

# Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales

*The importance of civil dogmatics  
in commercial law codification from  
the perspective of the philosophy of  
law: Special mention to contractual  
institutions*

por

JUAN PALAO UCEDA  
*PhD, Profesor Contratado Doctor  
de la Universidad Francisco de Vitoria. Dirección*

**RESUMEN:** El artículo trata de ser una contribución a la cuestión de la codificación mercantil y su necesaria conexión con el Derecho común o civil del que se debe partir para constituir un verdadero sistema codificado continental de *civil law*. A tal fin nos servimos de la filosofía del derecho y de la dogmática civil para corroborar como el Derecho, para preservar su estatuto de ciencia, requiere de una dogmática y de principios ordenadores. Posteriormente y sujetándonos nuevamente al carácter práctico de la Ciencia del Derecho, ponemos algunos ejemplos de instituciones contractuales para ilustrar la cuestión teórica debatida.

**ABSTRACT:** *The article is intended to be a contribution to the commercial codification process in Spain and its necessary connection with civil law. The civil*

*law is the necessary starting point in order to achieve a true continental codified system of civil law. To this end, we make use of both philosophy of law and civil dogmatics which tell us that organizing principles are necessary for the Law to become a Science. Finally, the practical nature of the Science of Law forces us to give some examples of the need of those civil law principles. In that regard we resort to commercial contractual institutions.*

**PALABRAS CLAVE:** Codificación, Mercantil, Código Mercantil, civil law, dogmática civil.

**KEYWORDS:** Codification, Commercial law, Commercial code, civil law, civil dogmatic.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. I.1 OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO. I.2 METODOLOGÍA.—II. LA NECESIDAD PARA CUALQUIER CIENCIA DE UNOS PRINCIPIOS O DOGMÁTICA: II.1. EL ESTATUTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO: *II.1.A. Nacimiento histórico y experiencial del derecho. II.1.B. Los conceptos adherentes a toda ciencia. II.1.C. Derecho como ciencia práctica: Objeto formal y material.* II.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO FUNDAMENTO CIENTÍFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN EL DERECHO CONTINENTAL. *II.2.A. Perdurabilidad de la dogmática civil. II.2.B. Dogmática civil como cimiento de los ordenamientos jurídicos continentales.*—III. GÉNESIS DEL DERECHO MERCANTIL. III.1. CARÁCTER CONSUEUDINARIO DEL DERECHO MERCANTIL: OBSERVACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN. III.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO CIMENTACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL.— IV. HACIA UNA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL APEGADA A LA DOGMÁTICA CIVIL. IV.1. SITUACIÓN ACTUAL DE DISPERSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL Y EL MOVIMIENTO CODIFICADOR. IV.2. INSTITUCIONES CONTRACTUALES COMO EJEMPLO DE IMBRICACIÓN ENTRE LA DOGMÁTICA CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL. *IV.2.A. La combinación y absorción de las instituciones contractuales civiles como punto de partida de las instituciones mercantiles. IV.2.A.a) Algunos ejemplos de la combinación para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples. IV.2.A.b) Un ejemplo de la absorción para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples. IV.2.B. La analogía como medio de integración de instituciones contractuales.* IV.2.B.a) La analogía como medio de aplicación de la dogmática civil y sus bases filosóficas. IV.2.B.b) Ejemplos de la analogía como contribución de la dogmática civil a la construcción del ordenamiento jurídico.— V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. JURISPRUDENCIA CITA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1 OBJETIVO DEL PRESENTE TRABAJO

Como Aristóteles apuntaba la causa final es el principio y parte fundante de toda acción humana por lo que conviene dar noticia del objeto que nos convoca alrededor de este opúsculo y su temática.

Este no es otro que dar noticia del importante papel que desempeña el código civil único fundamento de los sistemas jurídicos continentales antes del advenimiento del constitucionalismo contemporáneo español (Delgado Echevarría, 2011, p. 16)—en su tarea de vertebrar, unificar y dar vigor al ordenamiento todo.

El derecho civil ofrece al ordenamiento la consistencia de cuerpo único otorgándole un común y compartido lecho por donde pueda discurrir la corriente jurídica sin desbordarse en un inabarcable casuismo (Castán Tobeñas, 1954, p. 7; García Rubio, 2014, p. 24).

Es así que en sus instituciones se encierra la quinta esencia del Derecho que ha de ser atendida por las demás ramas del Derecho, encontrando en ella el núcleo inmarcesible de la ciencia jurídica misma. De ahí que la etimología de Derecho civil venga del “ius civile” o derecho del ciudadano romano, norma básica de su estatuto jurídico y punto vertebrador de toda su hilvanada urdimbre jurídica.

Pues bien, este opúsculo pugna por expresar que no puede mantenerse ajena a esta verdad la vis reformadora de la codificación mercantil so pena de tornarse en un nuevo y distinto ordenamiento jurídico que, a fuer de bicefalia, hiera de muerte a la compleción, coherencia, economía y seguridad jurídicas adherentes a todo ordenamiento bien conformado.

Ciertamente, a nuestro entender, solo en un tronco de instituciones civiles básicas pueden eclosionar y extender su follaje con orden y entidad propia las distintas ramas del derecho (García Rubio, 2014, p. 21) hacia la atmósfera de la casuística real.

### I.2. METODOLOGÍA

Método viene del griego *Meta* (más allá) y *Hodos* (camino), por lo que etimológicamente puede traducirse como camino a seguir. En nuestro caso el camino que emprenderemos en nuestro intento de confirmar la tesis arriba contenida estará jalónado por tres aproximaciones complementarias.

En primer lugar, subviene este conato, tanto la Filosofía como la Filosofía del Derecho, doctrinas que por tener bajo su jurisdicción las estructuras y formas básicas en que las ciencias y los saberes se presentan, nos permitirán adquirir los “instrumentos intelectuales” necesarios como afirmara el profesor Delgado (Del-

gado Echevarría, 2011, pp. 47-48). A través de los mismos vislumbraremos la importancia de una dogmática civil consistente que sujete y oriente la aplicación de esta ciencia práctica a la casuística real.

Solo bajo estos presupuestos se puede reputar como Ciencia al Derecho.

En segundo lugar, la propia dogmática civil nos ayudará a entender cómo el Derecho Civil hace las veces de columna vertebradora del ordenamiento jurídico. Por ello nos serviremos de esta sabiduría elaborada por los mismos civilistas para apuntalar las tesis inicialmente vertida en el primer punto.

En tercer lugar, para que el constructo teórico tenga una manifestación palpable a los ojos del lector, ejemplificaremos este capital papel del derecho civil sobre algunas de las instituciones contractuales mercantiles. Ya que la Ciencia del Derecho es una ciencia práctica (Santos Román, 2023, p. 24), y no sujeta al conocer por conocer como objeto formal más propio de las ciencias teóricas o especulativas (biología, geología, etc.) es en la práctica en donde el Derecho debe perfeccionarse (Castán Tobeñas, 1954, p. 10). En las instituciones contractuales se advertirá la impronta civilista que condiciona el devenir de las mismas en su tránsito hacia el Derecho Mercantil.

## II. LA NECESIDAD PARA CUALQUIER CIENCIA DE UNOS PRINCIPIOS O DOGMÁTICA

### II.1. EL ESTATUTO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

#### II.1.A. *Nacimiento histórico y experiencial del derecho.*

Como toda ciencia, el Derecho observa la realidad y va conformando sus instituciones y conceptos en la estricta observancia del comportamiento humano, no por la pura contemplación, sino en pos de la justicia, como bien deseado para la comunidad humana.

La génesis de las instituciones no parte del omnímodo saber del legislador que, reclinado en su bufete arbitra los caminos e institutos por los que ha de conducirse el comportamiento y la negociación humana para guardar sus quicios y sazones. Más bien parte de un proceso histórico a partir de la experiencia (Guarino, 1966, p. 5).

Es en la gleba de la historia en donde los institutos eclosionan animados por parentorías necesidades de los ciudadanos y comerciantes que se consolidan en los códigos por el legislador, el cual tan solo actúa de mediador entre las prácticas observadas y los códigos (Garrigues, 1936, p. 74).

Ponemos un ejemplo con el que ilustrar la cuestión acercándonos al nacimiento de las garantías reales en Roma. Inicialmente estaban encauzadas por

la “fiducia”, que era una compraventa del bien dado en garantía al acreedor con obligación de retroventa en el caso de pago de la deuda. Tras los innegables inconvenientes de la mentada figura se arbitran remedios meramente posesorios o “pignus” de la cosa por parte del acreedor (Buckland & Mcnair, 2008, p. 314), posiblemente por los abusos habidos. Finalmente, la hipoteca con Constantino ya no permitía la apropiación inicial del bien por parte del acreedor en caso de impago sino una realización del valor del bien para evitar adquisiciones injustas y abusivas del acreedor de los bienes dados en garantía (Buckland & Mcnair, 2008, p. 315).

De esta forma vemos como la institución de la hipoteca se fue perfeccionando para encaminar dichas relaciones hacia la justicia en contacto con la experiencia y los abusos advertidos en su implantación. Es así como se conforma el tipo básico de este contrato accesorio que ha llegado a nuestros días.

### *III.1.B. Los conceptos adherentes a toda ciencia.*

En efecto, como dice el filósofo, es requisito de toda ciencia categorizar el casuismo de la realidad en conceptos generales. Ante la ausencia de lo general no puede haber verdadera Ciencia (Aristóteles, s. f. III, 4, 999b, 1-3) pues dotamos a cada caso de una novedosa entidad e individualidad que no puede ser abarcadas por el saber precedente.

Por lo expresado, tras la labor de observación, ciertamente toda ciencia, no solo la jurídica, pugna por sintetizar y conceptualizar sus leyes y agentes fundamentales para poder abrirse paso en el torrente casuístico con que la realidad nos golpea (De Aquino, s. f. I-II, 94, a. 4; Ihering von, 1998, p. 554) creando una dogmática. No es fácil pensar claro y con perspectiva si agoniza nuestro entendimiento embotado en la profunda sima de las singularidades.

De ahí que el esplendor de la ciencia jurídica romana, inicialmente nacida de la resolución de casos particulares y categorías menos comprensivas, se produjo a partir de Quinto Mucio Scaevola o Gayo. Estos jurisconsultos en sendas obras, y siguiendo el criterio lógico de la filosofía griega de reciente incorporación al mundo romano, sistematizaron todo el saber casuístico pretorio, destilándolo y conceptualizándolo para que hubiera un mejor acceso al mismo para su aplicación y enseñanza (Aguilera Barchet, 2021, p. 111).

Por ello es necesaria una teorización previa para la obra codificadora como bien expresa Beceña (Beceña, 1928, p. 30):

“[...] así como el soldado ni ve ni dirige la batalla, así el práctico, dominado exclusivamente por el problema concreto, prescinde del sistema que es el núcleo

*esencial de toda obra de codificación y, a la larga, tiende a dar a su espíritu una dirección casuística que es lo más opuesto a una obra de esta naturaleza.”*

Un físico, aislando la ley de la gravedad, puede entender y anticiparse a una multitud ingente de fenómenos, en apariencia diversos, pero que se sujetan a este mismo y único patrón gravitatorio.

Para ilustrar la mentada conceptualización y estrechamiento de la casuística a principios abstractos, Ihering establece un magistral parangón (Ihering von, 1998, pp. 541-542):

*“El alfabeto es uno de los descubrimientos más grandiosos y fecundos, y sin embargo uno de los más sencillos que ha concebido jamás el espíritu humano. Veinticuatro signos aseguran el dominio de un tesoro inagotable, siendo su ordenación tan fácil y poco complicada que el reproducir la palabra por medio de signos y la clave de estos, o sea la escritura y la lectura, pueden hacerse inteligibles a un niño, quien llega a apropiárselos con toda exactitud. Sin el alfabeto, semejante dominio sobre el lenguaje no podría alcanzarse aún a costa de grandes esfuerzos y de la aplicación más atenta, y el arte de leer y escribir serían entre todos los conocimientos humanos el más difícil de lograr [...] Hay, pues, motivo para inquirir si la misma manera de resolver la cuestión no se podría aplicar también al derecho, o en otros términos, si no se podría llevar al derecho el sentido del alfabeto que descansa en el análisis y descomposición de los elementos simples y nace de la observación de que las palabras no son más que combinaciones variadas de determinados sonidos fundamentales, bastando por consiguiente descubrir esos sonidos y aplicarle su nombre para poder por su medio componer una palabra cualquiera [...] Pero felizmente todas esas creaciones son solo nuevas en una pequeña parte, porque los elementos existentes se encuentran ya en ellas en gran número y solamente parte de ellos se combinan y transforman de una manera particular”.*

La conceptualización de la que se sirve la codificación tiene dos principales beneficios muy ligados en el ámbito jurídico.

a) En primer lugar la conceptualización científica, como nos diría Ihering, permite el manejo y la aplicación de un saber a la extensa casuística que se presenta a nuestros ojos, algo que se excusaría ante una excesiva prolijidad normativa (Castán Tobeñas, 1954, p. 18).

Para no devenir en plétora normativa, el legislador ha de acotar y economizar su positivización a lo estrictamente necesario (Pau Pedrón, 1994, p. 36). Así lo expresa Ihering (Ihering von, 1998, p. 554):

*“Si para cada relación jurídica, para cada matiz de esa misma relación, el legislador tuviera que establecer una regla más, sucumbiríamos anonadados ante la masa enorme de materiales sin dejar por ello de encontrar todos los días otros obstáculos, porque cada instante el progreso del pensamiento produce*

*palabras nuevas, y cada día también el movimiento del comercio jurídico crea relaciones o complicaciones particulares.”*

b) En segundo lugar atajar el problema la inseguridad jurídica al ser imposible manejar un incontable masa de resoluciones y reglamentos particulares sin sistematizar. De hecho, la obra codificadora fue iniciada por Napoleón en Francia al albur de su famosa expresión: “Hay tantas leyes que nadie está seguro de no ser colgado”.

Ciertamente Ganivet ve en la excesiva profusión normativa o polinomia un mal que inevitablemente lleva al desconocimiento y a la contradicción normativa (Pau Pedrón, 1994, p. 43). Con razón en la antigua Grecia las leyes se compendieron en XII tablas expuestas en un lugar público para fácil acceso y conocimiento de los ciudadanos o vemos como todo el Código de Hamurabi cabía en una estela. De hecho la palabra ley es probable que venga del latín *lego*, *legere*, que quiere decir leer ya que está llamada a ser leída y conocida por todos.

### *II.1.C. Derecho como ciencia práctica: Objeto formal y material*

Sin embargo, a diferencia de las ciencias teóricas o especulativas, las ciencias prácticas tienen una vocación de aplicación.

Observemos el caso de las ciencias físicas. Éstas tienen como objeto material u objeto de estudio la realidad material y su objeto formal o punto de vista al que atienden, es el de las modificaciones y cambios que esta materia experimenta. Es decir, es una ciencia especulativa que solo pugna por conocer esa realidad en sus cambios pero sin ningún fin práctico concreto. Lo referido difiere de la ciencia práctica del derecho.

La ciencia del derecho estudia las relaciones humanas (objeto material) desde el punto de vista de la justicia (objeto formal), para encaminarlas a esta justicia tan anhelada. Por tanto el objeto formal de la ciencia del derecho no es meramente conocer, como la ciencia física teórica, sino implementar esa justicia en las relaciones humanas (Santos Román, 2023, p. 23 y ss) (Castán Tobeñas, 1954, p. 10).

Pero para ello necesita instituciones regulares que, viendo de qué defectos adolecen las relaciones de un género concreto previamente conceptualizado, obstaculice la injusticia y el agravio. Esto mismo es lo que aconteció a través del tiempo en el referido caso de la institución de la hipoteca, creando un núcleo de pensamiento intemporal.

De ahí que la ciencia del derecho descance en dos pilares férreamente comunicados: La conceptualización, abrazando las categorías similares o análogas

y su diseño al amparo de la aspiración de la justicia en mérito a la experiencia habida.

Si a fuer de las diferencias accidentales de dos casos creamos dos instituciones diferenciadas, cuando tienen identidad de razón sustancial, estaremos impiadiendo al Derecho que revista un estatuto de ciencia, estorbando igualmente su finalidad, esto es, dirigir las relaciones hacia la justicia a través del empleo de la experiencia histórica cuajada en sus institutos.

De ahí la necesidad que un cuerpo básico, de una sólida dogmática, que vertere los ordenamientos en sus partes más elementales.

## II.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO FUNDAMENTO CIENTÍFICO DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN EL DERECHO CONTINENTAL

### II.2.A. *Perdurabilidad de la dogmática civil*

El Derecho civil, como Derecho Común, es el que permite la vida de un Ordenamiento Jurídico con sus instituciones, al tratar materias necesarias como aquellas que tocan al estatuto de la persona, protección del menor y el discapacitado, matrimonio, el negocio jurídico, contratos básicos, etc. cuyas mudanzas han sido mucho menores que otras ramas del ordenamiento mostrando su mayor perdurabilidad (Garrigues, 1959, p. 98).

Ciertamente ya el Derecho romano conocía las cuatro instituciones básicas que han pervivido hasta nuestros días, pues cumplen un papel capital en la vida del hombre tales como el contrato de sociedad, el contrato de mandato, el contrato de arrendamiento y el contrato de compraventa (Buckland & Mcnair, 2008, pp. 279-280). También convivían con el préstamo y el depósito, la garantía real como la personal (Buckland & Mcnair, 2008, p. 314).

La inveterada existencia de estas instituciones civiles nos alecciona acerca del importante papel que desempeñan para la vida civil del hombre. A pesar de que éstas han podido ser objeto de pequeños aditamentos y modificaciones, su forma sustancial sigue latiendo en el corazón mismo de cada una de ellas.

Incluso Kirchmann, que emplea una suerte de argumentos para justificar la mutabilidad actual del Derecho y poder negar a la jurisprudencia la categoría de un saber científico, nos confirma involuntariamente este aserto. Afirma que el Estado, la familia y la propiedad (Kirchmann von, 1973, p. 14) han sufrido en el devenir histórico incontables modificaciones.

Sin embargo en sus propios argumentos se descubre un innegable contraargumento a su lógica. No cabe duda de que la comunidad política, la familia y la propiedad han convivido ininterrumpidamente con nosotros desde la fundación de las civilizaciones humanas.

Estas son pues instituciones inveteradas en la historia del hombre pues son los naturales e irrenunciables cimientos sobre que descansa su desarrollo y su existencia. Quizá podría añadirse que su configuración ha variado, pero estos institutos han mantenido su ser fundamental a través del proceloso mar de los tiempos.

Lo referido es la más locuaz defensa del Derecho como Ciencia. De otro modo, cada cierto tiempo y a cada cambio político deberíamos mudar los códigos y las instituciones creadas, privándonos de un núcleo inmarcesible que trascienda la volubilidad del tiempo, apuntada por Kirchmann en su conocida sentencia, “[d]rei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur. (Tres palabras rectificadoras del legislador arruinan bibliotecas enteras de Derecho)” (Kirchmann von, 1973, p. 25).

El jurista, entonces, se tornaría en un profesional errabundo entre constantes hecatombes y eclosiones de formulismos jurídicos en el tiempo, con un depósito incierto de ciencia del que tiene que desprenderse de tiempo en tiempo por ser un incómodo lastre para una inteligencia de las relaciones humanas presentes. La realidad de las relaciones humanas y sus concretas necesidades no estarían, por tanto, reflejadas en las instituciones jurídicas.

El nuevo partido político en el poder derrumbaría la urdimbre normativa para hacer la suya propia en una alternancia y mutabilidad cíclica, desterrando del horizonte jurídico todo atisbo del saber antecedente (Kirchmann von, 1973, p. 20).

Esto no se confirma con la centenaria vida del código civil creando un ámbito de certidumbre en donde edificar el ordenamiento.

#### *II.2.B. Dogmática civil como cimiento de los ordenamientos jurídicos continentales.*

Cuando hablamos de una dogmática o dogmas civiles, estamos hablando como dice Chesterton, no de la ausencia de pensamiento sino del resultado de un luengo y fino pensamiento (Chesterton, 2018, p. 118). En efecto, solo nace una dogmática cuando ha pasado la prueba del tiempo (Chesterton, 2018, p. 119) demostrando su provechoso influjo.

Es evidente la existencia de esta dogmática civil como fundamento de los ordenamientos jurídicos continentales la cual ha cuajado en el Código civil. Allí se recogen los conceptos fundamentales que luego emplean las diversas ramas del Derecho (García Rubio, 2014, p. 21; Petit, 2019, p. 109). De ahí la nomenclatura de estos sistemas de *Civil Law* (Martínez-Echevarría y García de Dueñas, 2015, p. 52) por descansar dicho ordenamiento en el Código civil frente a los

sistemas de *Common Law* cuyo núcleo está confiado a las resoluciones judiciales particulares.

V.gr. el Derecho Administrativo en su contratación está sujeto a la “teoría del negocio jurídico”, el Derecho mercantil asume el concepto civil de “obligación” (Garrigues, 1960, p. 2) o “compraventa” (Vérgez, 2009, p. 149), el derecho penal hace suyo el concepto “indemnizatorio civil” (Simental Franco & Castro Flores, 2014, p. 131), la ley de competencia desleal emplea la “buena fe” del art. 7.1. Código civil (en adelante Cc) (STS Sala 1<sup>a</sup> de 29 de Octubre de 1999), el Derecho civil establece los conceptos de arrendador y arrendatario (Ballarín Hernández & Más Badía, 2009, p. 66), etc.

Vemos como el Código civil sujeta a los agentes jurídicos a unos anclajes unitarios que gobiernan el ordenamiento aportando homogeneidad, seguridad y unidad (Castán Tobeñas, 1954, p. 11, 18) en su interpretación y en su conocimiento frente al proceloso y voluble mar del casuismo. Esto evita los prolíficos glosarios de definiciones al comienzo de cada uno de los contratos para evitar polisemias e inseguridades más propios del *Common Law*.

Como decimos, y siguiendo la imagen de Ihering, en los sistemas de Civil Law la mayor parte de ese alfabeto se encuentra confiado al Código civil. En sus instituciones básicas, encontramos los átomos del cosmos jurídico que permiten reducir al mínimo los casos difíciles (Delgado Echevarría, 2011, pp. 52-53).

Solo estableciendo los principios es posible que el ulterior desarrollo del cuerpo legal sea armonioso y no termine contrahecho por remiendos casuísticos, excepcionales y heterogéneos que deforman y descomponen la armonía de su cuerpo todo. A cada excepción debe anteceder una cumplida justificación de la misma y no tornarse en recurso constante (Rams Albesa, 2011, p. 150).

En efecto, la coherencia previene contradicciones entre las diversas ramas del Derecho en cuestiones comunes ya consolidadas y suficientemente estudiadas en el Derecho común civil.

De todo lo referido extraemos dos principales conclusiones.

- a) Solo cuando el saber jurídico está convenientemente estructurado y sistematizado podemos elevarlo a la categoría de ciencia (Castán Tobeñas, 1954, p. 11), en nuestro caso del Derecho. Todo saber que no conceptualiza de forma conjunta o multiplica innecesariamente los entes, puede descender en los grados del saber, reputándose de mera técnica legal.
- b) Por otro lado, solo cuando un sistema jurídico apoyado en los códigos brinde coherencia y compleción (Balaguer Callejón, 1991, p. 141), éste se puede nominar verdadero ordenamiento jurídico y aportar un sólido fundamento sobre el cual discurran los agentes jurídicos y económicos de una forma más predecible, ágil y segura. Pero esto demanda una jerarquía de fuentes en donde se integren las diversas normas para minimizar

las reiteraciones, contradicciones y lagunas (Balaguer Callejón, 1991, p. 34). A este respecto la presencia ordenadora de un dogmática civil es capital.

### III. GÉNESIS DEL DERECHO MERCANTIL

#### III.1. CARÁCTER CONSUEUDINARIO DEL DERECHO MERCANTIL: OBSERVACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN

El mentado patrón de toda ciencia de observar y reproducir las leyes que rigen la realidad se muestra de forma palmaria en el Derecho Mercantil, un derecho nacido en la práctica (Garrigues, 1936, p. 89).

Un ejemplo sencillo y asequible a todos puede ilustrar esta tesis. Observando tanto la puerta de Madrid en el municipio de Alcalá de Henares que marcaba el antiguo camino hacia Madrid como la puerta de Alcalá en el municipio de Madrid que señalaba el punto de salida hacia Alcalá de Henares, nos preguntamos quién fue el verdadero artífice de ese camino de unión de ambas ciudades.

Instintivamente entendemos que los que transitaban esas dos ciudades. Es decir, trazaron su ruta aquellos que buscaron el camino más corto, con menos esfuerzos (causa de inseguridad) y con menos pendientes. Por muchas indicaciones que la autoridad antepusiera para divertir el tránsito por otra vía, poco o ningún efecto tendría si no contaba con las mentadas características, tan acomodadas a las verdaderas necesidades de los comerciantes o viajantes, máxime si consideramos los medios de transporte de antaño.

Solo con posterioridad, consolidada ya la vía de conexión entre ambos núcleos urbanos, fue la autoridad la que sancionó con sendos y monumentales arcos la elección práctica favoreciendo entre los ciudadanos una más pronta identificación y seguimiento.

Un proceso parecido experimentó el Derecho Mercantil. Un Derecho vivo en la práctica llamado a regir las cambiantes y diversas necesidades del tráfico con la adaptabilidad como uno de sus principios fundantes.

Por ello han sido los usos y las costumbres de los comerciantes los que han ejercido un imperio indiviso en esta rama del derecho desde su fundación misma, deviniendo su legislación en constante compilación de los usos de los comerciantes y nunca la acabada obra de un legislador omnisciente atrincherado tras su escritorio (Garrigues, 1936, p. 88).

De hecho muchas instituciones creadas por la práctica todavía permanecen en la atipicidad pendientes de la anunciada nueva codificación mercantil (Contrato de distribución, suministro, Factoring, etc.)

Es la realidad misma la que, en mérito a sus necesidades, construyó los institutos que el legislador debía depurar y positivizar para conocimiento de todos. De ahí que el profesor Garrigues afirme que la fuente de Derecho Mercantil solo exterioriza y no crea el derecho (Garrigues, 1936, p. 74). Igualmente se lamenta de la postergación actual del uso en la génesis y creación del derecho (Garrigues, 1959, p. 93):

*<<La codificación moderna ha producido un fenómeno de inversión en la jerarquía de las fuentes, pasando la ley a ocupar rango preferente sobre la costumbre, la cual, aun siendo manifestación más directa y espontánea del sentido jurídico popular, tiene que agradecer a la ley el reconocimiento de su existencia.>>*

Si la codificación futura no tiene en cuenta esta importancia del uso, podría anteponer construcciones artificiosas positivas a la realidad negocial más en contacto con la necesidad de los operadores.

### III.2. LA DOGMÁTICA CIVIL COMO CIMENTACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Pero esta construcción del Derecho Mercantil se realizó considerando unos sólidos firmamentos previos creados por la dogmática civil. La obra mercantil requería pues de un armazón previo y no pudo hacerse dentro de un sistema legal.

El maestro de los juristas aseveró que “[l]os conceptos para el Derecho civil son puntos de llegada, para el Derecho mercantil son puntos de partida”(Garrigues, 1960, p. 35).

Y ¿a qué misteriosas circunstancias entonces obedece que haya una distinción y separación entre ambos órdenes según este mismo e intemporal autor? Al hecho de que el dinamismo pujante de la realidad económica y empresarial —con sus notas de contratación en masa y economía de escala— mal se aviene a las excesivos rigorismos y garantías otorgadas por el Derecho civil que tanto ralentizan y dificultad el dinamismo del tráfico económico (Garrigues, 1960, p. 4). De ahí que su singular fisonomía demande fúeros y leyes cuantitativamente diversas.

Nuevamente el comportamiento humano en lo que toca a la justicia del mismo va informando nuevas instituciones que, partiendo de los conceptos y los institutos nucleares civiles (García Rubio, 2014, p. 22), genera nuevas realidades acomodadas a la palpitante mecánica económica.

Así se explica v.gr.

- a) Que el suministro haya sido concebido en el orden mercantil por gran parte de la doctrina como compraventas concatenadas oriundas éstas úl-

timas del Código Civil (Bercovitz, 2009, p. 544; Natera Hidalgo, 2012, p. 187). De ahí que la propuesta de anteproyecto de código mercantil de 2018 (en adelante PACM) indique que la regulación subsidiaria al contrato de suministro debe ser el régimen de la compraventa de cosas muebles (art. 513-9). Incluso la corriente doctrinal y jurisprudencial que pugna por independizar el contrato de suministro de la compraventa civil, no se desentiende de las afinidades de ambas instituciones (Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 287). De hecho a la hora de dar al suministro un tratamiento fiscal no se puede independizar de la institución de la compraventa (Natera Hidalgo, 2012, p. 187).

- b) También que la acción civil de rescisión por lesividad se ofrecía insuficiente y escasa en el ámbito mercantil. La realidad comercial mucho más prolífica en transacciones requería de especialidades rescisorias en caso de lesividad de los acreedores (Silvetti, 2004, p. 552; Vila Florensa, 2004, p. 873). Se trata de poner coto y límite al daño a estos de múltiples operaciones en los umbrales del concurso de acreedores incluso excluyendo la prueba del fraude (art. 226 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) para facilitar su prosperabilidad.
- c) Que el préstamo civil deviniera, de la mano de los operadores mercantiles, en instituciones más flexibles y útiles para el empresario como el leasing, la apertura de crédito en cuenta que la permite hacer disposiciones y devoluciones continuadas, etc. (Monge Gil, 2009, p. 1260).

Por las causas arriba enumeradas y ante la dificultad de manejar una ingente madeja de institutos diferenciados, casi rayana en casuística, es necesaria:

- a) la economía de un Derecho Común que, no solo supla a la ley especial cuando esta no aborde con suficiente extensión alguna materia sino, igualmente,
- b) conforme la cimentación necesaria para que el régimen mercantil tan solo tenga que añadir las notas a las instituciones civiles que requiera el tráfico en masa mercantil sin tener que reiterar todo lo expresado previamente por la ley civil y su dilatada aplicación (García Rubio, 2014, p. 11).

A este fin y para lograr una mayor unidad y una coherencia más acusada en el Derecho Privado es constante la proposición, como alternativa a dos órdenes diferenciados, aprobar un único Código de obligaciones y contratos que encerrara tanto la disciplina civil como mercantil o un Derecho Patrimonial común para ambas ramas (Castán Tobeñas, 1954, p. 122; García Rubio, 2015, p. 25; Garrigues, 1978, p. 129).

## IV. HACIA UNA NUEVA CODIFICACIÓN MERCANTIL APEGADA A LA DOGMÁTICA CIVIL

### IV.1. SITUACIÓN ACTUAL DE DISPERSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO MERCANTIL Y EL MOVIMIENTO CODIFICADOR.

En pocos y sucintos principios condensa Garrigues el carácter de este derecho sectorial entre ellos la adaptabilidad (Garrigues, 1936, p. 11; Polo, 1956, p. 1178).

Como dijimos, a diferencia del Derecho Civil, la dinámica corriente de la realidad mercantil experimenta continuas mudanzas a cada paso en su campo regulatorio por aparición de nuevos usos de comercio atendiendo a las nuevas necesidades negociales.

Esto ha producido esencialmente dos consecuencias:

- a) Se ha modificado la regulación mercantil despojando al Código de Comercio de muchas de las instituciones que encerraba en su seno para ser confiadas a leyes especiales (Garrigues, 1959, p. 98).

Como bien sabemos, las leyes específicas descodifican y pueden provocar una falta de armonización y compleción de este orden legal (Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 68) y, pues es necesario para todo acto de fisiología legal combinar una pluralidad de artículos y principios, esta tarea deviene asaz de ardua y compleja cuando diversos preceptos otorgan soluciones divergentes a un mismo caso.

- b) En segundo lugar, se han creado nuevas figuras que no han podido trasponerse en el código y permanecen en la atipicidad rigiéndose por el uso, como quedó expuesto más atrás.

Por ambas razones surgió el deseo re-codificador cursado a la comisión de “codificación”, para acabar con la dispersión normativa y la posible multiplicidad de soluciones adherente a la misma.

Expresada ya la importancia de sistematizar y ordenar el caudal del saber jurídico en base a unos principios, se entienden con más veras los conocidos fines que postula toda codificación como son el logro de la compleción y la coherencia conformando así un verdadero ordenamiento jurídico (García Rubio, 2014, p. 24; Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 67; Siems, 2020, p. 52), es decir (Falcón y Tella, 2010, p. 60):

*“Con la técnica codificadora se procedía a ordenar y sistematizar las normas jurídicas de las distintas ramas del Derecho privado en los Códigos —conjuntos orgánicos de normas con una estructura lógica interna, frente a la «recopilación», mero agregado yuxtapuesto de ellas, dotando al Derecho de estabilidad, unidad, coherencia —ausencia de antinomias— y plenitud —ausencia de lagunas.”*

A la inalcanzable aspiración del legislador ilustrado de construir un sistema legal perfecto, permanente, completo, claro y libre de contradicciones (García Rubio, 2014, p. 22), le siguió, como menor pero nada desdeñable logro, el ordenamiento jurídico codificado que representaba un verdadero esfuerzo conceptualizador y sistematizador del saber jurídico hasta la fecha.

Los Códigos representan pues un verdadero hito y efeméride en el devenir de los sistemas jurídicos, cuyos innegables beneficios no pueden ser oscurecidos por sus insoslayables deficiencias. De ahí que sea necesaria llevar a buen término este impulso codificador mercantil.

#### IV.2. INSTITUCIONES CONTRACTUALES COMO EJEMPLO DE IMBRICACIÓN ENTRE LA DOGMÁTICA CIVIL Y EL DERECHO MERCANTIL.

El término institución<sup>1</sup> nos remite a creaciones que tienen un fin concreto con un carácter de perdurabilidad. En las mismas se encierran una pluralidad de conceptos jurídicos frutos de la observación.

La economía regulatoria antes mencionada nos obliga a recoger únicamente las instituciones jurídicas con diferencias sustanciales para que luego puedan ser empleadas con facilidad. Se evita así regulaciones prolijas y enumeraciones excesivamente casuísticas basadas tan solo en rasgos accidentales de las instituciones que dificultan el conocimiento y aplicación del derecho.

De ahí que la PACM de 2018 rectificara frente a su antecesora y afirmara que con carácter supletorio a la normativa se aplicará “el Derecho Civil del Estado, que constituye la normativa básica en la materia” (art. 411-1).

De hecho en la formación del contrato se remite enteramente al código civil añadiendo, sin embargo algunas matizaciones (arts. 412-1 y ss PACM de 2018).

Por tanto nos serviremos de las instituciones contractuales civiles para ejemplificar el modo en el que la dogmática civil nutre la rama del Derecho Mercantil y como sería fútil y confuso reproducir en el Código Mercantil todas las instituciones negociales cuando estas ya están reguladas y estudiadas en la dogmática civil. Más bien se trataría tan solo de introducir aquellas especialidades propias del Derecho Mercantil sobre los contratos civiles, manteniendo la economía regulatoria. Así se ha expresado por el Consejo de Estado ante el primer Anteproyecto de Código Mercantil (Consejo de Estado, 2015):

*“El Consejo de Estado comparte este parecer, por lo que quiere insistir en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada —lo más amplia posible— en el Código Civil, de forma que el Código Mercantil se limite a precisar aquellas reglas concretas en que el tratamiento mercantil haya de ser necesariamente diferente y, en su caso, con una remisión*

*a las bases de las obligaciones contractuales del Código Civil (adviértase que sólo las bases de las obligaciones contractuales serán necesariamente uniformes, mientras que pueden existir divergencias autonómicas fuera de esas bases, lo que obligaría a una especial atención en las remisiones que al Derecho Civil se hicieran desde el Código Mercantil). [...] En definitiva, el Derecho privado común en materia de obligaciones y contratos debe ubicarse en el Código Civil, mientras que el Código Mercantil debe recoger sólo las reglas especiales que se considere pertinente mantener para el ámbito mercantil. Sin embargo, entiendo de la correcta técnica normativa y, sobre todo, una adecuada planificación del ejercicio de la iniciativa legislativa que al Gobierno corresponde debe ubicar en el lugar que le es propio —el Código Civil— el conjunto de normas generales que, en materia de obligaciones y contratos, se consideren comunes a los ámbitos civil y mercantil; y limitar al Código Mercantil aquellas disposiciones que deban recoger soluciones diferentes o previsiones específicas para el ámbito mercantil.”.*

#### *IV.2.A. La combinación y absorción de las instituciones contractuales civiles como punto de partida de las instituciones mercantiles.*

La arquitectura usa de ladrillos, piedras, baldosas, metal, etc. para sus composiciones pues estos son el principio de estructuras más complejas como suelos, muros, arcos, cúpulas o pilares. Así mismo los últimos subvienen las necesidades estructurales de las distintas estancias y espacios creados, conformando todo ello finalmente el cuerpo del edificio.

Del mismo modo los ordenamientos jurídicos se componen de pequeños elementos de construcción o conceptos jurídicos simples tales como la nulidad, el consentimiento, el vicio, el deber jurídico, la buena fe, la posesión, etc., que aprovechan para la conformación de otras instituciones más elaboradas tales como la prescripción adquisitiva, el mandato, la compraventa, etc.

Así mismo, como veremos, estas últimas también pueden ser principios de otras instituciones mercantiles más complejas tales como el contrato de cheque, el contrato de comisión, el contrato de agencia, etc. hasta tejer la extensa urdimbre del ordenamiento jurídico.

De lo mentado se colige que en el conjunto del ordenamiento, al igual que en un edificio, están plenamente integradas las partes con el todo. Los cimientos comunes sustentan a las ramas y cualquier deficiencia de las partes redunda en una vulnerabilidad para el conjunto. Un vicio en los pilares o los ladrillos puede debilitar e incluso llevar al derrumbe a un arco, cúpula, pilar o muro, arrastrando en su declive incluso otras estructuras con espantosa ruina.

Por ello abandonar la solidez de los elaborados conceptos fundamentales, podría suponer un peligro para todo el ordenamiento. De ahí que se les deba un cuidado, preferencial y adecuado asiento en los textos. Así, v.gr., sin la prescripción se formaría un verdadero caos en la realidad jurídica (Mucius Scaevola, 1904, p. 497) o no sería completa la institución de la compraventa sin la evicción (Mucius Scaevola, 1904, p. 489), etc.

Respecto a las instituciones contractuales, la doctrina ha interpretado ante la presencia de varios institutos negociales en una relación que, o bien conviven ambos contratos con su autonomía a través de la llamada teoría de la combinación o uno de los contratos es el predominante por el fin buscado formulándose la teoría de la absorción (Díez-Picazo, 1996, pp. 391-392; Díez-Picazo & Gullón, 2016, p. 27) (Castán Tobeñas, 1993, p. 19).

De nuevo es el caudal civilista el que nutre e inspira esos “nuevos” tipos contractuales, ya que es difícil que un contrato innombrado o atípico sea totalmente novedoso y no participe o sea recombinación mínimamente de contratos típicos anteriores (Díez-Picazo & Gullón, 2016, p. 27).

#### IV.2.A.a) Algunos ejemplos de la combinación para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples.

Dividir un problema para entenderlo así como descomponer lo complejo en partes simples más comprensibles, ofrece un vado o camino allanado hacia su cabal inteligencia, así los institutos contractuales más complejos.

El empleo de la dogmática civil en la exégesis de la realidad jurídica, nos eleva hacia una inteligencia más exacta de las instituciones contractuales a la par que a una taxonomía más acertada, extrayendo el tuétano de las figuras para descubrir sus similitudes maguer sus elementos accidentales las distancien ante nuestros ojos.

Pongamos ejemplos de la combinación contractual resultado de la adaptación negocial a la realidad del tráfico.

- a) Contrato de Factoring: Como sabemos se trata de una institución contractual por medio de la cual una persona entrega sus créditos frente a terceros correspondiéndole la entidad bancaria con un importe ligeramente reducido de los mismos.

Descomponiendo este contrato, la ciencia jurídica encuentra so esa nomenclatura dos especies distintas de instituciones contractuales.

So la regulación factoring con recurso, tras el impago final de los créditos por los deudores, el cliente tiene que devolver los importes anticipados por el banco o factor. So el factoring sin recurso es el factor el

que asume el riesgo de pérdida si no se cobran finalmente las deudas del cliente.

En el primer caso (Factoring con recurso) entendemos que nos encontramos con una verdadera combinación de instituciones contractuales. Así podríamos hablar de un mandato de cobro<sup>2</sup> (art. 1.709 Cc) acompañado de un préstamo (art. 1.740 Cc) por el anticipo de los fondos —como considera parte de la doctrina (Natera Hidalgo, 2012, p. 605) y la STS de 2 de febrero de 2001—, así como un contrato de cuenta corriente que arrojará un saldo a favor o en contra del factor o una compensación (art. 1.156 Cc) de los créditos en función del cobro o de la deuda del cliente. En el segundo caso estaríamos ante una cesión definitiva (art. 1.526 Cc) (compraventa) de los derechos de crédito a la entidad financiera (García-Cruces González, 2009, p. 1335; Natera Hidalgo, 2012; Sánchez Calero & Sánchez-Calero Guilarte, 2015, p. 602) de suerte que esta última asuma el riesgo de insolvencia del deudor al convertirse en el nuevo acreedor<sup>3</sup>.

Así, la taxonomía del Derecho común, penetra en la naturaleza del contrato para ponderar sus verdaderas consecuencias arrojando dos figuras jurídicamente distintas aunque nominalmente a los ojos del common law tengan una misma e indiferenciada nomenclatura.

- b) El contrato de Joint Venture. La complejidad que los juristas pertenecientes al Derecho continental experimentamos al abordar esta figura anglosajona (Martínez-Echevarría y García de Dueñas & Del Castillo Ionov, 2017, p. 331) radica en que, para un sistema codificado, la nomenclatura de Joint Venture no aporta nada acerca de su naturaleza ne-gocial ya que puede abarcar un amplio abanico de acuerdos conforme a nuestro sistema (Martínez-Echevarría y García de Dueñas & Del Castillo Ionov, 2017, p. 331; Vicent Chuliá, 2003, p. 20). Un contrato de sociedad (art. 1.665 y ss Cc) constituido por los integrantes de esa “Joint Venture”, un contrato de suministro estratégico (compraventa del art. 1.460 Cc.) entre dichas partes, un contrato de cesión de derechos de propiedad industrial entre ambas, etc. o una suma de varios de estos institutos contractuales (Martínez-Echevarría y García de Dueñas & Del Castillo Ionov, 2017, p. 337)<sup>4</sup> a través de esa combinación.
- c) El contrato de Renting. Nos encontraríamos en un contrato de arrendamiento de bienes muebles al que se le añade un servicio de mantenimiento y conservación (Moreno Serrano, 2017, p. 239). Si bien este último servicio entraría dentro de los cometidos del arrendador de mantener el bien en el correcto estado para su funcionalidad salvo los de desgaste por su uso (art. 1.554 Cc). De tratarse también de un contrato de asegura-

- miento incluiríamos dentro de este un contrato aleatorio o de suerte (art. 1790 Cc.) ante las posibles contingencias que pueda sufrir el bien.
- e) El contrato de distribución selectiva: Por la exclusividad del producto acompañan a esta específica compraventa, infinidad de pactos de pago aplazado o financiación en la adquisición de los productos del fabricante, arrendamiento de servicios del fabricante o proveedor para la formación del personal del distribuidor, cesión de derechos propiedad industrial (marca, patente, modelo de utilidad, etc.) para hacer promoción de los productos en los establecimientos o emplear determinadas técnicas, etc. (Carbajo Cascón, 2009, p. 823).
  - f) Contrato de aparcamiento de vehículos: A la tradicional visión del contrato de aparcamiento como un contrato de depósito regular (1.758 Cc y ss) deducible del art. 3 de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (en adelante LCAV), se suma el arrendamiento de un específico servicio de vigilancia y custodia del vehículo (art. 1.544 Cc) (Arroyo Aparicio, 2009, p. 1081). Sin embargo, por la naturaleza del bien que se deposita, este deber de restitución del depósito es singular ya que no incluyen todos los elementos extraíbles u otros enseres depositados en el vehículo (art. 3.1.c) LCAV.
  - g) Contrato de descuento. Este instituto contiene un préstamo de la entidad financiera al cliente (art. 1.753 y ss.) unido a un mandato de cobro de un crédito que se cede temporalmente a ese fin. La unión de ambos contratos le da una diferenciada fisionomía en tanto el prestamista no puede reclamar el montante del préstamo mientras no haya intentado el cobro del crédito descontado (López Cereceda, 2009, p. 1146). Su naturaleza jurídica lo acerca pues a la figura del factoring con recurso como declara parte de la jurisprudencia (STS de 2 de febrero de 2001).
  - h) Contrato de tarjeta de crédito. En este contrato confluyen la figura del contrato de depósito (art. 1770 Cc), arrendamiento del servicio de caja (art. 1.544 Cc) y servicio cuenta corriente (Boquera Matarredona, 2009, p. 1440) para llevar una anotación de saldos.
  - i) Contrato de Leasing mobiliario. En el Leasing operativo al arrendamiento de un objeto (1543 Cc) se suma, la opción de compra final (1.445 Cc) ya el valor del bien y su vida útil, por su uso, ha menguado considerablemente (González-Meneses, 2004, p. 238).

Los ejemplos antes enunciados permiten trazar como la riqueza combinatoria de las figuras existentes dan vado a un enriquecimiento y ajuste negocial en función de las necesidades añadidas del tráfico comercial.

Sin esta disciplina previa civil acerca de las instituciones contractuales básicas en manera alguna diseccionar su íntima entraña, evitando interminables

reiteraciones casuísticas, para discriminar e identificar sus partes constituyentes de manera homogénea.

**IV.2.A.b)** Un ejemplo de la absorción para construir instituciones mercantiles más complejas a través de instituciones más simples.

La absorción también se erige como una alternativa al nutrirnos de la sabia dogmática civil para la proliferación de la floresta mercantil. Para venir en conocimiento de cuál es la figura hegemónica debemos remitirnos a la prevalente causa del contrato, el móvil que impulso a las partes a contratar (Messineo, 1986, p. 393).

A continuación relacionamos el ejemplo del Leasing inmobiliario.

Podemos entender que el leasing mobiliario (leasing operativo) responde a la combinación contractual antes mentada en tanto se alquila un bien para, una vez minorado su valor por el desgaste adherente a su uso, se le de la alternativa al arrendatario de su compra por el correspondiente precio residual (González-Meneses, 2004, p. 246).

Sin embargo, en materia inmobiliaria esto cambia. Aunque el uso del inmueble puede suponer una cierta amortización del mismo, la experiencia nos muestra como este valor residual es contrarrestado sin parangón por el natural incremento valorativo adherente a los bienes raíces (González-Meneses, 2004, p. 246).

Según este esquema, vemos que la opción de compra siempre se ejercita pues el valor de la misma es insignificante frente al valor remanente del inmueble (González-Meneses, 2004, p. 248).

Se confirmaría así que las compañías o empresarios que recurren a este género de leasing lo hacen al albur de la desgravación fiscal que la condición de gasto de ese arrendamiento procuraba o por un aplazamiento del precio. Finalmente, con la opción de compra, se consigue el bien habiéndose deducido gran parte del precio de ese inmueble como si se tratase de un gasto en lugar de lo que realmente era, el pago aplazado del precio.

En este sentido la compra absorbe a la figura del arrendamiento que se instrumentaliza solo por motivos fiscales o financieros, descubriendose en su fisonomía más íntima una simple compraventa con precio aplazado con un contrato accesorio de garantía encubierto bajo una presunta propiedad del arrendador (González-Meneses, 2004, p. 248).

En el leasing inmobiliario, por tanto, la institución contractual de la compraventa —que como decimos deja de ser una opción— adquiere singular relevancia frente un epidémico e insustancial arrendamiento antepuesto. Solo hay que considerar como el peso de las obligaciones del arrendatario equivalen, en

muchos casos, a los de un verdadero propietario (pago de IBI, gastos de comunidad, seguro, ect.) (González-Meneses, 2004, p. 243).

La presente absorción determina fatalmente su exégesis y aplicación. Sus fueros son pues los de la compraventa con precio aplazado, acompañada de una garantía real.

Por tanto el incumplimiento del contrato por parte del arrendatario no puede llevar a la resolución del vínculo como si se tratase de un arrendamiento sin necesidad de devolver mensualidad alguna (González-Meneses, 2004, p. 247).

Igualmente no se le debe conceder al arrendador financiero el estatuto de propietario pues sería un caso de injusticia material que los derechos del arrendador financiero fueran mayores que los de un acreedor hipotecario en caso de quiebra del arrendatario (González-Meneses, 2004, p. 247).

Por todo ello Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal otorga un privilegio especial a los créditos de los arrendamientos financieros asimilándolos a una compraventa con precio aplazado (art. 270. 4º) y no un derecho a la separación de bienes de propiedad ajena (art. 239) como si el arrendador financiero fuera el verdadero propietario:

*“Son créditos con privilegio especial: 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los finanziadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago como la propia ley concursal establece.”*

Vemos en este ejemplo como una sólida dogmática civil, preservando la función y el propósito de sus instituciones contractuales básicas (compraventa y contratos de garantía), permite dispersar la penumbra nominalista de algunos institutos atípicos mercantiles determinando el régimen más ajustado a su verdadera fisonomía<sup>5</sup>.

#### *IV.2.B. La analogía como medio de integración de instituciones contractuales.*

##### *IV.2.B.a) La analogía como medio de aplicación de la dogmática civil y sus bases filosóficas.*

Pero no podemos reducir el ordenamiento jurídico a una sencilla unión de elementos simples por el vasto casuismo que abraza y en el que se extiende. En efecto, como hemos visto, el uso mercantil en ocasiones consolida figuras aparentemente nuevas que parecen distanciarse considerablemente de las instituciones contractuales básicas.

El Aquinate afirma que “lo múltiple por la especie es uno por el género” (De Aquino, I-I, c.11, a.1.), es decir que los géneros (v.gr. can) aportan los rasgos comunes a las especies (pastor alemán, perro salchicha, etc.) Estos rasgos generales son importantes para la inteligencia de los seres.

Así el género animal solípedo, o poseedor de un solo dedo con uña, se particulariza en las especies de burros, asnos y caballos, cada uno acomodado a un tipo de utilidad y servicio para el hombre, no totalmente compatible pero común en cuanto a ciertas características comunes como capacidad de transporte.

¿Acaso no es así con algunas instituciones contractuales de reciente cuño? (De Nova, 1974, pp. 14-15). Se podría decir que los géneros contractuales clasifican las figuras de suerte que, constantes ciertos atributos comunes y extrapolables, cada uno dispense una utilidad y función particular al hombre según sus especies.

Esto nos explica las indubitadas diferencias existentes en cada una de las instituciones mercantiles maguer estar enraizadas en un tipo genérico. De esta forma habrá ciertas especies que se parezcan unas a otras por pertenecer a un mismo género, siendo su particularización distinta a pesar de que su idiosincrasia tenga un compartido cimiento y base.

Intimado por esta precedente realidad civil debe el legislador mercantil remitirse a estas figuras básicas, tratadas ya en extensión y en profundidad tanto por la jurisprudencia como por la doctrina (Castán Tobeñas, 1954, p. 18)<sup>6</sup> y tan solo añadir los necesarios matices y los aditamentos qué la viva realidad mercantil encomienda al legislador en sus particulares necesidades (Castán Tobeñas, 1954, p. 124).

Con esta economía legislativa no solo se consigue una taxonomía esclarecida a efectos de búsqueda y aplicación del derecho (Castán Tobeñas, 1954, p. 7), sino también excusar la reiteración de la normativa que podría separarse en exceso de la columna vertebral civil creando al cuerpo legal deformidades y protuberancias indeseadas que adulteren su armonía y proporción.

En el propio sistema de *Common Law* estadounidense los precedentes desligados de principios generales han causado tan inabarcable masa de casuismo que los juristas se inclinan en ocasiones por un pensamiento jurídico y jurisprudencia más afín al sistema francés o al alemán (Buckland & Mcnair, 2008, p. 9).

#### IV.2.B.b) Ejemplos de la analogía como contribución de la dogmática civil a la construcción del ordenamiento jurídico.

1) Contrato de permuto: El primer caso de analogía que nos encontramos es la de una institución civil remitiéndose a otra institución civil. Se trata del

contrato de permuta. La similitud que encierra el contrato de permuta con el de compraventa aconseja que no sea menester duplicar toda su regulación en el Código Civil sino más bien remitirla a esta última figura (Gutiérrez Rizaldos, 2017, p. 126) y apuntar tan solo sus especialidades.

El PACM del 2018 también lo confirma al remitirse en la institución de la permuta mercantil a las reglas de la compraventa mercantil (art. 514-2) y por ende a la compraventa civil.

En la misma línea las regulaciones en materia adquisición de moneda también vienen a ser nutridas por estas dos instituciones civiles analógicamente. Cuando cambiamos moneda nacional por moneda nacional o moneda extranjera por esa misma moneda extranjera se puede hablar también de permuta. Sin embargo, cuando el cambio de moneda nacional se produce por moneda extranjera hablamos de un contrato de compraventa (Albadalejo, 2011, p. 571), al entenderse que la moneda extranjera que adquiere es un bien.

2) El Mandato: La figura embrionaria y genérica del mandato es origen de toda una pléyade de instituciones mercantiles lo cual permite su aplicación analógica ante lagunas habidas en estas figuras más complejas.

Aquí podríamos hablar de la teoría analógica para la exégesis contractual (Diez-Picazo & Gullón, 2016, p. 28) como forma de establecer una legislación supletoria al contrato atípico o con escasa regulación positivizada en las leyes. El tratamiento analógico se podría dar, por ejemplo, entre el contrato de Comisión y el de Mediación o corretaje (Natera Hidalgo, 2012, p. 1179; Villa Vega, 2009, p. 363 y SSTS de 5 de febrero de 1996 y 30 de marzo de 2007), como figuras de la familia o género del mandato.

Este tratamiento analógico solo es subsidiario y en situaciones que guarden identidad de razón. La particularidad de la función económica de las instituciones contractuales específicas también suele elevar encrespados muros en determinados aspectos que impiden su total extrapolación, de ahí la razón de su coexistencia.

En el mencionado supuesto nos es conocido que en la Comisión la ejecución de la compra y la venta son comúnmente exigidas al mandatario al tiempo que en el contrato de mediación, al tratarse de objetos venales complejos (compañías, buques, etc.), simplemente se le exige normalmente buscar la persona con interés en el negocio (SSTS de 21 de octubre de 1965, de 3 de marzo de 1967, de 1 de marzo de 1988 y STS 26 de marzo de 1992).

Las instituciones contractuales comprendidas dentro del género del mandato son las siguientes:

- a) El cheque (art. 106. 2º Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque) y la letra de cambio (art. 1. 2º Ley 19/1985, de 16 de julio,

Cambiaría y del Cheque) en donde encontramos sendos mandatos de pago dados a una entidad bancaria o sujeto particular.

- b) La comisión como mandato de compra-venta de mercaderías (Mucius Scaevola, 1949, p. 226) tal como también afirma el artículo 244 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (en adelante CCo).
- c) La mediación o corretaje en calidad de mandato de localización de un interesado en un negocio jurídico (Mucius Scaevola, 1949, p. 466).
- d) Los apoderados o mandatarios singulares o generales del empresario (Mucius Scaevola, 1949, p. 548) tal y como afirma el art. 281 CCo.
- e) Los Viajantes de comercio (Mucius Scaevola, 1949, p. 566).
- f) Los capitanes de buque (Mucius Scaevola, 1949, p. 576).
- g) Incluso las figuras de Agente Comercial (Mucius Scaevola, 1949, p. 568) como mandatario independiente<sup>7</sup> y procurador mismo (Mucius Scaevola, 1949, p. 596) caen bajo órbita de esa figura.

Como vemos la materialización del mandato en la vida comercial concreta ha dotado a la forma genérica del mandato de especificidades más acomodadas a concretas necesidades del tráfico, no obstante conservar, un compartido género.

3) Contrato de Suministro. Tal y como el PACM de 2018 advera en su artículo 513-9 las normas de la compraventa de bienes muebles han de conformar la idiosincrasia legal de forma supletoria del contrato de suministro por sus marcadas similitudes.

Por todo ello concluimos que el cimiento de la dogmática civil y mercantil podrá seguir empleándose para la inteligencia y aplicación de ulteriores figuras innominadas aparentemente diversas que adolezcan de especificidades o modificaciones frente a las precedentes.

## V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL NUEVO PACM DE 2018

Habiendo expuesto el grueso de la materia alrededor de la cual este opúsculo nos convocababa, resta decir que el PACM de 2018 hizo modificaciones frente a su homónima antecesora encarrilándose nuevamente por la senda del sistema civilista por la mentada capitalidad de la dogmática civil.

Sin embargo la presente proposición de anteproyecto sigue disociada en algunas materias diacríticas del código civil por influencia de convenios y principios internacionales de Derecho Privado, lo cual entendemos constituye un error.

Ya que no es el objeto principal de este trabajo citamos de forma enunciativa una de las alteraciones más graves en materia de formación del contrato que hemos advertido.

En la perfección o nacimiento del contrato de compraventa mercantil se incluye la posibilidad de que se perfeccione el vínculo a pesar de la indefinición de términos esenciales (412-6 PAC de 2018)<sup>8</sup>. Tampoco la ausencia de precio constituye una rémora al perfeccionamiento del negocio (412-8 PAC de 2018)<sup>9</sup> algo que rechazaría tanto el derecho romano (Buckland & Mcnair, 2008, p. 280 y ss.) como nuestra dogmática civil.

Posiblemente esto se debe al fomento y agilización de la contratación mercantil antes mentada. No obstante permitir el nacimiento de relaciones jurídicas heridas de muerte, esto es, con importantes deficiencias en la definición de sus obligaciones y alcance puede abocar a las partes a una litigiosidad o a un uso torticero de las mismas. A nuestro juicio sería más adecuado que no hubiera “casamiento” contractual hasta que las condiciones y términos esenciales del contrato estuvieran ya abordados en sus partes básicas.

## VI. CONCLUSIONES

- I. Como ciencia práctica, el derecho considera las relaciones humanas desde su justicia para poder acompañarlas hacia ella. Esta ciencia está nutrida por la sabia experiencia que, a fuer de reales y sucesivos hechos acaecidos, ha ido esculpiendo perdurables instituciones como la garantía real, oriunda del mismo Derecho Romano.
- II. También es propio de toda ciencia la conceptualización de su saber para una cabal inteligencia del objeto de su estudio y la ordenación de su estructura. En el ámbito jurídico esta conceptualización y sistematización aprovecha en una mayor seguridad jurídica así como en un más ágil y fácil manejo de sus verdades e instituciones a los casos prácticos. Ihering lo llama alfabeto jurídico.  
Como sistema de civil law, frente a los sistemas de Common Law, nuestro Derecho continental ha confiado estos conceptos e institutos nucleares a nuestro Código civil, de los que beben todas las demás áreas del derecho (García Rubio, 2014, p. 21).
- III. La urdimbre institucional entretejida por la dogmática civil ha mostrado su valía en su vetustez centenaria (y en ocasiones milenaria). Ciertamente el dogma no es la ausencia de pensamiento, sino el resultado de un largo y fino razonamiento fruto del cual nacen verdades que superan la prueba del tiempo.
- IV. Por su parte la razón de ser de un Derecho Mercantil parte de la contratación en masa propia del ámbito empresarial, menesterosa ésta de fórmulas mucho más flexibles y dinámicas que las civiles, pero soste-

nidas sobre la sabiduría y guía civilista, sin las cuales se encontraría expuesta y sin cimentación.

El Derecho Común tiene, pues, que proveer el utilaje al Derecho Mercantil para permitirle desarrollar sus especiales instituciones en todo aquello en que la dogmática civil se expresa con cortedad e insuficiencia ante las relaciones empresariales.

- V. Ya que Derecho Mercantil es un Derecho basado en el uso y la costumbre, es decir, en las necesidades reales de los operadores mercantiles, corre el riesgo de constituir una rémora para la realidad económica una codificación despegada de la comprobada doctrina civilista acrisolada a lo largo del tiempo.
- VI. Como ciencia práctica, el Derecho ha de probar todas estas verdades en la palestra de las relaciones prácticas y su implementación. Por ello exemplificamos el arrimo provisto por la dogmática civil a la mercantil a través de la teoría de la absorción, la combinación y la analogía de aplicación a las instituciones contractuales  
En ellas observamos como la dogmática civil subviene no solo la coherencia e integridad de las instituciones contractuales mercantiles, sino igualmente su inteligencia misma.
- VII. Por las razones mentadas, la nueva proposición de anteproyecto de código mercantil ha vuelto al camino de la doctrina civilista. Sin embargo, es forzoso que hagamos alguna referencia a ciertas partes de esta nueva PACM en las cuales se disocia de la dogmática civil, a nuestro juicio, con relativo desacuerdo.  
A título meramente exemplificador, mencionamos la mutación propuesta en lo tocante a la formación del contrato de compraventa. Según su literal para la perfección del mismo no sería necesario haber fijado un precio o los elementos básicos del objeto.
- VIII. En resumen todo sistema codificado está cosido con una hilaza más o menos perfecta que une sus elementos para que todo mandato y disposición deba ser integrado con el todo e interpretado de forma orgánica. Así en cualquier acto de fisiología legal asisten un conjunto de disposiciones que enmarcan, contextualizan y ultiman la aplicación normativa.  
La creación de compartimentos estancos e independientes en el ordenamiento puede llevarnos al precipicio de las excepcionalidades y exclusividades, tornando inabarcable al conocimiento y su aplicación. Lo referido desemboca en más inseguridad e incertidumbre, privándole finalmente del merecido Estatuto de Ciencia práctica al Derecho.

## VII. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 30 de marzo de 2007
- STS de 11 de febrero de 2003
- STS de 2 de febrero de 2001
- STS de 29 de Octubre de 1999
- SSTS de 5 de febrero de 1996
- STS 26 de marzo de 1992
- STS de 1 de marzo de 1988
- STS de 3 de marzo de 1967
- STS de 21 de octubre de 1965
- STS de 22 de noviembre de 1944
- STS 15 de enero de 1940
- STS 29 de enero de 1940
- STS de 18 de octubre de 1940

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA BARCHET, B. (2021). *Tratado de Derecho pop.* Thomson Reuters Aranzadi.
- ALBADALEJO, M. (2011). *Derecho de obligaciones: Vol. II* (Edisofer).
- ARISTÓTELES. (s. f.). *Metafísica.*
- ARROYO APARICIO, A. (2009). Contrato de aparcamiento de vehículos. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I.* Thomson Reuters Aranzadi.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (1991). *Fuentes del Derecho. Principios del ordenamiento constitucional.* Editorial Tecnos.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., & MÁS BADÍA, M. D. (2009). Contratos de Organización de la Empresa. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I.* Thomson Reuters Aranzadi.
- BECEÑA, F. (1928). *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Librería General de Victoriano Suárez).
- BERCOVITZ, R. (2009). El contrato de Suministro. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I.* Thomson Reuters Aranzadi.
- BOQUERA MATARREDONA, J. (2009). Contrato de tarjeta de crédito. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I.* Thomson Reuters Aranzadi.
- BUCKLAND, W., & MCNAIR, A. (2008). *Roman Law and Common Law. A comparison in outline.* Cambridge University Press.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2009). El contrato de distribución selectiva. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I.* Thomson Reuters Aranzadi.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1954). *La ordenación sistemática del Derecho Civil.* Instituto Editorial Reus.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1993). *Derecho Civil español común y foral. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias.: Vol. IV* (15a). Reus, S.A.

- CHESTERTON, G. K. (2018). *Un buen puñado de ideas* (E. García-Máiquez & L. D. González, Eds.; 1a). Editorial Renacimiento.
- CONSEJO DE ESTADO. (2015). *Dictamen del Consejo de Estado 837/2014. Consideraciones del Consejo de Estado al Anteproyecto de Código Mercantil*.
- DE AQUINO, S. T. (s. f.). *Suma Teológica*.
- DE NOVA, G. (1974). *Il tipo contrattuale*. CEDAM.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (2011). Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI. En J. Delgado Echevarría & J. Rams Albesa (Eds.), *Retos de la Dogmática civil española* (pp. 13-120). Fundación Coloquio Europeo.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Vol. I* (5a). Editorial Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil: Vol. II* (11a). Editorial Tecnos.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. (2010). *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*. Marcial Pons.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2014). Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil. *Revista de Derecho Civil*, 1(1), 7-27.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2015). La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 69(2178).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (2009). El contrato de factoring. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- GARRIGUES, J. (1936). *Curso de Derecho Mercantil: Vol. I*. Silverio Aguirre Torre.
- GARRIGUES, J. (1959). *Curso de Derecho Mercantil: Vol. I*. Silverio Aguirre Torre.
- GARRIGUES, J. (1960). *Curso de Derecho Mercantil: Vol. II*. Silverio Aguirre Torre.
- GARRIGUES, J. (1978). *Temas de Derecho vivo*. Tecnos.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. (2004). *Leasing inmobiliario como garantía real anómala. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de abril de 2002. XLII*, 215-249.
- GUARINO, A. (1966). *Diritto Privato Romano* (3a). Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.
- GUTIÉRREZ RIZALDOS, F. (2017). El contrato de permuta. En *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*. Wolters Kluwer España, S.A.
- IHERING VON, R. (1998). *El espíritu del Derecho Romano*. Editorial Comares, S.L.
- KIRCHMANN VON, J. (1973). *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Wissenschaftliche Buchgesellschaft*.
- LÓPEZ CERECEDA, E. (2009). Contrato de Descuento. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles: Vol. I*. Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (2015). La defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos determinantes del gobierno corporativo. En A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (Ed.), *Gobierno corporativo: La estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los administradores*. Thomson Reuters Aranzadi.

- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A., & DEL CASTILLO IONOV, R. (2017). El contrato de Joint Venture. En *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*. Wolters Kluwer España, S.A.
- MESSINEO, F. (1986). *Doctrina General del Contrato*.: Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MONGE GIL, Á. L. (2009). Apertura de crédito ordinario de cuenta corriente. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles*: Vol. I. Thomson Reuters Aranzadi.
- MORENO SERRANO, E. (2017). El contrato de renting. En *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*. Wolters Kluwer España, S.A.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1904). *Comentarios al Código Civil*: Vol. XX. Sociedad Editorial Española.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1949). *Comentarios al Código Civil. El contrato de mandato*: Vol. XXVI-I. Instituto Editorial Reus.
- NATERA HIDALGO, R. (2012). *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles*. Grupo Wolters Kluwer.
- PAU PEDRÓN, A. (1994). *Clarín, Ganivet, Azaña. Pensamiento y vivencia del Derecho*. Editorial Tecnos.
- PETIT, C. (2019). *Un código civil perfecto y bien calculado: El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*. Dykinson.
- POLO, A. (1956). El concepto y los Problemas del Derecho Mercantil en la Legislación y la Jurisprudencia Españolas. *Revista de Derecho Privado*.
- RAMS ALBESA, J. (2011). Meditación sobre qué cambiar para la construcción de una nueva dogmática para el derecho civil o para un derecho privado general. En J. Delgado Echevarría & J. Rams Albesa (Eds.), *Retos de la Dogmática civil española* (pp. 121-220). Fundación Coloquio Europeo.
- SÁNCHEZ CALERO, F., & SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de Derecho Mercantil* (37a). Thomson Reuters Aranzadi.
- SANTOS ROMÁN, J. M. (2023). Conceptos Clave para repensar el Derecho. En *Claves para repensar la ciencia del derecho a la luz de la doctrina de M. Villey*. Dykinson.
- SIEMS, M. (2020). *Comparative Law* (3a). Cambridge University Press.
- SILVETTI, E. (2004). Comentarios a la ley concursal. En F. Cordón Moreno (Ed.), *Comentarios a la ley Concursal*: Vol. I. Thomson Reuters Aranzadi.
- SIMENTAL FRANCO, V., & CASTRO FLORES, M. A. (2014). *Derecho de Obligaciones*. Limusa.
- VÉRGEZ, M. (2009). Compraventa mercantil y contrato de permuta. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles*. Thomson Reuters Aranzadi.
- VICENT CHULIÁ, F. (2003). Prólogo. En Christine Pauleau, *El régimen jurídico de las Joint Ventures*. Tirant lo Blanch.
- VILA FLORENSA, M. (2004). *Comentarios a la ley concursal con concordancias, Jurisprudencia y Formularios*: Vol. I (J. M. Sagrera Tizón, A. Sala Reixachs, & A. Ferrer Barriendos, Eds.). Bosch, S.A.
- VILLA VEGA, E. (2009). El contrato de corretaje o mediación. En A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles*: Vol. I. Thomson Reuters Aranzadi.

## NOTAS

<sup>1</sup> In (hacia) y sto, stare, statum (erigir o establecer) nos remiten a algo erigido hacia un fin concreto como puede ser la institución de la familia o la creación que permite la educación y protección de los hijos.

<sup>2</sup> La doctrina consideró la opción del mandato mucho más simple, pero en bastantes casos se interpreta como una cesión de créditos con características especiales (cf. J. A. García-Cruces González, *El contrato de factoring*, en A. Bercovitz Rodríguez Cano (Ed.), *Contratos Mercantiles*, vol. I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2009: 1330. La STS de 11 de febrero de 2003 entiende que en todos los casos hay cesión de la propiedad de los créditos a la entidad bancaria.

<sup>3</sup> La jurisprudencia no es pacífica al entender en ocasiones la traslación de la propiedad de los créditos en todos los casos (STS de 11 de Febrero de 2003) o , como nosotros defendemos, solo en el caso del factoring sin recurso (STS de 2 de febrero de 2001).

<sup>4</sup> Los autores se limitan a dividir esta figura en contratos de sociedad y de vinculación contractual.

<sup>5</sup> Por desgracia en este caso también se ha incluido el arrendamiento financiero de bienes muebles que, como decimos, hubiera merecido un tratamiento de verdadero arrendamiento.

<sup>6</sup> Castán Tobeñas habla del abordaje de las lagunas a través de una elaboración integradora que de vado a una aplicación analógica de las instituciones y de los principios generales. La unión del sistema por tanto nos permite economizar en intentos interpretativos cuando instituciones previas ya muestran identidad de razón con la institución que nos interpela en el caso concreto.

<sup>7</sup> También las SSTS 15 y 29 de enero, 18 de octubre de 1940 y 22 de noviembre de 1944, avalan la inclusión de esta especie de contrato en el género de los mandatos.

<sup>8</sup> Por influencia de regulaciones internacionales como el art. 2.1.14 de los Principios Unidroit del 2016, etc.

<sup>9</sup> Por influencia de regulaciones internacionales como el art. 5.1.7 de los Principios Unidroit del 2016, art. 55 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, etc.

*Trabajo recibido el 30 de abril de 2024 y aceptado  
para su publicación el 20 de mayo de 2024*