

Una nueva explicación de la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS IMPRESCINDIBLES.—2. ¿A QUIENES «AUTORIZA» EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829 PARA EJERCER EL COMERCIO?—3. LA CUESTIÓN DE FONDO.—4. RESUMEN DE LA POLÉMICA DOCTRINAL.—5. LA SOLUCIÓN DE LA DISPARIDAD.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS IMPRESCINDIBLES

El movimiento codificador mercantil español, iniciado como consecuencia de las Cortes de Cádiz, logra un primer e importante texto legal con la aprobación del Código de Comercio de 1829 (1), texto que consigue superar la diversidad local fijando por escrito la práctica comercial más generalizada, y otorgando así al viejo Derecho consuetudinario de los mercaderes la cualidad de Derecho legislado (2).

(1) Véase, *Código de Comercio de 1829*, Edición Oficial, De orden del Rey nuestro Señor, por Don Julián Viana Razóla, Madrid, 1829, encuadernado en el mismo volumen, la «Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio», decretada, sancionada y promulgada en 24 de julio de 1830, De Real Orden, en la Oficina de Don Leon Amarita, Madrid, 1830.

(2) El Código de Comercio de 1829 está constituido por prácticas y usos comerciales de carácter consuetudinario que, recogidas de la práctica usual, *sufren* una definitiva transformación en preceptos legales, dejando de ser las simples prácticas o usos comerciales originarios.

El Código de 1829 no contiene una referencia explícita a las fuentes del Derecho Mercantil, pero es muy discutible que deba entenderse esa falta de declaración expresa como un reconocimiento tácito de su carácter de fuente, que no se le quiso otorgar por considerar única fuente al propio Código de 1829, para otorgar valor de ley a determinadas prácticas comerciales de carácter consuetudinario, marginando a otras.

Con ello se afronta la inseguridad jurídica provocada por el posible conflicto entre usos locales contradictorios, o no bien conocidos (3), y al mismo tiempo con una postura políticamente muy acertada, como el transcurso del tiempo demostró, elude una cuestión conflictiva de carácter general en el ordenamiento jurídico español, de esta manera se evita la discrepancia entre los textos de las distintas Ordenanzas de los Consulados (4), evitando la misma disparidad entre los diferentes derechos forales y sus distintos regímenes supletorios.

Esta elusión, bajo mi punto de vista, no ha sido descubierta ni entendida por la doctrina posterior (5) que se ha ocupado, con poca fortuna, de este primer texto codificador, tan influenciado del absolutismo (6) del momento como de la mentalidad codificadora (7), que en este aspecto favorecía las pretensiones absolutistas y unificadoras del monarca, a la sazón Fernando VII.

Para una mentalidad actual resulta casi sorprendente que la primera parte del Derecho Privado que se codifica carezca de enunciación de sus fuentes. Es precisamente esa clara ausencia la más llamativa forma de resaltar la opción legislativa ejercida por un monarca de talante absolutista apoyado en

(3) Los «Consulados de Comercio», organizaciones gremiales privadas de comerciantes, estaban dotados de atribuciones para dictar «Ordenanzas» consuetudinarias de carácter local. Algunas de ellas, españolas, regían en muy amplias zonas del comercio marítimo mediterráneo, como *El Consulado del Mar* (Tortosa), las *Ordenanzas de Bilbao*, en el Cantábrico, o la francesa *Rôles d'Oleron*, en el mismo mar. Es importante señalar el intento logrado del Código de Comercio de 1829 de implantar un Código unitario en donde antes no había más que una pluralidad consuetudinaria local, alcanzando un éxito que no logró muchos años más tarde el Código Civil, al encontrarse éste con la pluralidad de los Derechos forales, quedando por consiguiente descartada la unidad legislativa civil en España.

(4) *El Consulado del Mar* (Tortosa), *Ordenanzas de Burgos, Bilbao y Sevilla*.

(5) La mención de los usos de comercio en el artículo 2 del Código de Comercio de 1885 se achaca a la influencia del Código de Comercio de 1829, sin embargo eso no es cierto, como se comprueba con la simple lectura de las palabras del Preámbulo del Código de Comercio de 1829 y de la expresa derogación contenida en la Disposición Final del texto legal que sistemáticamente ha sido omitida por las publicaciones privadas y anotadas del Código de 1829, siendo la única edición privada que la inserta la efectuada por un abogado del Ilustre Colegio de Madrid, ALBERTO AGUILERA Y VELASCO, fechada en 1865.

Los únicos autores que tratan con justicia al Código de 1829 han sido JESÚS RUBIO en su obra «Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil», CSIC, Madrid, 1950, págs. 17 y 18, y EMILIO LANGLE, en su conocido *Manual de Derecho Mercantil*, I, 1950, pág. 203.

(6) El sentido absolutista se deduce de su articulado, véase artículos 8, 71, 72, 110, 294, 411, 1.189 y 1.191.

(7) Creo que está suficientemente plasmada en la declaración del Preámbulo del Código cuando habla de «dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio».

el ideario codificador, para poner la clave exclusivamente en «MI SOBERANA VOLUNTAD». Esa voluntad soberana transforma la ordenación que insta, dotada de un carácter ordenancista detallado, para imponerlo sin mayor fundamentación que las alusiones hechas a «los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio», con el fin de otorgar al texto legal constituido el carácter de «un sistema de legislación uniforme y completo».

Es evidente que Fernando VII utiliza ampliamente los «usos del comercio» y las «prácticas mercantiles», pero eso, ciertamente, no es esencial. Lo esencial y significativo son las reiteradas manifestaciones personalistas del monarca con las que pretende minimizar la actuación de la comisión tripartita, designada por el mismo monarca un año antes, integrada «por magistrados, jurisconsultos y personas versadas en las prácticas y usos mercantiles, para que meditasen, preparasen y me propusieran un proyecto de Código de Comercio». Termina el Rey destacando su actuación personal con estas palabras textuales: «con vista de estos y de la demás instrucción preparatoria con que de mi soberana orden se ha ilustrado una obra tan grave, ardua é importante, he venido en decretar, y decreto como ley universal para todos mis Reinos y Señoríos en materia y asuntos mercantiles el siguiente "CÓDIGO DE COMERCIO"».

Estas declaraciones de Fernando VII, en el Preámbulo que precede a la promulgación del Código de Comercio, no han sido suficientemente tenidas en cuenta por la doctrina (8) al enjuiciar el Código, ya que en él no existe una consagración de los usos de comercio y prácticas mercantiles a los que deroga expresa y terminantemente (9), sino simple y llanamente un texto legal que se pretende imponer como única norma.

(8) El Código de 1829 padeció la derogación del artículo 325, la derogación de la ley procesal de su aplicación, y la reforma de texto de los artículos 16, 31, 40, 96, 110, 112, 114, 115, 174, 1.044, 1.139, 1.140, 1.141, 1.142, 1.143 y 1.144 por el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868; estuvo en vigor cincuenta y seis años y el valor de la doctrina mercantil de su tiempo está recogido por LANGLE en el discurso inaugural del Curso 1950-51 en la Universidad de Granada, *Orla de mercantilistas españoles alrededor de nuestro primer Código de Comercio*, publicado en Madrid en 1950.

(9) «Y derogo todas las leyes, decretos, órdenes y reglamentos que regirán hasta el día en las materias y asuntos de comercio, y especialmente todas las ordenanzas particulares de los Consulados del Reino, queriendo que se tengan para desde hoy en adelante por derogadas y revocadas, y que no produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él, y que solo se observe y cumpla cuanto en este Código va prescrito y decretado; que así es mi soberana voluntad, á cuyo fin he mandado despachar la presente cédula, que va firmada de mi Real mano, sellada con mi sello secreto, y refrendado de mi infrascrito Secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, que lo comunicará a quien corresponda, y dispondrá cuanto convenga á su cumplimiento. Dada en Aranjuez á treinta de mayo de mil ochocientos veintinueve. — Firmado de la Real mano de S.M. = YO EL REY. = Luis López Ballesteros».

Para explicar un poco mi apreciación respecto a la poca fortuna (10) que ante la doctrina tuvo el Código de Comercio de 1829, es importante tener en cuenta las circunstancias políticas y el momento histórico en que se promulga el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de Comercio, de 24 de julio de 1830, que figura incorporada en el mismo volumen en que se contiene la primera edición oficial del Código de Comercio (11).

Faltaban años para la creación del Tribunal Supremo y acaso por eso se optó en el Código de Comercio de 1829, por un tribunal especial para el comercio constituido por tres personas, comerciantes de por mayor y matriculados, versadas en las prácticas y usos mercantiles, quienes estarían asistidos como legos en Derecho, por un «letrado consultor» a quien podrían recurrir en consultas que éste debería evacuar por escrito (12).

Este tribunal especial de comercio se constituiría en todos los pueblos en donde existen consulados, y en aquellos otros en que se creyera conveniente erigirlos se crearían por Decreto; en los pueblos en donde no existiera tribunal especial de comercio, ejercería la jurisdicción sobre la materia el juez ordinario (13).

La creación pocos años después (1837) del Tribunal Supremo tratando de cumplir (14) el mandato constitucional de las Cortes de Cádiz, refrendado por varias Constituciones expresivas de la grave inestabilidad política de la época (15), referente a la unidad de jurisdicción, provocó la supresión de los tribunales especiales de comercio, por Decreto de 6 de diciembre de 1868 (16), y esa decisión produjo dos efectos importantes.

El primero de ellos pasó desapercibido para la doctrina contemporánea e inmediatamente posterior, debido a que la jurisdicción ordinaria ya era competente en los negocios y causas de comercio en aquellos pueblos en donde no existía consulado y no se había considerado necesario crearlo.

El segundo, íntimamente unido al anterior pero de mucha mayor trascendencia hacia el futuro, consistía en la necesidad de la jurisdicción ordinaria

(10) No se entendió su intención y su finalidad por confundir su contenido (las ordenanzas) con su finalidad (sustituirlas por sus preceptos), y se omitió sistemáticamente la disposición derogatoria de los usos y prácticas de comercio en todas las ediciones privadas anotadas que conozco. De este juicio valorativo global hay que excluir a LANGLE, quien es el único que además manifiesta conocer la existencia de la cláusula derogatoria de los usos comerciales. Vid. *Manual*, op. cit., págs. 202 y sigs.

(11) *Código de Comercio de 1829*, edición oficial, cit. en la nota 1.

(12) Cfr. *Código de Comercio de 1829*, artículos 1.183, 1.195 y 1.197.

(13) Vid. *Código de Comercio de 1829*, artículos 1.178 y 1.179.

(14) De la Constitución de 1812.

(15) Constituciones de 1812, 1837, 1845 y *non nata* de 1856.

(16) Vid., en MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 4.^a edición, tomo 6.º, Madrid, 1887, pág. 933.

(como tribunal técnico) de sumisión a la ley con un rigor mucho mayor que un tribunal lego, lo que se traduce en una consecuencia importante, pues no todas las prácticas y usos mercantiles son fácilmente asumibles desde el principio de sumisión a la ley, y al no estar especialmente previstas como fuente en ese sector del ordenamiento jurídico, eso acarrea una pérdida de efectividad de las prácticas comerciales como norma mercantil especialmente propicia para ser utilizada por personas ajenas al Derecho, pero versadas en prácticas comerciales, mientras que la situación exactamente inversa está representada por los tribunales técnicos en los que la preparación de sus miembros estriba en el Derecho y son en cambio menos versados en los usos y prácticas mercantiles, que solamente podrán utilizar en tanto en cuanto estén recogidos por la ley.

Todo esto me lleva a creer que la promulgación del Código de Comercio de 1829 no ha merecido la debida atención por parte de la doctrina (17), y así no se ha resaltado bastante la importancia y trascendencia que tienen las manifestaciones del Rey que lo promulga, Fernando VII, quien, en las palabras que preceden al texto legal, expone el fundamento de la decisión tomada (18), manifiesta su «soberana voluntad» de poner remedio a los males que esa situación causaba con palabras bastante acertadas (19), y pasa a explicar el procedimiento seguido con estas otras: «creé, por mi soberana resolución de 11 de enero de 1828, una comisión especial de magistrados y jurisconsultos y de personas versadas en las prácticas y usos mercantiles, para que meditasen preparasen y me propusieran un proyecto de Código de Comercio».

Hecha la propuesta por la comisión, el Rey manifiesta haber intervenido, y aunque la expresión es tan barroca que casi no se entiende, se transparenta la mentalidad de la época, el momento histórico y la línea de conducta del propio Fernando VII (20) (hoy impensable en un monarca) con la simple

(17) Quizá eso se deba al hecho frecuente en las publicaciones privadas del Código de Comercio de 1829, con muy sucintas anotaciones, de omitir tanto el preámbulo, realmente farragoso, como la disposición sancionadora final en la que se incluye la cláusula derogatoria. Sin embargo debe tenerse en cuenta su amplio período de vigencia (cincuenta y seis años) y la amplia bibliografía a que dio origen.

(18) Transcribo sus palabras: «Por cuanto hallándose reducida la jurisprudencia mercantil de esta Monarquía a las ordenanzas particulares otorgada a los Consulados para su organización interna y régimen interior, se carecía de leyes generales que determinasen las obligaciones y derechos que proceden de los actos de comercio, de lo cual resultaba grande confusión é incertidumbre, tanto para los mismos comerciantes y traficantes, como para los tribunales que habían de dirimir sus diferencias».

(19) Otra vez las palabras del Rey: «...y queriendo Yo poner término á males de tanta gravedad e interés y dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio».

(20) Parece evidente que se ha incluido una partícula negativa indebida («no») si se quiere entender correctamente el texto del número 4.º del artículo 8. No me ha sido

transcripción del artículo 8 del Código de Comercio de 1829, que dice así en la edición oficial que he manejado:

ARTICULO 8.º: «Se prohíbe el egercicio de la profesión mercantil por incompatibilidad de estado á:

- 1.º Las corporaciones eclesiásticas.
- 2.º Los clérigos, aunque no tengan mas que la tonsura, mientras vistan el traje clerical y gocen de fuero eclesiástico.
- 3.º Los Magistrados civiles y Jueces en el territorio en donde egercen su autoridad ó jurisdicción.
- 4.º Los empleados en la recaudación y administración de las Rentas reales en los pueblos, partidos ó provincias á donde se extiende el egercicio de sus funciones, a menos que no obtengan una autorización particular mía» (21).

Con esta sucinta exposición de los antecedentes históricos, es conveniente precisar a qué personas «autoriza» el Código de Comercio de 1829 para ejercer el comercio.

2. ¿A QUIENES «AUTORIZA» EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1829 PARA EJERCER EL COMERCIO?

El Código de Comercio de 1829 establece en su artículo 1.º una caracterización de los individuos que ejerzan la profesión mercantil, que se centra en la concurrencia de tres requisitos:

1. La capacidad legal para ejercer el comercio.
2. Estar inscrito en la matrícula de comerciantes.
3. Tener por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil (22).

En el artículo 2 se ocupa de «los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre», a los que niega el carácter de comerciantes,

posible cotejar el microfilm con el original en papel, pues en ese punto preciso existe un mínimo roto del papel.

Al mismo tiempo se está manifestando que la voluntad del Rey no está sometida a la ley, y en este sentido el Rey, con su sola voluntad, puede hacer tabla rasa de una norma legal prohibitiva sin necesidad de derogarla o respetarla cumpliéndola.

(21) Vid. *Código de Comercio de 1829*, artículo 8.º, pág. 3.

(22) ARTICULO 1.º: «Se reputan en derecho comerciantes los que teniendo capacidad legal para egercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil fundando en él su estado político». Cfr. *Código de Comercio de 1829*, cit., pág. 1.

pero declara sometidas las controversias que ocurran sobre dichas operaciones a las leyes y jurisdicción de comercio (23).

Considero de extraordinaria importancia resaltar el acierto de la disposición del artículo 2 del Código de Comercio de 1829, en donde, pese a negarle expresa e inequívocamente la cualidad de comerciante a quien realiza ocasionalmente alguna operación de comercio terrestre, sin embargo somete la posible contienda judicial a las leyes y a la jurisdicción del comercio.

Es precisamente esa diversificación entre el carácter no profesional (es decir, no mercantil) de la persona que hace «accidentalmente alguna operación de comercio terrestre» (esto es, realiza ocasionalmente un acto mercantil aislado) y el evidente carácter mercantil del acto aislado realizado, lo que provoca el peculiar resultado de estar sujeto a las leyes de comercio ese acto mercantil aislado realizado por una persona no comerciante, pero no origina la transformación en comerciante de quien, sin reunir los requisitos para ello exigidos en el artículo 1 del Código de Comercio, realiza un acto de comercio aislado, aunque las controversias jurídicas sobre ese acto sigan sometidas a las leyes mercantiles y a la jurisdicción —entonces especial— de comercio, tal como establece con corrección sistemática el artículo 2 del mismo Código de Comercio de 1829.

Tengo cierto temor a no haber sabido expresar bien mi idea para expresar lo que quiero decir, principalmente porque no he encontrado a ningún comentarista o tratadista del Código de 1829 que haya coincidido con mi lectura o con mis apreciaciones (24).

(23) ARTICULO 2.º: «Los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre no serán considerados comerciantes para el efecto de gozar de las prerrogativas y beneficios que á éstos están concedidos por razón de su profesión; sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto á las controversias que ocurran sobre dichas operaciones á las leyes y jurisdicción del comercio». Cfr. *Código de Comercio*, cit.

(24) Salvo la ya mencionada excepción de EMILIO LANGLE, la bibliografía sobre el Código de 1829 es muy desigual y muy amplia: AGUILERA Y VELASCO, ALBERTO, *Código de Comercio anotado*, Madrid, 1865; AMORÓS, FRANCISCO, *Diccionario del Código de Comercio*, Barcelona, 1862; AVECILLA, PABLO, *Diccionario de la Legislación Mercantil de España*, Madrid, 1849; BACARDI Y JANER, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1840; DE CASAS Y MORAL, ANTONIO, *Código de Comercio anotado*, Granada, 1858; DE LASO, EUSTAQUIO, *Elementos de Derecho Mercantil de España formulados con arreglo al programa del tercer año de Jurisprudencia*, Madrid, 1849; DEL VISO, SALVADOR, *Lecciones elementales de Historia, Derecho Civil, Derecho Mercantil y Penal de España*, Madrid, 1853; FERRER Y VALLS, JERÓNIMO, *Tratado elemental teórico-práctico de las relaciones comerciales arreglado a lo prevenido en el Código de Comercio*, Madrid, 1843; GARCÍA MORENO, A., *Código de Comercio de 1885, con anotaciones y jurisprudencia*, Madrid, s.f.; GONZÁLEZ HUEBRA, PABLO, *Curso de Derecho Mercantil*, 1.ª edición, Madrid, 1853-1854, 3.ª edición, Madrid, 1867; LANGLE, EMILIO, *Orla de mercantilistas...*, cit; MARTÍ DE EIXALÁ, RAMÓN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1.ª edición, Barcelona, 1848; 4.ª edición con adiciones de MANUEL DURAN Y BAS, Barcelona-Madrid, 1865; MIGUEL Y RUBERT, IGNACIO, y REUS GARCÍA, JOSÉ, *Código de Comercio*

Se ha considerado siempre la existencia de un acusado paralelismo entre el Código de Comercio de 1829 y el de 1885, fundándose en una similitud de frases aisladas o locuciones concretas creadoras de una apariencia que ha servido para disimular el abismo que separa a ambos Códigos. El Código de 1829 es un Código de Comercio de corte profesional, es decir, opta por un Derecho Mercantil centrado en el carácter profesional, mientras que el Código de Comercio de 1885 opta por el acto de comercio objetivo, y esa diferencia de planteamiento da lugar a la evidente superioridad del Código de 1829 sobre el de 1885, sirviéndole además esa orientación para evitar fáciles escollos ocultos en la imposibilidad de definir el acto de comercio objetivo, además de ser superior su técnica, tanto en el tratamiento del acto de comercio aislado, como en el régimen de las relaciones entre Derecho Mercantil y Civil, en donde encuentra un punto de equilibrio que mantiene la absoluta integridad de contenido sin excederse en incursiones sobre campo ajeno, sin perder en lo más mínimo su propia identidad ni padecer merma en su competencia.

Es precisamente la diversificación entre el carácter no profesional de la persona que realiza el acto mercantil ocasional y el evidente carácter mercantil del acto realizado, lo que produce la clara consecuencia de que sin ser comerciante quien realiza el acto, sí sea mercantil el acto realizado, que por eso se somete a las leyes mercantiles y a la jurisdicción del comercio.

Constituye esto uno de los evidentes aciertos del Código de Comercio de 1829, que se perdió en el Código de Comercio de 1885, porque parecía que se decía lo mismo en uno que en el otro, y eso era verdad solamente de forma parcial, pues existe una diferencia sustancial en unas pocas palabras que no se han tenido suficientemente en cuenta, y son la clave que explica el abismo que separa a ambos Códigos: la profesionalidad, clave del Código de 1829, aunque se haya evidenciado por la exigencia de hallarse inscrito en la matrícula de comerciantes, no desaparece como tal profesionalidad por la simple eliminación de la matrícula de comerciantes, y el acto objetivo de comercio no es equivalente nunca a la profesionalidad, aunque exista habitualidad en la realización de actos objetivos de comercio, pues pese a la aparente proximidad de ideas, no todas las actuaciones habituales son precisamente profesionales.

anotado, Madrid, 1855; PERECAULA, ANTONIO, *Diccionario de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1871; RÍOS BIOSCA, JOSÉ, *Código de Comercio reformado, según el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868*, Valencia, 1878; SILVELA, LUIS, *Lecciones de Derecho Mercantil, según las explicaciones de don Luis Silvela por varios de sus alumnos de 1879 a 1880*, Madrid, 1881; SOLER PÉREZ, EDUARDO, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1882; VICENTE Y CARA VANTES, JOSÉ DE, *Código de Comercio extractado con la exposición al pie de cada artículo de los fundamentos de sus disposiciones y con la solución de las principales dificultades que presenta el texto*, Barcelona, 1848-Madrid, 1850; GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, y REUS GARCÍA, JOSÉ, *Código de Comercio concordado y anotado*, 1.^a edición, Madrid, 1855, 7.^a edición, 1878.

Así, el comerciante del Código de 1829 es un profesional, y en cambio al comerciante del Código de 1885 le basta con ser un «habitual» del comercio (25).

Cuando Fernando VII constituye, el día 11 de enero de 1828, la comisión de magistrados, jurisconsultos y personas versadas en las prácticas y usos mercantiles (26), que dio origen al Código de Comercio promulgado el día 30 de mayo de 1829, está eligiendo una opción política que va a ser desechada por el posterior Real Decreto-ley de 6 de diciembre de 1868 (27), que suprime precisamente los tribunales especiales de comercio en base a la existencia de la anterior Ley de 11 de abril de 1868 (28), que organizó «por ahora» el Tribunal Supremo.

La decisión política de la supresión de los tribunales de comercio no parece que estuviera muy afirmada, como lo demuestra un intento de rectificación constituido por la consulta que se manda hacer por Ley de 7 de mayo de 1880 (29), sobre si debían ser restablecidos los tribunales de comercio —y si bien no he conseguido localizar los resultados de la consulta, es posible que se hubiera quedado sin realizar—, consolidándose la orientación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1856-1861, como puede colegirse del breve espacio de tiempo que medió entre la Ley por la que se inicia la consulta (7 de mayo de 1880), y la Ley de 21 de junio de 1880, autorizando al Gobierno para reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya está efectuada el día 3 de febrero de 1881, en que se promulga por Alfonso XII la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, a la postre, iba a resultar una de las más longevas de nuestra literatura jurídica.

(25) En el Código de Comercio de 1829 se declara expresa y terminantemente que los actos de comercio «accidentales», hoy diríamos «ocasionales», realizados por no comerciantes, no servirán para otorgar la calidad de comerciante a quienes los realicen, aunque queden sometidos los actos a la jurisdicción mercantil, mientras que en el Código de Comercio de 1885, falta esa declaración expresa y terminante.

(26) Vid. *Código de Comercio de 1829*, cit., Preámbulo.

(27) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 4.^a edición, tomo 6.º, Madrid, 1887, págs. 933-939. Se justifica la idea política de la Unidad de Fueros preconizada por las Constituciones de 1812, 1837, 1845 y 1855; sus artículos 10 y 11 suprimen los tribunales especiales de comercio y somete el procedimiento a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1856-61; por el artículo 12 deroga el artículo 325 del Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento de 24 de julio de 1930, excepto las Quiebras y el Título V de la Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de Comercio, y modifica el texto de los artículos 16, 31, 40, 96, 110, 112, 114, 115, 174, 1.044, 1.139, 1.140, 1.141, 1.142, 1.143 y 1.114 del Código de Comercio de 1829.

(28) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, cit., edic. y tomo cit., pág. 932, por el que se reorganiza «por ahora» el Tribunal Supremo en sus tres Primeras Salas.

(29) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit. ed., cit., tomo II, Madrid, 1876, pág. 459.

3. LA CUESTIÓN DE FONDO

La doctrina mercantil, tratando de explicar la disparidad entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, ha elaborado una serie de proposiciones ingeniosas, todas con un viso de fundamentación, pero, a mi juicio, tiene una explicación más sencilla y menos sofisticada que las construcciones doctrinales elaboradas. Los vaivenes políticos del reinado de Fernando VII explicarían perfectamente la supresión de unos tribunales especiales de comercio y, al siguiente conflicto político, se «consulta si deben restablecerse», pero es precisamente esa consulta cuyo resultado no he sido capaz de localizar o encontrar, si es que se hubiera publicado en parte alguna, y la brevedad del plazo transcurrido entre la Ley estableciendo la consulta y la Ley en que se autoriza al Gobierno para reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que me lleva a creer que esa consulta nunca fue cumplimentada.

Hacer un rápido recorrido por las diversas explicaciones formuladas por la doctrina puede tener un grado de interés, pues de esa forma quien lea este breve trabajo se podrá formar una opinión del estado de la cuestión sin necesidad de prolijas búsquedas por las bibliotecas para elegir, bien una solución entre las ofrecidas anteriormente, o bien aceptar mi propuesta en torno al origen de la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de 1885.

El estudio de los primeros autores de Derecho Mercantil me ha manifestado dos sorpresas: la primera, comprobar que uno de los más antiguos tratadistas, si no es el primero que es usual citar, es MARTÍ DE EIXALÁ (30), autor de la obra *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, siendo su primera edición de 1848, y la cuarta edición de esta obra está fechada en 1865 y el Prólogo está escrito por DURAN Y BAS, «adicionador» del texto original.

La segunda sorpresa está constituida por la original concepción del Derecho Mercantil por parte de estos dos autores, ya que estiman que se distingue del Derecho Civil en un doble sentido, con una expresión muy particular «*por lo que contiene y sobre todo por lo que no contiene*» (31), queriendo explicar con ese juego de palabras la nota de *especialidad* de las disposiciones

(30) Fue Catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Criminal de España en la Universidad de Barcelona. La primera edición de su obra, *Instituciones del Derecho Mercantil de España* es de 1848, y en diecisiete años agotó tres ediciones, según nos manifiesta en el Prólogo a la cuarta edición de 1865, el «adicionador» del texto original, MANUEL DURAN Y BAS, Catedrático de Derecho Mercantil y Penal de España en la Universidad de Barcelona. A modo de curiosidad histórica, señalar que la 4.^a edición del año 1865 salió cuando hacía varios años que había fallecido Martí de Eixalá, que aconteció en Madrid en 1857.

(31) MARTÍ DE EIXALÁ, RAMÓN, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 4.^a edición, notablemente adicionada por don MANUEL DURAN Y BAS, Barcelona, 1865, págs. 65 y 66. Creo que es obligado y de justicia transcribir un breve párrafo literalmente: «Mas por esta misma razón pertenece el derecho mercantil al privado, del que con razón

concretas del Derecho Mercantil a la normativa del Derecho Civil, y la nota de *supletoriedad* del propio Derecho Civil a todo aquello que el Derecho Mercantil no contiene y abandona con toda naturalidad al campo del Derecho Civil, al cual se remite profusamente con una referencia al «derecho común», ante la inexistencia de un Código Civil al cual referirse.

La postura de estos dos autores, que escriben en el período de tiempo intermedio entre ambos Códigos de Comercio (1829-1885), manifiesta una clara posición favorable a una interacción entre Derecho Mercantil y Derecho Civil, sin perjuicio de entender que algunas disposiciones de «Derecho Civil», que expresamente reconocen, se insertan en el Código de Comercio de 1829, estaban doblemente justificadas, tanto por la conveniencia del comercio ante la inexistencia de un Código Civil, como por la imprecisión práctica y la inseguridad jurídica de la apelación a un derecho común difuso y fraccionado (32).

Al llegar a este punto del trabajo considero interesante y enriquecedor para el trabajo la aportación de la 9.^a edición de la obra de MARTÍ DE EIXALÁ —antes había manejado la primera de 1848 y la cuarta de 1865—, publicada cuando ya se había aprobado el Código de Comercio de 1885, por cuanto si bien existe en esta 9.^a edición una nueva aportación personal consistente en la adaptación al nuevo Código de Comercio vigente efectuada por DURAN Y VENTOSA, esa adaptación se ha realizado con un profundo respeto doctrinal al autor y por el afecto filial al primer anotador de la obra.

Se mantiene exactamente la misma opinión fundamental sustentada en la primera edición de 1848, que se sigue también en la cuarta edición de 1865, adicionada por DURAN Y BAS, y si bien hay algunas leves diferencias en la 9.^a edición (33), son absolutamente congruentes con la línea inicial a la cual confirma, pese a ser ya contemporánea del nuevo Código de Comercio de 1885 al cual sigue, aunque sin abandonar su inicial concepción del Derecho Mercantil español (34).

En materia de relaciones entre el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, si bien prescinde de la formulación tan característica «de lo que tiene», y

se ha dicho que es escepcion y suplemento; y en tanto es parte de aquel derecho, como que, aislándose de él, intentando formar una rama separada, sería incompleto: en el sistema general del derecho no podría estudiarse el mercantil con cierta independencia de las demás ramas, como puede verificarse con el político, el civil y el penal».

(32) Cfr. MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones...*, 4.^a edición cit., págs. 109 y 110.

(33) MARTÍ DE EIXALÁ, RAMÓN, y DURAN Y BAS, MANUEL, *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 9.^a edición. Adaptada al Código de 1885 por RAIMUNDO DURAN Y VENTOSA, Barcelona, 1911.

(34) El que casi al final me haya sido posible cotejar esas tres ediciones de una obra tan fundamental de la bibliografía mercantilista en un tiempo tan crucial para la doctrina mercantil española, lo considero un golpe de fortuna, cuando ya casi había renunciado a esa posibilidad.

«sobre todo de lo que no tiene» para explicarlas, sigue sosteniendo la misma opinión cuando dice, «los actos mercantiles y las relaciones jurídicas que de ellos nacen no están regulados por los Códigos llamados de Comercio. La Legislación administrativa común, la rentística o de Hacienda, la náutica y el Derecho Internacional influyen con sus disposiciones en el fenómeno comercio, dictando reglas sobre sus actos y caracterizando de un modo especial cierto orden de relaciones de las que este fenómeno engendra» (35).

Señala como fuentes del Derecho Mercantil español (36), a la Legislación Mercantil, los usos y prácticas comerciales y la jurisprudencia, para manifestar a continuación, «que como el Derecho Mercantil es parte del Derecho Privado, el cual tiene por base el Derecho Civil. Lo mismo cuando lo modifica que cuando lo suple, hemos de buscar en éste reglas, principios y sistema por manera que podemos llamarle en tal concepto fuente del que nos ocupa y así viene declarado en el artículo 50 del Código Mercantil, cuando dice que en los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes se regirán en todo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del derecho común (37)».

Estas ideas las reafirma un poco más adelante cuando al ocuparse de la formación de los contratos mercantiles transcribe el contenido del artículo 50 del Código de Comercio (38), y desarrolla por extenso la habitual doctrina civil «por no haberse hecho modificación alguna por el Código de Comercio».

Otro autor que publica la primera edición de su obra en dos volúmenes en el mismo año en que se promulga el Código de Comercio de 1885, es BLANCO CONSTANS, aunque no me haya sido posible localizarla, sino otra no numerada editada en Granada en 1897, y tengo noticia de la existencia de una última edición efectuada con revisión de MUR en los años 1936-1945.

Este autor de quien hace un gran elogio RUBIO (39) —y que por la fecha de edición de su obra no pudo conocer la novena edición de la obra de MARTÍ DE EIXALÁ, fechada en 1911—, dedica dos apartados de muy distinta extensión al tema que me interesa.

En el apartado más breve dedicado a la Escuela Española de Derecho Mercantil afirma la existencia de dos corrientes doctrinales, la de quienes conciben el Derecho Mercantil como un Derecho excepcional y complementario del Derecho Civil, citando expresamente a MARTÍ DE EIXALÁ y DURAN Y

(35) MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones...*, 9.^a ed., cit., pág. 64.

(36) MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones...*, 98.

(37) MARTÍ DE EIXALÁ, *Ibidem*, cit., 9.^a ed., cit., pág. 99. En el año 1911, la disparidad entre el texto del artículo 2 y el del artículo 50 no había producido ninguna sorpresa doctrinal.

(38) MARTÍ DE EIXALÁ, *Ibidem*, págs. 153-162.

(39) RUBIO, JESÚS, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 346.

BAS; y la otra, la de quienes son partidarios de la independencia del Derecho Mercantil respecto al Derecho Civil, en base al Código de Comercio de 1885, entre los cuales menciona a ALVAREZ DEL MANZANO (40).

El otro apartado dedicado a las teorías sobre la independencia del Derecho Mercantil lo estructura en tres apartados: civilistas, mercantilistas y unificadores, aunque yo solamente me voy a ocupar de los dos primeros.

A los civilistas les atribuye la opinión sojuzgadora del Derecho Mercantil al Derecho Civil, mientras que a los mercantilistas les atribuye la favorable a la independencia de ambos derechos.

La caracterización hecha por el autor de la postura de los civilistas es necesario reproducirla literalmente para que no parezca mal hecho mi resumen de la opinión del autor:

«La posición que considera el Derecho Mercantil como excepcional y supletorio, se funda en que el Derecho Civil (*sic*) toma del Mercantil (41) las reglas generales de la contratación, los axiomas que se llaman también reglas de Derecho y la naturaleza jurídica de la mayor parte de las instituciones que admite; de él reciben con toda su autoridad e influencia las demás instituciones del Derecho Civil que pesan de un modo más o menos directo, más o menos general, pero siempre eficaz, en las puramente mercantiles. Así, por ejemplo, las condiciones generales de la capacidad de derecho influyen en la aptitud para ejercer el comercio, la emancipación». El autor cita únicamente a DURAN Y BAS.

Los mercantilistas, rebatiendo a los civilistas, dicen, según el autor, que si el Derecho Mercantil acepta muchas veces los principios del Derecho Civil, si la mayor parte de los Códigos declaran que por ellos se rige la contratación mercantil, salvo las excepciones que se establecen, es por evitar repeticiones de reglas y axiomas que a su vez el Derecho Civil ha tomado del Derecho Natural (42).

Los autores de las dos primeras ediciones privadas del Código de Comercio de 1885, anotado y concordado, ABELLA y MUÑOZ ORTIZ, sorprenden por la rapidez con que sus trabajos fueron dados a la imprenta, ya que la primera

(40) BLANCO CONSTANS, FRANCISCO, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, Granada, 1897, pág. 133.

(41) Los términos Derecho Civil y Derecho Mercantil parece que se encuentran en orden inverso, pero un poco más adelante vuelve a repetir la misma idea, lo que excluye la posibilidad de una errata.

(42) BLANCO CONSTANS, FRANCISCO, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, Granada, 1897, pág. 98. Pero este autor, en la misma página al final, manifiesta: «Que el Derecho Mercantil ha copiado otras muchas cosas del Civil. Aparte de que todas pertenecen al dominio del Derecho Natural, si fuese esta una razón para considerar como excepción al primero respecto del segundo, quizá habría otra para considerar al Civil como una excepción al Mercantil, pues de éste ha copiado a su vez aquél, infinidad de instituciones y muchas de sus reformas».

edición salió en el mismo año de la promulgación del Código, antes incluso de su entrada en vigor, sobre la base de hacer breves anotaciones a algunos artículos y no muy precisas «concordancias» entre los preceptos del Código de 1829 y el de 1885 (43), pues a veces se limitan a manifestar:

- a) Este artículo es exacta copia del artículo ... del Código anterior.
- b) Este artículo está modificado.
- c) Este artículo está derogado.

Ante la ausencia de una cláusula expresa derogatoria en el Código de Comercio de 1885, cosa especialmente poco relevante en la época, y visto el escaso interés que despertó la cláusula expresa derogatoria del Código de 1829, referente a los usos y prácticas de comercio, ambos autores renuncian a pronunciarse sobre si la promulgación de un nuevo Código de Comercio acarrea o no la derogación «tácita» del anterior, en un momento en que por no existir aún un Código Civil, podría darse por válido el brocardo medieval de que *lex posterior derogat anterior*.

En las anotaciones de ABELLA he encontrado una explicación —aunque estaba buscando otra—, que tiene un vivo interés. En ella manifiesta literalmente, «que el artículo 50 del Código de 1885 es copia exacta del artículo 234 del Código de 1829» (44).

Sin ser incorrecta su afirmación, sin embargo, no se puede considerar rigurosamente exacta, y esa opinión que mantiene ABELLA, teniendo en cuenta la amplia difusión que en aquella época pudo tener su obra entre los especialistas, me lleva a creer que ha sido esa difusión de su obra la verdadera responsable de la general doctrina sobre la aproximación, que yo vengo censurando entre los Códigos de 1829 y 1885 (45).

En cambio no formula este autor ninguna anotación referente a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, motivo de que yo tuviera entre mis manos su obra.

(43) Cfr. ABELLA, JOAQUÍN, *Novísimo Código de Comercio, comentado y concordado*, Madrid, 1885; MUÑOZ ORTIZ, JOSÉ, *Novísimo Código de Comercio concordado y anotado*, Madrid, 1885.

(44) Vid. ABELLA, JOAQUÍN, *Ibidem*, pág. 111, nota 2.

(45) Cfr. Código de Comercio de 1829, cit., artículo 234: «Los contratos ordinarios del comercio están sujetos á todas las reglas generales que prescribe el derecho común sobre la capacidad de los contrayentes y demás requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como sobre las escepciones que impiden su egecucion, y causas que los rescinden é invalidan bajo la modificación y restricciones que establecen las leyes especiales del comercio».

Artículo 50 del Código de Comercio de 1885: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común».

El otro anotador citado, MUÑOZ ORTIZ, no se plantea siquiera la discrepancia de texto entre los artículos 2 y 50, objeto de este trabajo (46).

Sin embargo, MUÑOZ ORTIZ, en su extensa anotación al artículo 1 y aludiendo al tránsito de la profesionalidad a la mera habitualidad, hay una expresión que a mí me parece que puede ser la clave del sentido expansionista del Derecho Mercantil, que pronto va a predominar, aunque algún autor (47) lo achaque al aire independentista del Derecho Mercantil debido al nuevo Código.

Como el tema es al menos discutible, prefiero transcribir sus palabras:

«Con arreglo al nuevo Código es bastante la condición de dedicarse de una manera habitual al comercio, para considerar como comerciantes para los efectos legales a las colectividades o individualidades a él consagradas. Se regirán, pues, por las disposiciones de este Código, los actos mercantiles de todas las personas, aunque su profesión o estado civil tenga otro carácter que el mercantil» (48).

Si la línea de los primeros tratadistas del Derecho Mercantil hubiera sido continuada, es muy probable que este breve artículo en torno a la discusión doctrinal referente a la discrepancia entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, seguramente no hubiera sido necesario escribirlo.

La razón estriba en una postura metodológica inicial de MARTÍ DE EIXALÁ y DURAN Y BAS que muy rápidamente fue abandonada por la doctrina posterior y, cuando congruente con ella, siguió en esa línea el Código de Comercio de 1885, ya la concepción de aquellos autores se había dado al olvido, aunque no habían transcurrido más que veinte años de 1865 a 1885 (49).

El olvido de la concepción peculiar de esos dos autores por la adopción mayoritaria de otra completamente distinta, que parecía aumentar el grado de independencia del Derecho Mercantil frente al viejo tronco del Derecho Privado, ocasionó la necesidad de salvar de alguna manera la aparente contradicción entre el texto de dos artículos del nuevo Código de Comercio, que ya no resultaban transparentes con los parámetros metodológicos que en aquellos momentos estaban presentes y desde los que en aquel momento

(46) MUÑOZ ORTIZ, JOSÉ, *Novísimo Código de Comercio, concordado y anotado*, Madrid, 1885, 2.^a edición, Madrid, 1889, pág. 22.

(47) En este sentido, BLANCO CONSTANS, FRANCISCO, *Estudios elementales...*, op. cit., pág. 133.

(48) Cfr. MUÑOZ ORTIZ, JOSÉ, *Novísimo Código de Comercio*, ..., cit., 2.^a edición, Barcelona, 1889, págs. 9 y sigs., nota 1.

(49) 1865, fecha de la 4.^a edición de la obra de MARTÍ DE EIXALÁ, adicionada por DURAN Y BAS; y 1885, fecha de promulgación del actual Código.

se actuaba, ya que habían pasado nada menos que treinta y siete años (50), y por eso era necesario encontrar una explicación válida para salvar con decoro intelectual la contradicción entre los textos de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, dando origen a una interesante discusión doctrinal.

Esa polémica doctrinal no hubiera siquiera surgido si los autores de Derecho Mercantil de la época hubieran tenido presente en sus publicaciones la segunda edición de una obra publicada en Valencia en 1916, del Catedrático de Derecho Mercantil de Barcelona, LORENZO BENITO, en la que se da la solución correcta (51), por mí patrocinada, a la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, aunque su expresión se vea alterada en su dicción literal por una disculpable errata contenida en el texto consistente en la sustitución de la palabra *contratos* por la de *actos*, errata perfectamente salvada por cuanto en la nota número 1 de la página inmediatamente anterior se transcribe correctamente el texto literal de los dos artículos en cuestión.

Los autores se lanzaron sobre esa disparidad de texto entre los artículos 2 y 50, elaborando diversas soluciones, y aunque alguno estuvo a punto de encontrar la verdadera solución (52), como la pista conductora estaba en un viejo texto universitario de 1865, que reproducía un texto anterior de 1848, es decir, treinta y siete años antes de la promulgación del Código de Comercio de 1885, que iba a crear la ocasión de la controversia doctrinal, ninguno de los autores coetáneos al Código de Comercio de 1885 reparó en esa pista, ninguno de ellos se preocupó de la lectura de la obra de LORENZO BENITO publicada en 1916, y tampoco se hizo eco del acierto de VICENTE Y GELLA en 1948, que hubiera evitado la polémica posterior.

Como he señalado, la pista es el planteamiento metodológico de la conjunción en una obra publicada en 1865 de MARTÍ DE EIXALÁ (53) (fallecido en 1857), y DURAN Y BAS (fallecido en 1907), cuando al hablar de las fuentes del Derecho Mercantil español mencionan entre ellas al Derecho Civil, congruentes con su concepción del Derecho Mercantil al que caracterizan «*por lo que tiene y sobre todo por lo que no tiene*», para explicar

(50) Desde 1848, fecha que publica MARTÍ DE EIXALÁ la 1.^a edición de su obra y la fecha del Código, 1885.

(51) Cfr. BENITO, LORENZO, *Manual de Derecho Mercantil*, 2.^a edición, volumen 1.º, Valencia, 1916, págs. 25 y 26.

(52) El autor que posteriormente acertó plenamente con la solución, fue VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN, en las págs. 81-83 del tomo I de su *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 2.^a edición, Zaragoza, 1948, opinión que no he visto citada en ninguno de los autores que se han ocupado del tema. La 1.^a edición es de 1944, aunque yo he manejado la 2.^a de 1948.

(53) La edición de esta obra se publicó cuando ya había fallecido MARTÍ DE EIXALÁ, hecho que ocurrió en 1857.

que «*lo que tiene*» son algunas normas excepcionales a la normativa usual del Derecho Civil y «*lo que no tiene*» es el Derecho Civil que va a funcionar como fuente suplementaria para rellenar los vacíos o lagunas del Derecho Mercantil.

A esta luz ya se ve ahora con claridad el camino que no se recorrió. La interacción entre Derecho Mercantil y Derecho Civil quedó frustrada cuando el Código de Comercio de 1885 no habla, no quiere hablar, de fuentes del Derecho Mercantil (54), sino que dice, muy bien dicho, por qué normas se regirán los actos de comercio en su artículo 2.

En el artículo 50, paralela y sistemáticamente, el Código de Comercio de 1885 sigue sin enumerar un sistema de fuentes del Derecho Mercantil, y se limita a decir, perfectamente bien dicho, por qué normas se regirán los contratos mercantiles, y constituiría una verdadera inconsecuencia con la línea que se pretendía mantener, que en esa materia se introdujera también a «los usos del comercio», que ya tienen su entrada normal por el camino del artículo 1.287 del Código Civil, sin necesidad de detenernos a etiquetar las diversas clases de usos como se hace con frecuencia (55).

4. RESUMEN DE LA POLÉMICA DOCTRINAL

La exposición resumida de las distintas posturas de la doctrina mercantil, podría hacerse así:

- La de quien cree que la divergencia entre los dos artículos fue fruto de una línea metodológica previamente diseñada e intencionada (56).

(54) No es exactamente lo mismo señalar expresamente las fuentes de una rama jurídica, a decir por qué normas se regirán una serie concreta de relaciones jurídicas.

(55) Acaso sería importante recordar, a estos efectos, lo sucedido con el Código de Comercio de 1829, en el que, pese al deseo expreso del Rey que lo promulga y al texto literal del Código, no va a ser reconocida la voluntad del Monarca ni tampoco la voluntad expresa del texto legal, para considerar como fuentes del Derecho Mercantil, precisamente a las que el Código de Comercio de 1829 expresamente deroga con las palabras siguientes: «y derogo todas las leyes, decretos, órdenes y reglamentos que regían hasta el día en las materias y asuntos de comercio, y especialmente todas las ordenanzas particulares de los Consulados del Reino, queriendo que se tengan para desde hoy en adelante por derogadas y revocadas, y que no produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él, y que solo se observe y cumpla cuanto en este Código va prescrito y decretado; que así es mi soberana voluntad, á cuyo fin he mandado despachar la presente cédula, que va firmada por mi Real mano, sellada con mi sello secreto, y refrendada de mi infrascrito Secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, que la comunicará a quien corresponda, y dispondrá cuanto convenga á su cumplimiento. Dada en Aranjuez á treinta de Mayo de mil ochocientos veintinueve. = Firmado de la Real mano de S.M. = YO EL REY. = Luis López Ballesteros».

(56) VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 2.^a edición, tomo I, Zaragoza, 1948, págs. 91-94.

- La de quien cree que la omisión de los usos en el artículo 50 no fue intencionada (57).
- La de quien dice que esos dos artículos son complementarios (58).
- La de quien no ve problema alguno entre esos dos artículos (59).
- La de quien se manifiesta partidario del artículo 50 y cree necesaria y urgente la derogación del artículo 2 del Código de Comercio de 1885 (60).
- La de los dos únicos autores que solucionan la controversia con acierto, desconocida por sus compañeros de especialidad (61).
- La de quienes utilizan el artículo 59 para dar prioridad al artículo 2 (62).
- La de quien resuelve la discrepancia a favor del artículo 2 (63).
- La de quien afirma que no existe contradicción por cuanto constituyen los usos de comercio una fuente peculiar del Derecho Mercantil (64).
- La de quienes aducen como fundamento el artículo 1.199 del Código de Comercio de 1829, sin tener presente que es un precepto derogado, y además, es un precepto procesal destinado a fijar la competencia jurisdiccional de un Tribunal suprimido (65).

(57) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, *Códigos de Comercio españoles y extranjeros y Leyes modificativas y complementarias de los mismos ó Estudios fundamentales de Derecho Mercantil Universal*, tomo I, Madrid, 1909, págs. 232 y sigs.

(58) ESPEJO DE HINOJOSA, RICARDO, *Tratado teórico y práctico de Derecho Mercantil*, 5.ª edición, Valencia, 1921, págs. 128-129.

(59) GAY DE MONTELLA, *Código de Comercio Español Comentado*, I, Barcelona, 1936, págs. 19 y sigs., esp. págs. 25-26, 50-51; GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2.ª edición, Madrid, 1948, págs. 44-45; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950, págs. 219 y sigs., esp. pág. 221; URÍA, *Derecho Mercantil*, 17.ª edición, Madrid, 1990, pág. 18.

(60) RUBIO, JESÚS, «Sobre el concepto de Derecho Mercantil», en *RDM*, 1947, núm. 12, págs. 371-372.

(61) BENITO, LORENZO, *Manual de Derecho Mercantil*, 2.ª edición, volumen 1.º, Valencia, 1916, págs. 25-26; VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, I, 2.ª edición, Zaragoza, 1948, págs. 81-83.

(62) CASTRO MELIJE, DELGADO HERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ LÓPEZ, ROMÁN PUERTA LUIS y VILLANUEVA GALLEGÓ, *Código de Comercio y Legislación complementaria*, Madrid, 1986, pág. 34.

(63) GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, *Comentarios al Código de Comercio*, 2.ª edición, tomo I, Madrid, 1925, pág. 29; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª edición, Madrid, 1990, pág. 64; ALFARO ÁGUILA-REAL, «La función de los usos en el Código de Comercio», en *RDM*, 1992, núm. 205, págs. 419-444, esp. pág. 432.

(64) VICENT CHULLA, *Introducción al Derecho Mercantil*, 6.ª edición, Valencia, 1993, pág. 35.

(65) Artículo 1.199: «La jurisdicción de los tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de actos de comercio».

La postura aquí defendida sigue sustancialmente la de VICENTE Y GELLA, que considero un notable acierto por él mismo, no suficientemente argumentado, y coincide en parte con la de RUBIO, en cuanto se revaloriza el artículo 50 del Código de Comercio de 1885, pero se discrepa de ella en cuanto que en vez de considerar «necesario y urgente» la derogación íntegra del artículo 2 del mismo Código, se considera suficiente someterlo a sus propios límites sin necesidad de derogación alguna, como se verá en el siguiente epígrafe.

5. LA SOLUCIÓN DE LA DISPARIDAD

Dentro de las normas por las que según el Código de Comercio de 1885 se rige la materia mercantil, se hacen dos grupos. En el primero, contenido en el artículo 2, se señala que *«los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común»*.

En el segundo, contenido en el artículo 50, se señala que *«los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común»*.

El artículo 2 pertenece al Título Primero, referente a los comerciantes y a los actos de comercio.

El artículo 50 pertenece al Título Cuarto, referente a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio.

No se alcanza en base a qué criterio de interpretación sistemática es conveniente dar el salto desde el Título IV al Título I, cuando cada uno de ellos tiene un claro contenido distinto, como no sea para sostener una afirmación que sin ese recurso resulta insostenible, a no ser que se acepte la imprecisión de considerar semántica y jurídicamente que los términos lingüísticos, actos y contratos son de idéntica significación y absolutamente equivalentes.

Con esto el Código ha resaltado la existencia de dos campos normativos distintos dentro de la unidad de la materia mercantil, uno, constituido por los actos de comercio que seguirán la normativa fijada en el artículo 2, y el otro, constituido por los contratos y sus incidencias y la capacidad de obrar de los contratantes, que seguirán la normativa fijada en el artículo 50, y los dos campos integran la materia mercantil, sin plantearse siquiera la trascendental tarea de delimitar el carácter mercantil o civil de las normas implicadas en

uno u otro campo que, por el solo hecho de regir un caso concreto, no cambian de naturaleza ni de sede.

Esta disparidad de tratamiento, voluntaria y deliberada del Código de Comercio de 1885, fue desconocida por los autores coetáneos al Código de 1885, probablemente en su búsqueda de mantener una independencia del Derecho Mercantil frente al Derecho Civil, quienes discrepando de los primeros autores que escribieron en tiempos del Código de 1829 con gráfica postura, quizá por ser uno Catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Criminal (MARTÍ DE EIXALÁ), y el otro, Catedrático de Derecho Mercantil y Penal (DURAN Y BAS), fueron capaces de acuñar la frase «*de lo que tiene y sobre todo de lo que no tiene*», apostando por una interacción entre ambas disciplinas, en la cual ninguna tenía nada que perder, desarrollada en torno a la doble base de la «*escepcionalidad*» de alguna norma concreta del Derecho Mercantil a la solución del caso en una norma de origen civil, y la «*supletoriedad*» del Derecho Civil para cubrir los vacíos existentes en el naciente Derecho Mercantil.

La polémica doctrinal se inicia en el año 1909 y llega hasta 1992 (66), aunque ya en el año 1916 se publica por LORENZO BENITO (67), y más tarde en 1948 por VICENTE Y GELLA (68), la postura que yo defiendo, si bien la polémica continuó (69), lamentablemente sin haberse tenido en cuenta suficientemente las obras de estos dos autores.

Con lo dicho hasta ahora queda suficientemente claro, a mi juicio, una doble conclusión: el Código de Comercio de 1885 no habla de fuentes, sino de la existencia de dos campos normativos distintos dentro de la unidad de la materia mercantil, y a cada uno le atribuye una normativa para que lo rijan.

Es perfectamente lógico que la normativa referente a los actos de comercio se encuentre en el Libro Primero y en su Título Primero, cuyo epígrafe propio es «De los comerciantes y de los actos de comercio», y que el Título IV del mismo libro lleve como epígrafe, «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», pues está dedicado a una materia distinta a la que, congruentemente, se le aplica una normativa diferente.

No hay razón alguna, ya sea lógica o sistemática, para pretender desconocer, ante la taxativa regulación legal, que esa diferencia de normas rectoras para cada campo tiene una justificación clara y precisa que consiste, lisa y llanamente, en que se ha querido establecer una normativa para los actos

(66) Año que publica ALFARO ÁGUILA-REAL, «La función de los usos en el Código de Comercio», *op. cit.*

(67) BENITO, LORENZO, *Manual...*, 2.^a edición, volumen 1.º, *op. cit.*, págs. 25-26.

(68) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho...*, 2.^a edición, *op. cit.*, págs. 81-83.

(69) Conviene recordar, a todos los efectos, a los que escriben sobre el tema con posterioridad: LANGLE, CASTRO MEIJIDE, DELGADO HERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ LÓPEZ, ROMÁN PUERTA LUIS, VILLANUEVA GALLEGO, ALFARO ÁGUILA-REAL y VICENT CHULIÁ.

y otra para los contratos, pues de lo contrario lo que se está haciendo es abandonar una norma concreta y específica para buscar, tres títulos más atrás (70) y fuera de contexto, una norma que aplicar para tratar de apuntalar una postura insostenible.

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

(70) El artículo 2 del Código de Comercio de 1885, pertenece al Título I, que lleva por epígrafe general «De los comerciantes y de los actos de comercio», mientras que el Título IV lleva como epígrafe general «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», con lo cual las reglas generales referentes a la interpretación sistemática sufren una agresión muy poco frecuente en la doctrina.