont la moralité seroit une garantie*»; el de Metz que «*l'honneur de la profession qu'ils exercent est un sûr garant de la délicatesse et du désintéressement qu'ils apporteront dans la défense des parties*». Por el contrario, en el Consejo de Estado se afirmó que «*les avocats jettent de l'embaras dans l'esprit des juges de commerce*».

La comisión terminó por ratificar una proposición que, en realidad se refería a los *agréés* (*défenseurs officieux*), dejando en blanco, es decir, sin regulación, la presencia de los juristas en función de defensores de las partes que, a partir de tal momento fue admitida, no como corruptela, sino como legalmente válida.

Si de Francia pasamos a otros países, la evolución se produjo por el camino de la práctica más o menos tolerada hasta que, a mediados de siglo —en España por Decreto de 6 de diciembre de 1868— se suprimieron los Tribunales de Comercio, quedando con ello sometidos los pleitos mercantiles a la jurisdicción ordinaria.

Pero la historia no acabó aquí. La desvirtuación total de lo que constituía la razón misma de ser del Derecho mercantil debía producir resultados catastróficos para el estamento de los comerciantes: el alargamiento, complicación y encarecimiento de los pleitos —consecuencia directa de la intervención en ellos de los juristas, opuestos por razones fáciles de comprender a todo procedimiento rápido y expedito realizado de plano *sine strepitu et figura iudicii*— obligó a los comerciantes a resolver sus diferencias con el simple e insuficiente apoyo de sus propias sanciones y, faltando éstas o siendo inoperantes, a pasar sus créditos impagados a la cuenta de incobrables. A partir de la sustancial mutación del Derecho mercantil, los pleitos —tan numerosos cuanto rápidamente resueltos antes— quedaron reducidos en número a la mínima expresión. Lo que equivale a decir que el estamento mercantil quedaba —y sigue actualmente en tal situación— huérfano de toda cobertura jurídica eficaz.

Por otra parte la supresión de diferencias *procesales* entre ambos Derechos complementada con el precedente de la visión equivocada de los «mercantilistas» clásicos llevó insensiblemente a creer en la inexistencia de diferencias *sustanciales*. Con ello quiero decir que si tan Derecho es el Derecho mercantil como el civil, la estructura de sus normas es idéntica; partiendo de lo cual se pasa fácilmente de afirmar que el Derecho mercantil procede por evolución del Derecho civil, a creer que el Derecho mercantil es una modernización —y por tanto, una «puesta al día», un «aggiornamento»— del Derecho civil. Para no pocos civilistas, el Derecho mercantil está destinado a desempeñar, respecto del Derecho civil el papel que el *ius honorarium* desempeñó respecto del *ius civile*: sustituirle.

Para los comerciantes esta situación brindaba unas posibilidades que nunca se habían atrevido a soñar; porque la entrada de los juristas en el mundo de los comerciantes y la consiguiente imposición de las reglas de juego civiles —y muy particularmente de las reglas de juego del

proceso civil— convertía a ambos mundos en vasos comunicantes y permitía cruzar *en ambos sentidos* la puerta, antes herméticamente cerrada, que los juristas habían conseguido abrir. Con ello quiero decir que se abría, también *para los comerciantes*, la posibilidad, celosamente impedida hasta entonces por los juristas, de imponer sus reglas de juego al mundo civil.

Posibilidad que fue, y es, debidamente aprovechada: para referirnos solamente al Derecho español, la supresión del requisito de la *distancia loci* en las letras de cambio que proporcionó la oportunidad de utilizar este instrumento en funciones de pagaré sin sujeción a los requisitos legalmente exigidos para éste (reconocimiento de una deuda entre *comerciantes* por razón de una operación comercial) institucionalizando por simples razones formales y con manifiesto fraude de ley que obligaciones civiles puedan transformarse en abstractas y ser susceptibles de actuaciones con arreglo al principio *solve et repete*. El montaje de un sistema inmobiliario registral «de desenvolvimiento técnico» —o sea, fundamentalmente legitimador de las titularidades registrales con el que se sustituyó el secular mecanismo civil— en el que una inscripción sólo puede exigirse como requisito de *oponibilidad* por el mecanismo mercantil con arreglo al cual la *diligencia* ya no es necesaria para adquirir un derecho en firme, sino para conservarlo; este mismo sistema hipotecario que postula la total inversión del sistema civil al establecer (art. 41 de la Ley Hipotecaria) un procedimiento que equivale a un interdicto de *obtener la posesión*, no a favor del poseedor sino a favor del titular inscrito con lo que se destruyen todos los efectos y la misma existencia de la protección posesoria; el Reglamento Hipotecario español que, modificando en su artículo 59 el artículo 1.504 del Código civil establece un procedimiento que puede calificarse, sin duda, de *justicia privada* por el cual el vendedor con precio aplazado garantizado con condición resolutoria expresa, por propia autoridad y sin defensa alguna posible por parte del comprador (ni siquiera en el caso en que éste pueda acreditar el pago con documento público) puede resolver la compraventa e inscribir a su nombre la finca vendida; los esfuerzos, secundados por distinguidos juristas, para calificar de mercantil la reventa hecha al consumidor; el intento de configurar como costumbre jurídica vinculante para todas las partes interesadas las «condiciones generales de contratación»; la posibilidad concedida a la parte contractual débil de renunciar a los beneficios que, para su protección la Ley le concede, consagrada no sólo en el Código civil sino en leyes aparentemente dictadas para proteger al consumidor, etc., etc., son sólo unas cuantas muestras de la situación actual: una «confusión de confusiones» que si por una parte deja al estamento mercantil, para sus «relaciones interiores» sin cobertura jurídica eficaz, le compensa permitiéndole imponer sus reglas de juego al mundo civil que, en la esfera patrimonial y obligacional ve sustituido el principio de justicia conmutativa por el del dominio de la parte contractual fuerte —por el principio de la supervivencia del mas listo—; y ello con el beneplácito de distinguidos juristas que argumentan que la configuración del Derecho mercantil

como derecho corporativo aplicable únicamente a las relaciones entre comerciantes equivaldría a conceder a éstos un privilegio intolerable.

Como puede verse, la conquista del espacio mercantil por los juristas ha llevado a la posible conquista por los comerciantes de la totalidad del espacio civil iniciada con la paulatina ocupación de aquella zona fronteriza o cordón sanitario constituido por los comerciantes detallistas: los grandes almacenes, los supermercados, las empresas inmobiliarias, eliminan al clásico «tenderos», pretendiendo imponer al consumidor sus reglas de juego. A ello se opondría en nuestro país, *todavía*, unas normas de colisión —de delimitación del terreno de juego mercantil— perfectamente estructuradas y modélicamente sistematizadas en nuestro Código de comercio: de ahí el empeño en desnaturalizarlo y desprestigiarlo, calificándolo nada menos que de «híbrido e incoherente» y el constante esfuerzo dirigido a vaciarlo de contenido mediante la promulgación de leyes —o la formulación de Proyectos de Ley— que tienden a colocar *fuera* del Código de comercio las instituciones mercantiles inicialmente contenidas en él, sustrayéndolas así a su exigente mecanismo.

La evolución esbozada en las páginas anteriores no ha seguido el mismo ritmo ni el mismo derrotero en todos los países. Por una parte nos encontramos con aquellos —como los Países Bajos— que se encuentran en pleno y declarado proceso de unificación de las normativas civil y mercantil, y con aquellos otros, como Suiza e Italia, en los que tal unificación se ha ya consumado. El sentido de esta pretendida «unificación» es fácilmente visible en los artículos 1.462 y 1.341 del Código «civil» italiano, que consagran la licitud de la cláusula contractual en la que el deudor renuncia al derecho a oponer excepciones a la acción que pueda ejercitar el acreedor.

Pero, por otra parte, en ciertos países se ha iniciado una saludable reacción y no precisamente —o, por lo menos, no solamente— con una legislación «protectora del consumidor» dictada con finalidades propagandísticas y de ineficacia perfectamente previsible: la Ley francesa número 78-22 de 10 de enero de 1978 sobre ventas de bienes muebles a plazos declara nulas las letras de cambio y pagarés suscritos por el comprador e impone una multa de 2.000 a 200.000 francos al vendedor que ha impuesto a aquél su firma, aceptación o aval (arts. 17 y 25-2.º). Con ello se vuelve a los principios tradicionales que siempre calificaron de civiles las ventas al consumidor —y, por tanto, a las obligaciones de ellas derivadas, especialmente los préstamos de consumo y en consecuencia a considerar fraude de ley la conversión de una obligación civil, personal y causal en una obligación mercantil impersonal y abstracta mediante el simple expediente de llenar un impreso de letra de cambio.