

CAPÍTULO PRIMERO

HACIA LA RAÍZ DEL ARTÍCULO 2082 DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO

I. PRODUCCIÓN E INTERCAMBIO

“Es *empresario* quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de *producir* o de *intercambiar bienes o servicios*”: de este modo el art. 2082 de nuestro Código Civil define las características específicas del sujeto-empresario.

Esta definición –que no es tarea nuestra analizarla detalladamente¹– tiene su punto de apoyo en la *actividad*: el empresario es aquel que “ejercita profesionalmente una actividad económica”. Este cometido se expresa en los términos de dos acepciones alternativas: de *comportamiento* (“de la *producción* o del *intercambio*”) y de *objeto* (“de *bienes* o de *servicios*”).

¹ A quien desee hacerlo por su cuenta no le faltarán los instrumentos; esencialmente podrían ser estos: Ferrara-Corsi, *Los empresarios y la sociedad*, 27 ss.; Braco, *La empresa*, 8 ss.; Buonocore, *Empresarios*. Estas obras se encuentran en la bibliografía del capítulo.

La primera de estas dos alternativas (producción/intercambio) equipara, para los efectos de la calificación como empresario, los dos grandes "momentos" de la actividad de empresa: el *industrial* (al que hace referencia el término "producción") y el *comercial* (al que el Código alude con el término "intercambio"); momentos que, sin embargo, quedan "naturalmente" diferenciados y no confundibles entre ellos, también si son funcionalmente vinculados con referencia al *mercado*, que es (no puede no ser) el "lugar" en el cual y por el cual producción e intercambio asumen significado y valor.

No obstante, esta equiparación formal de los dos momentos (de la producción y del intercambio) realizada por el legislador de 1942, un hecho permanece cierto: si debiéramos –tal vez más "sentimentalmente" que racionalmente– compilar una especie de "graduatoria" entre los diferentes sujetos (o las diferentes actividades) que pueden ser incluidos en esta definición del art. 2082, la reflexión envolvería ante todo la "producción de los bienes" (y de los "servicios") y sólo en un segundo momento a la producción se agregaría, como función sucesiva (y sobre todo *instrumental*), la del *intercambio*. En otros términos, cuando se piensa en las posibles *funciones típicas* de la empresa (o, para mantener la lógica de la definición codificada, en las *actividades típicas del empresario*), la "comercialización" del "producto" es comprendida como secundaria respecto a su "producción", es decir, el *comercio* como función *auxiliar* respecto a la *industria*. Esta, que podríamos llamar una "jerarquía *natural*" entre industria y comercio

(usando la terminología del Código, diremos: entre momento de "producción" y momento de "intercambio"), en realidad no es *natural*, sino resulta como una consecuencia de un conjunto (de funciones y de estructura) que nuestra sociedad asumió después de la Revolución Industrial; de esto hablaremos luego un poco más en extenso.

II. DEL "COMERCIANTE" AL "EMPRESARIO"

Para entender correctamente el significado y el valor de esta definición, incluida en el art. 2082, es necesario reconstruir, en síntesis, su historia a través del examen de los antecedentes legislativos más recientes (a la perspectiva más extensa, a las raíces históricas más profundas de esta fórmula legislativa, está dedicada toda la primera parte de este curso).

El punto de partida indispensable es el *Code de Commerce* (*Código de Comercio*) *napoleónico*², donde, en el art. 1, está escrito que "son *comerciantes* aquellos que ejercitan *actos de comercio* haciendo de ellos su *profesión habitual*"³.

La fórmula puede ser entendida adecuadamente sólo si se lee, no como descripción codificada y agotadora de un sujeto típico (el comerciante), sino como la constitucionalización de una discontinuidad "revo-

² Para el cual es suficiente dirigirse a Padoa-Schioppa, *Saggi*, 89-112.

³ Article Premier. *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle.* (Artículo Primero. Son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual).

lucionaria". En cuanto a la definición, de hecho, ésta se reduce a una inútil tautología: decir que es comerciante quien ejercita actos de comercio, sin preocuparse después ni siquiera de entregar una definición ni un listado de estos actos, en realidad no tiene mucho significado.

El verdadero sentido de esta afirmación —que, si bien está desprovista de un contenido normativo preciso, sin embargo, abre así, en tono intencionalmente solemne, el *Código de Comercio* de la Francia posrevolucionaria— puede ser entendido solamente no olvidando que desde los *Cahiers de doléances* de 1789 (*Cuadernos de los reclamos*) el movimiento revolucionario había solicitado la afirmación de aquella *libertad de comercio* que el *Ancien Régime* (*Antiguo Régimen*) desde siempre había negado⁴.

El art. 1 del *Código de Comercio* solamente quiso ser la deseada cancelación de toda referencia a la vieja identificación, apreciada por la ideología del *Antiguo Régimen*, del mercante con el miembro de una Corporación: la *Ordonnance de commerce* (*Ordenamiento de comercio*) de 1673 había establecido que para llegar a ser *marchand* (*mercante*) se tenía que hacer el aprendizaje con *maître* (*maestro*) (a no ser que fuese hijo de un mercante, en tal caso se gozaba del privilegio de evitar este noviciado en la *mercatura*) (Tit. I, art. 1); que, después del aprendizaje, todavía tenía que quedarse con el mismo *maestro* del cual había aprendido o con otro mercante de la misma profesión (esta antecámara no

⁴ Padoa-Schioppa, *Saggi*, 65.

podía ser evitada ni por el hijo del mercante, no obstante que él había sido exonerado del aprendizaje) (Tit. I, art. 2); y que solamente quien, habiendo cumplido la edad mínima de veinte años, pudiera exhibir las pruebas documentales de todo el *curriculum* hecho, tendría el título para ser admitido entre los mercantes⁵.

Era, como se ve, una estricta regla de cooptación aquella que determinaba —con exclusiva referencia a la adquisición de una calificación subjetiva formal (aquella de mercante, por supuesto)— la pertenencia de un determinado sujeto a una estructura corporativa y la aplicabilidad, respecto a él, de las reglas especiales dictadas a favor de los mismos mercantes⁶. En el clima "nuevo", que la Revolución había instaurado, en cambio, debía y podía contar, ya no el *privilegio* de una pertenencia a veces atávica a la agrupación corporativa, sino el *hecho* de cumplir, por *libre elección profesional*, actos de comercio.

Dicha lectura de la fórmula codificada, que desee justamente tener en la debida consideración aquellos ánimos "revolucionarios" de los cuales ciertamente los códigos napoleónicos estuvieron empapados, sin embargo, no olvidaba que esta definición —puesta a propó-

⁵ Ordenanza de comercio, 23 marzo 1673, Tit. I, art. 3. "Ninguno será aceptado como comerciante que no tenga veinte años cumplidos y no tenga el certificado de aprendizaje de servicio hecho después" (en: Isambert-Taillandier, *Recueil general des anciennes lois françaises*, París, 1822-1833, XIX, 93).

⁶ Como veremos más adelante (*infra.*, cap. II, XI), esta regla de privilegio corporativo y de cooptación era sesgada y se había consolidado en la ciudad mercantil de la Edad Media).

sito al inicio del Código— significaba también que todo el sistema codificado del derecho mercantil tenía en el *comerciante* su punto de referencia fundamental, y que, al fin y al cabo, el derecho comercial era (según una tradición que se remonta a la esencia de la Baja Edad Media aun viva en la Francia “revolucionaria”) un *ius speciale mercatorum* (un especial derecho de los mercantes).

Se trata, en todo caso, de una definición —digamos así— “vacía”, hecha *per relationem* (con referencia a otro parámetro): es *comerciante* —dijeron los codificadores— quien cumple *profesionalmente* (es decir, *no ocasionalmente*) actos de comercio (*atti di commercio*). Sólo al definir (o, por lo menos, al registrar en el modo más completo) los “actos de comercio” habría sido posible completar la definición de *comerciante* y darle un contenido concreto. Los codificadores napoleónicos nunca pensaron en completar esta definición cuando redactaron el art. 1. Ciertamente no se trató de un *lapsus*, sino de un desinterés perfectamente comprensible porque no les era necesario dar, a la solemne constitucionalización de una instancia revolucionaria, el contenido y la coherencia de una ordinaria definición normativa.

La exigencia (en sí obvia) de completar la definición, aquellos codificadores la sintieron en otro lugar, en donde faltaba la urgencia de la discontinuidad respecto al pasado: fue cuando —después de haber establecido que los “los Tribunales de comercio conocerán las controversias relativas a los actos de comercio”: art. 631, n. 2⁷—

⁷ 631. “Le tribunaux de commerce connaîtront (...) 2° entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce”.

el Código propició al listado de aquellos que “la ley considera como actos de comercio”⁸.

Es un listado que, a nuestros ojos, puede aparecer —aunque no del todo arbitrario— por lo menos redactado en un modo un poco confuso: en el art. 632 aparecen, en primer lugar: “las compras de productos agrícolas y mercancías para revenderlos sea en estado natural así como después de haberlos trabajado o procesado o también sólo para darlos en alquiler”, a lo cual se agrega: “las empresas de manufacturas, de comisiones y de transportes por tierra o por agua”, y después los “suministros”, las “agencias”, las “oficinas de negocios”, los “establecimientos de venta por subasta” y de “espectáculos públicos”, las “operaciones de cambio, bancos y mediación” y así sucesivamente⁹.

Inmediatamente después, pero en un lugar —por lo menos formalmente— separado (art. 633), el Código enumeró, igualando a los primeros el tratamiento (en lo concerniente a la competencia de los Tribunales de comercio y a la calificación subjetiva de *comerciante*), los “actos de comercio”, vinculados con la navegación (sea por mar o en las aguas internas)¹⁰.

⁸ 632. *La loi répute actes de commerce (...)*.

⁹ 632. (...) “*Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l’usage; - Toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau - Toute entreprise de fournitures, d’agences, bureaux d’affaires, établissements de vente à l’encan, de spectacles publics; - Toute opération de change banque et courtage; - Toute les opérations de banques publiques (...)*”.

¹⁰ 633. “*La loi répute pèrillement actes de commerce; - Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiment pour la navi-*

Además de cada posible realce acerca de la coherencia sistemática de estas normas napoleónicas¹¹, una constatación aparece inmediatamente obvia (y muy importante para nosotros): en todo el listado de los actos a los cuales el Código asigna la calificación de “comerciales”, el momento de la “producción” aparece absolutamente *secundario* (desearía casi decir: *olvidado*) respecto de aquello –propiamente y rigurosamente “comercial”– del “intercambio”: la “elaboración” de productos agrícolas y de las mercaderías aparece en una posición secundaria respecto a la operación claramente “principal” del “comprar para revender”; y la “manufactura” (citada solamente en el segundo lugar del listado, junto a la comisión y al transporte) aparece –entre todas las operaciones típicas enumeradas– la única completamente atingente al específico sector de la “producción”.

Solamente en el art. 633 –dedicado a los “actos de comercio” propios de la navegación– encontramos en primer lugar (pero junto a la compraventa, insistente-

gation intérieure et extérieure; - Toutes expéditions maritimes; - Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillement; - Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer (...)”.

¹¹ Naturalmente los intérpretes del Código no tuvieron dificultad al utilizar el listado de los actos de comercio contenidos en los artículos 632 y 633 para completar la definición así evidentemente elíptica del art. 1, que podía así también volver a encontrar su coherencia de norma ordinaria codificada.

Como veremos pronto, esta (por lo menos formal) anomalía sistemática resulta corregida en el Código de Comercio del Reino de Italia de 1865.

mente citada: “compras, ventas y reventas”) la mención de la construcción de buques (que es actividad típicamente “industrial”): la cosa se explica con facilidad, si se tiene en mente que la industria construcción naviera había sido organizada muy tempranamente (por motivos obvios conectados directamente a las técnicas de elaboración) en modo de realizar “dimensiones excepcionales sea por concentración de trabajo que por concentración de capital”¹².

Estas normas napoleónicas, que como tales ya habían tenido –aunque con algunos desafortunados contrastes– vigencia en Italia¹³, se encuentran, sustancialmente inmutadas, en el *Codice di Commercio del Regno d'Italia* (Código de Comercio del Reino de Italia) de 1865¹⁴, que –por lo menos en esta materia– fue casi una traducción literal del Código napoleónico. La única diferencia del Código italiano respecto al ejemplar francés fue una ubicación distinta de las normas: el art. 1 tradujo literalmente la homóloga norma napoleónica –“son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual”– mientras que en el art. 2 (que tradujo sustancialmente los artículos 632 y 633 del Código de Comercio) fueron enumerados los

¹² Cipolla, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, 132.

¹³ Sciumè, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico*.

¹⁴ Perfectamente contemporáneo del Código Civil: aprobado por Víctor Manuel II con decreto real del 25 de junio de 1865 y entrado en vigencia el 1 de enero de 1866. El *Código de Comercio para los Estados de S.M. el Rey de Cerdeña* de 1842 no había, para esta materia, innovado para nada respecto al modelo napoleónico.

“actos de comercio”, para completar así, en el mismo lugar en donde se trata la materia (*sedes materiae*), la definición de comerciante¹⁵.

No se trató, por supuesto, de un puro y simple “mejoramiento” de la disposición sistemática de las normas, aunque la colocación del listado de los actos de comercio pueda aparecer de por sí más correcta, siendo puesta como una forma de completar la primera y fundamental definición del comerciante que siendo

¹⁵ “Son actos de comercio: 1) Las compras de productos agrícolas y mercancías para revenderlos sea en estado natural sea después de haberlos trabajado o puestos en obra o también sólo para darlos en alquiler. Por otra parte no es acto de comercio la compra de productos agrícolas y de mercancías hechas para uso familiar, a menos que no exceda las necesidades de ésta, ni la reventa que después se hiciera de las materias primas; 2) Las empresas manufactureras, de comisiones y de transportes por tierra o por agua; 3) Las empresas de suministros, de agencias, de oficinas de negocios y de espectáculos públicos; 4) Las operaciones de cambio y de mediación; 5) Las operaciones bancarias; 6) Las letras de cambio, los avales, las resacas y sus endosamientos, válidamente hechas entre todo tipo de personas; 7) Los cheques a la orden suscritos también de personas no comerciantes, con tal que dependan de causas comerciales, los avales y los endosos de los mismos; 8) Las empresas fabricantes y de construcción, si el empresario provee los materiales; 9) Las empresas de construcción y las compras, las ventas o reventas de naves para la navegación interna o externa; 10) Las expediciones marítimas; 11) La compra y la venta de aparejos, equipos y suministros para la navegación; 12) Los arriendos, los préstamos marítimos y los otros contratos relativos al comercio en el mar; 13) Las convenciones para las mensualidades tarifarias del equipaje; 14) Los alistamientos de la gente de mar al servicio de naves comerciales; 15) Los seguros marítimos, también recíprocos; 16) Los seguros terrestres, cuando no sean recíprocos, y solamente respecto al asegurador; 17) Las compras y las ventas de las acciones de sociedades comerciales”.

relegada a definir la competencia por materia de los tribunales de comercio.

En realidad los redactores del Código de Comercio del Reino de Italia no debían proclamar ninguna “verdad” revolucionaria que impusiese elecciones sistemáticas semejantes a aquellas hechas más de medio siglo antes por los codificadores franceses. También aquí, en el *Código*, el listado de los actos de comercio dejaba claramente en una posición secundaria la producción respecto al intercambio, es decir, la industria respecto al comercio.

El Código de 1865 fue mucho menos longevo que el coetáneo *Codice Civile* (*Código Civil*), y fue sustituido, en 1882, por un nuevo *Código de Comercio*¹⁶. Este nuevo Código reformó profundamente su parte general respecto al precedente: el *Primer libro* se abrió no con las normas relativas a los “comerciantes”, sino con aquellas sobre los “actos de comercio”, seguidas inmediatamente de las relativas a los comerciantes.

La nueva ubicación sistemática de los primeros tres *Títulos* del *Primer libro* del Código¹⁷ tenía un significado preciso: quería decir que el criterio de la individualización del derecho comercial —como parte autónoma del ordenamiento, provista de sus propios principios y (por lo menos entonces) de su propio sistema legisla-

¹⁶ Aprobado por Umberto I por decreto real del 31 de octubre de 1882 y entró en vigencia el 1 de enero de 1883. Para la (compleja) formación de este Código se puede remitir a la acabada y muy precisa reconstrucción de Padoa Schioppa, *Saggi*, 156-203.

¹⁷ Título I, *Disposizioni generali* (artículos 1 y 2); Título II, *Degli atti di commercio* (artículos 3-7); Título III, *Dei commercianti* (artículos 8-20).

tivo codificado— ya no era dado por la figura típica del sujeto destinatario de las normas del derecho comercial —es decir por el *comerciante*—, sino por el objeto, igualmente típico, que aquellas normas eran destinadas a disciplinar, es decir por el *acto de comercio*.

El derecho mercantil dejaba de ser *ius mercatorum* (*derecho de los mercantes*) y se transformaba en *ius mercaturae* (*derecho del mercado*): esta tendencia, que se dice que ya advertía Napoleón, llegaba así a su cumplimiento formal¹⁸. Dicha innovación, que ciertamente no tiene un pequeño valor y en general viene destacada como “*objetivización del derecho comercial*”¹⁹, no cambió de manera fundamental en nada las normas codificadas bajo el perfil que nos interesa. El art. 3 del Código de Comercio de 1882 de hecho contenía un listado muy extenso de veinticuatro categorías de “*actos de comercio*”²⁰, donde prevalecían por completo los

¹⁸ Ferrara-Corsi, *Gli imprenditori*, 6 ss.; Galgano, *Storia*, 86 ss.

¹⁹ G. Ferri, voz *Derecho comercial*, 922 ss.

²⁰ 3. “La ley considera actos de comercio: 1) Las compras de productos agrícolas y mercancías para revenderlos sea en estado natural sea después de haberlos trabajado, de haberlos procesado o puestos en obra o también sólo para darlos en alquiler, e igualmente la compra por reventa de obligaciones del Estado o de otros títulos de créditos que circulan en el comercio; 2) Las ventas de productos agrícolas, las ventas y los alquileres de mercancías, en estado natural o trabajados y las ventas de obligaciones del Estado o de otros títulos de crédito que circulan en el comercio, cuando la adquisición haya sido hecha con la finalidad de reventa o de alquiler; 3) Las compras y las reventas de bienes inmuebles, cuando sean hechas con la finalidad de especulación comercial; 4) Los contratos de reporto (es decir, compraventa de títulos valores) de las obligaciones del Estado u otros títulos de créditos circulantes en el comercio; 5) Las compras y ventas de cuotas o de acciones

comportamientos del intercambio respecto a aquellos de la producción (el n. 1 se refería a la reventa de productos agrícolas y de las mercaderías “*después de haberlos procesado*”; en el n. 7, se recordaba la actividad edilicia; en el n. 8, la “*empresa de manufactura*”; en el n. 10, la actividad de edición tipográfica; en el n. 14, la industria de construcción de naves).

Del *Código de Comercio* francés a aquel italiano de 1882 la línea de continuidad aparece, por lo tanto, clarísima: ya sea en el caso en que el centro del sistema fuese dado por el sujeto-comerciante (*Código napoleónico* y *Código de 1865*), ya sea en el caso en que éste fuese trasladado desde el sujeto al objeto-acto de comercio (*Código de 1882*), siempre permanecía firme e impo-

de sociedades mercantiles; 6) Las empresas de suministros; 7) Las empresas de fabricación o construcción; 8) Las empresas de manufacturas; 9) Las empresas de espectáculos públicos; 10) Las empresas editoriales, tipográficas o de comercio de libros; 11) Las operaciones de banca; 12) Las letras de cambio y las órdenes en productos agrícolas; 13) Las empresas de transporte de personas o de cosas por tierra o por agua; 14) La construcción, la compra, la venta y la reventa de naves; 15) Las compras y las ventas de aparejos, equipos y vituallas, combustibles y otros objetos de armamento para la navegación; 16) Las expediciones marítimas; 17) Los enrolamientos de la gente de mar al servicio de naves comerciales y los acuerdos para las mensualidades tarifarias de la tripulación; 18) Los contratos de fletamento, los préstamos marítimos y los otros contratos relativos al comercio en el mar y a la navegación; 19) Los seguros, también recíprocos, contra los riesgos de la navegación; 20) Los seguros terrestres, también recíprocos, contra los daños y de vida; 21) Las empresas de comisiones, de agencias y oficinas de negocios; 22) Las operaciones de mediación en negocios de carácter comercial; 23) Los depósitos por causa de comercio; 24) Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones relativas a los certificados de depósito y a los bonos de prenda (*warrant*) entregadas por ellos”.

nente la prevalencia de las actividades de intercambio y de intermediación respecto a aquellas de producción. El derecho *comercial* era y se mantenía rigurosamente como tal: un complejo de normas destinadas a regular, en primer lugar y casi exclusivamente, el comprar para el revender.

Esta tradición aparece del todo infringida con el Código Civil de 1942, en el cual ya *no* se habla, en el contexto de una definición "general" (art. 2082), ni de *comerciante* ni de acto de *comercio*, sino de un "empresario" sin posteriores calificaciones, cuya actividad, en primer lugar es aquella de la "producción" y sólo en segundo lugar la del "intercambio".

La relación entre comercio e industria aparece así —aunque sin cambios formales y declarados— sustancialmente invertida. La razón de este cambio de perspectiva, en el cual se inspira el legislador de 1942, respecto a sus inmediatos predecesores y a toda la tradición precedente (de los cuales nos ocuparemos a continuación), no debe buscarse *dentro* del sistema del ordenamiento codificado y de sus "razones técnicas". La razón está *fuera* del ordenamiento, la encontramos en la *sociedad*, de la cual el ordenamiento debía proporcionar las estructuras: y es la *Revolución industrial*²¹. El rostro económico, y no sólo el económico, de Europa (y del mundo entero), es transformado radicalmente entre fines del siglo XVIII y la segunda mitad del siglo XIX: la

²¹ A este gran y complejo acontecimiento está dedicada una extensa bibliografía que sería inútil de citar aquí: bastará recordar a quien desee profundizar, el vol. VI, tomos 1 y 2 (*La revolución industrial y sus desarrollos*) de la *Historia económica de Cambridge*.

vieja estructura, que había tenido en el "mercante" su punto fuerte, es desplazada en pocos decenios y sustituida por un panorama económico nuevo en el cual la protagonista es la industria y su producción en masa. El empresario-tipo dejó de ser el mercante, *recolector* del producto de miles de pequeños productores, que después venía revendido en mercados frecuentemente lejanos, para transformarse en el industrial capaz ante todo de producir y después de imponer su producto en el mercado.

Se trató de una revolución de vastísimas proporciones, de las cuales todavía hoy no parece concluido el "ciclo vital", que con autoridad (y justamente) fue comparada con aquella de la Edad neolítica²².

El jurista puede registrar la conmoción de este terremoto en su pequeño universo, cuando nota aquel radical cambio en los puntos de referencia entre los códigos de comercio decimonónicos (*Código de Comercio* y códigos italianos de 1865 y de 1882) y aquellos de nuestro siglo (Código Civil de 1942, art. 2082): el ocaso del "comerciante" y la afirmación, sólida y definitiva, de la "producción" respecto del "intercambio".

III. DERECHO COMERCIAL Y DERECHO INDUSTRIAL

Este radical cambio de perspectivas y de términos de referencia, que innovó tan profundamente el Código Civil de 1942, respecto a una tradición legislativa que había permanecido constante desde el Código napo-

²² Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 291 ss.

leónico al Código de Comercio de 1882, con el tránsito de la figura típica del “comerciante” a aquella del “empresario”, tuvo lugar por causa de la convergencia de dos acontecimientos, incomparables entre sí por sus dimensiones, pero ambos en su género potencialmente capaces de transformar el entero sistema del derecho comercial.

En primer lugar, se debe considerar la “Revolución industrial”²³: este acontecimiento, de proporciones continentales en un primer momento (con orígenes en Inglaterra desde donde se difundió rápidamente por toda Europa) y después mundiales, transformó desde la raíz la estructura económica y social de los países en que se llevó a cabo, concentrando la producción en las industrias, y con ellas también los hombres llamados a realizarla (la “clase obrera”), los medios económicos (capitales frecuentemente enormes) destinados a hacerla posible, y las ganancias que, de la suma de todos estos “factores”, se podían reunir.

Fue grande la discontinuidad entre este nuevo orden y la precedente estructura social, también, si es verdad que “si se desea buscar los orígenes de la Revolución industrial es necesario volver a encontrarse con aquel movimiento de ideas y de estructuras sociales que acompañó el surgimiento de las Comunas urbanas (...) entre los siglos XI y XIII”, cuando el lugar del caballero y del monje fue tomado por el mercante, el profesional y el artesano²⁴”.

²³ Mori, *La rivoluzione industriale*.

²⁴ Cipolla, *Storia economica dell'Europa*, 293.

El nuevo se injertó en un viejo tronco aún fuerte, cierto; pero el resultado de este injerto fue una estructura social (más bien dicho, en primer lugar, una cultura)²⁵ profundamente renovada; esta renovación tuvo su “acontecimiento-símbolo” en la “entrega del testimonio” entre dos protagonistas: el *mercante* –que había dominado la escena desde la edad de las Comunas– y el *industrial*, que era llamado a dominar la nueva edad. El cambio de las fórmulas definitivas codificadas, con el tránsito de aquellas del art. 1 del Código napoleónico y del Código de Comercio de 1865, que encontraban confirmación en el (colocado distintamente) art. 8 del Código de 1882²⁶ a aquella del art. 2082 del Código de 1942, no es otro que la “traducción” en términos de ordenamiento jurídico de aquellos profundos cambios que habían acaecido en la sociedad²⁷.

El segundo “evento” –más modesto y mucho menos directamente relevante que el primero, pero no insignificante– que debe tenerse presente para evaluar la novedad de la definición contenida en el art. 2082 del Código de 1942 es dado por la unificación legislativa, que precisamente se llevó a cabo en 1942 entre dere-

²⁵ Landes, *Cambiamenti tecnologici e sviluppo industriale nell'Europa occidentale*.

²⁶ “Son comerciantes aquellos que ejercitan actos de comercio por profesión habitual, y las sociedades comerciales”. Una diferencia, en verdad, existe entre la fórmula utilizada por el legislador de 1865 y aquella contenida en el Código de 1882: es la afirmada igualdad, para los efectos del reconocimiento de la calidad de comerciante, entre empresarios individuales y la sociedad comercial. Pero no es el caso de profundizar ahora.

²⁷ De estos problemas se ha discutido en la parte general del curso: cfr. Santarelli, *L'esperienza giuridica basso-medievale*, 31 ss.

cho civil y derecho comercial: dos códigos, que desde Napoleón habían estado separados entre sí —no por un arbitrio del legislador, sino en observación a una diferencia y a una “especialidad” de la cual desde siempre la conciencia jurídica europea había estado profundamente convencida—, confluyeron en un solo Código.

Es una operación que ha generado largas discusiones y de la cual se han hecho muchas y diversas evaluaciones²⁸. Ciertamente se puede decir que con ella se quitaba al derecho comercial el más vistoso (y en el fondo indiscutible) título de especialidad, al punto que, desaparecido el clima político en el cual la unificación se había cumplido, las áreas se dividieron entre quienes demandaban que se regresara a la antigua diferenciación entre los dos códigos y quienes pretendían que se reconociera el final de un derecho comer-

²⁸ Ferrera-Corsi, *Gli imprenditori*, 11 ss; Bracco, *L'impresa*, 66 ss.; Ferri, voz *Diritto ommerciale*, n. 5; Galgano, *Storia*, 103 ss. De este trabajo existe una reedición con el título cambiado —*Lex mercatoria*, Bologna, 1993— pero sin ninguna diferencia sustancial respecto a la edición citada acá. Desde una perspectiva más amplia Ascarelli, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato della unificazione*; Id., *Natura e posizione del diritto commerciale* (donde está puesto con gran lucidez en términos generales el problema de la “comercialización” del derecho privado). Aparece, de todos modos, precipitado y lleno de prejuicios de naturaleza “ideológica”, el deseo de quien quisiera reducir la unificación legislativa del derecho privado en la Italia de 1942 a una operación reaccionaria del régimen fascista. Es un tema, que merece una seria y documentada profundización: para una primera aproximación cfr. Grossi, *La scienza del diritto privato*, 65 ss y 187 ss y Santarelli, *Un illustre (y apartado) foglio giuridico*, 695. Por último, y con una vasta discusión sobre la cual acá no podemos extendernos, Teti, *Codice civile*.

cial autónomo, no sólo como sector del ordenamiento, sino como provincia separada del saber jurídico.

En esta dirección el tránsito de la noción de *comerciante* (o de acto de *comercio*) —en cuyo ámbito el momento del intercambio prevalecía sobre aquel de la producción— a aquella de *empresario* —en la cual el acento aparece claramente trasladado a la figura del *industrial* respecto al comerciante— podía aparecer decisiva para rediseñar de una forma totalmente nueva el mapa de todo el sistema de derecho privado.

Si verdaderamente la unificación legislativa era un hecho consumado en el sistema del Código y en la común conciencia jurídica, y si, por otra parte, la Revolución industrial ya había impuesto la sustitución del antiguo comerciante por el empresario (y de esto aparecía en primer lugar la *especie* del industrial), era lógico que la experiencia jurídica se adaptase completamente a esta novedad que la historia imponía: es decir, que al interno del sistema, ahora unificado, de las obligaciones, asumían un nivel autónomo y diferenciado las normas dictadas para la empresa industrial y aquellas destinadas a gobernar los hechos de comercio, y por lo tanto que no todo el derecho de la empresa quedaba marcado con la antigua (y ya no más significativa) calificación de “*comercial*”.

IV. UN VOCABULARIO ANTIGUO Y RESISTENTE

Este último paso sobre la vía de una “racionalización del sistema”, en realidad no se ha cumplido. A pesar de la unificación legislativa, y no obstante el profun-

do cambio introducido por la Revolución industrial, la autonomía del derecho "comercial" se ha conservado y reafirmado²⁹ como autonomía científica, no radicada en una mera "convención entre doctos" o relegada al solo hecho de organización didáctica, sino reconocida como ineludible consecuencia de la "naturaleza de las cosas".

De igual modo ha permanecido inmóvil su antigua calificación de "comercial"; también en el nuevo sistema codificado no se habla más de "comerciante" o de "acto de comercio", sino de "empresario". Un derecho "industrial", en verdad existe; pero su objeto aparece restringido a términos verdaderamente "mínimos" —disciplina de la competencia, de las marcas y de las patentes, tutela del derecho de explotación de las mismas y de la firma de la compañía³⁰—, mientras que toda la materia de la empresa en general, de la sociedad, de la quiebra, de los títulos de crédito y así, sucesivamente, se mantiene designada —por común y no discutido consenso— a la tradicional provincia del derecho *comercial*.

Por otra parte, no se puede ni siquiera decir que en el Código "unificado" de 1942 no existan referencias explícitas que permiten (y casi imponen) al intérprete mantener detenida, dentro de los antiguos límites, la calificación de "comercial". Si de hecho, el art. 2082

²⁹ Ferri, voz *Derecho comercial*, n. 5.

³⁰ Esta elección también ha sido hecha por quienes celebraron la unificación legislativa y encontraron argumentos para afirmar el fin del derecho comercial dentro del indistinto conjunto del derecho privado: Rotondi, *Diritto industriale*. Referencias más breves, pero tal vez suficientes en Sordelli, voz *diritto industriale*, en *Noviss. Dig. It.*

ofrece la definición del empresario que ya hemos leído —y en torno a ella ubica otras pequeñas definiciones, como aquella del "pequeño empresario" (art. 2083) y del "empresario agrícola" (art. 2135) —, el art. 2195 recalifica explícitamente como "comercial" también la empresa y la actividad *industrial*: después de haber establecido, en líneas generales, el deber de la inscripción en el registro de las empresas para los empresarios que ejercitan una actividad industrial, intermediaria (es decir, específicamente "comercial", de transporte, bancaria o asegurativa, o auxiliar de alguna de las precedentes), al inicio del párrafo sucesivo dispone —con el evidente intento de "cerrar" el sistema haciéndolo completo y coherente— que "las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas **comerciales** se aplican (...) a **todas** las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercitan", por lo tanto —en primer lugar— también a las actividades y a las empresas *industriales*.

Inmediatamente después el art. 2196 aplica este criterio sistemático, imponiendo el deber de pedir la inscripción en el registro de las empresas "dentro de treinta días del inicio de la empresa" a cada "empresario que ejercita una actividad **comercial**", primero entre todos, como se acaba de decir, al empresario *industrial*.

No importa cuál sea la extensión a reconocer en la calificación de "comercial", en el sistema del Código Civil de 1942, está confirmada y autorizada indiscutidamente, por la misma *Presentación* del ministro de Justicia, en la cual sin términos medios está escrito que "el nuevo Código hace seguir al estatuto de la empresa

agrícola el especial estatuto de la empresa comercial, categoría que comprende no sólo a las empresas que ejercitan una actividad intermediaria, sino además a las empresas **industriales**, bancarias, aseguradoras, de transporte y a toda otra empresa que ejercita una actividad auxiliar de las precedentes³¹.

Aquella del legislador de 1942, quien conservó la calificación de "comercial" a las actividades y a las empresas *industriales*, que en otro verso asumían una posición primaria en el sistema codificado, fue una elección hecha con ojos bien abiertos, también sobre la tradición remota, si es verdad que el mismo ministro de Justicia advirtió: "así haciendo el Código (...) se fusiona a la tradición italiana del derecho comercial"³².

Esta permanente "comercialización" reconocida en el Código vigente a la actividad y a la empresa industrial no responde solamente a una modesta y, finalmente, insignificante (o, tal vez, sin más "errónea") "elección lexical" hecha por la antigua costumbre de leer el Código de 1882³³; ni desea solamente ofrecer un obsequio servil a los groseros "moldes del ordenamiento corporativo" en los cuales solamente fuese reconocida la "razón histórica" de esta sobrevivencia (ojalá junto a la frecuente dificultad inconciente de olvidar las fórmulas del viejo Código abolido)³⁴.

³¹ Presentación (...) del ministro de Justicia (Grandi) presentada (...) para la aprobación del texto del Código Civil, 901.

³² Ponencia, loc. cit.

³³ Es el parecer de Galgano, *Diritto commerciale*, I, 54.

³⁴ Lo sostiene Bracco, *L'impresa*, 142 s.

En realidad este vocabulario jurídico (y cuando se dice "vocabulario" se entiende estar aludiendo, no tanto a una mera tradición lingüística, sino más bien a una tradición de sistema y de pensamiento) se ha mostrado muy sólido porque es mucho más antiguo que las fórmulas codificadas aunque no tan recientes y justamente, por causa de esta longevidad, ha permanecido también indemne a través de la Revolución industrial.

Hoy en día aún se habla de derecho *comercial*, incluyendo además la disciplina de las empresas *industriales*, no obstante que el comerciante y el acto de comercio hayan perdido, en el sistema normativo vigente, aquella centralidad que los viejos códigos reconocían y proclamaban, porque en torno al comercio y al comerciante, por siglos, se ha ido formando y consolidando aquella vasta y articulada área del ordenamiento y de la ciencia jurídica que tal vez hoy día podríamos llamar mejor *derecho de la empresa* (y en la cual las normas y los principios atingentes al *comercio*, en el estricto sentido de la palabra, ciertamente ocuparían un lugar completamente secundario).

Ahora daremos una mirada a este extenso proceso de formación y de consolidación: el panorama que así descubriremos nos servirá, no tanto para disfrutar de un reencuentro con el pasado, sino más bien para permitirnos una comprensión más correcta del sistema vigente y de sus caracteres fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, en *Rivista Italiana per le Scienze*

- Giuridiche*, 1952-53, 36 ss. ed en ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 7.
- _____, *Natura e posizione del diritto commerciale*, en ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 127 ss.
- BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, rist., Padova, 1966.
- BUONOCORE, voz *Imprenditore-diritto privato*, en *Enc. dir.*, vol. XX, 515 ss.
- CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industrial*, 3a. ed., Bologna, 1980.
- FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, 10a. ed., Milano, 1966.
- FERRI, voz *Diritto commerciale*, en *Enc. dir.*, vol. XII, 921 ss.
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976.
- GROSSI, "La scienza del diritto privato" -Una rivista- progetto nella Firenze di fine secolo, Milano, 1988.
- JAEGER, *La nozione d'impresa dal Codice allo Statuto (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 65)*, Milano, 1985.
- LANDES, *Cambiamenti tecnologici e sviluppo industriale nell'Europa occidentale, 1750-1914*, en *Storia economica Cambridge*, trad. It., VI, 1, Torino, 1974, 296-650.
- MORI, *La rivoluzione industriale*, Milano, 1972.
- PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992.
- ROTONDI, *Diritto industriale*, 5a. ed., Padova, 1965.
- SANTARELLI, *L'esperienza giuridica basso-medievale -lezioni introduttive*, 2a. ed., Torino, 1980.
- _____, *Un illustre (e apparato) foglio giuridico*, en *Quaderni fiorentini*, 16 (1987), 665-715.
- SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico (1806-1808)*, Milano, 1982.

- SORDELLI, voz *Diritto industriale*, en *Noviss. Dig. It.*, vol. V, 86 ss.
- TETI, *Codice civile e regime fascista: sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.