

LA OBJETIVACIÓN DEL ACTO DE COMERCIO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE NAPOLEÓN

Alfredo TRUJILLO BETANZOS

"El derecho mercantil es el centro del universo".

Elvia Arcelia Quintana Adriano

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Origen del derecho mercantil.* III. *Derecho romano.* IV. *Edad Media.* V. *Código de Comercio de Napoleón.*

I. INTRODUCCIÓN

Para Salvat, el derecho siempre va a designar un fenómeno social, ya que el derecho supone la vida del hombre en sociedad, reglamenta las relaciones de los individuos entre sí y frente al Estado, y al establecer las reglas fundamentales que rigen esas relaciones, señala los principios que permitirán resolver los conflictos que surjan entre ellos, haciendo posible así, la vida en sociedad; sin el derecho lo único que reinaría sería la fuerza, es decir, la anarquía.¹

Debido a lo anterior, el derecho tiene una relación próxima con el ser social del hombre, es, según la opinión general, un conjunto de reglas conforme a las cuales, los hombres ordenan entre sí su conducta y con base en ellas, se puede medir la actuación de los individuos.

El derecho es una condición fundamental de existencia para todas las formas más desarrolladas de sociedad, en cuanto posibilita la

¹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, t. VII, p. 17.

prevención de conflictos o brinda los mecanismos para dirimirlos de modo pacífico.²

El derecho aparece ante nosotros como un fenómeno social cuando nos preguntamos por su papel en el curso de los procesos sociales, por las condiciones sociales de su nacimiento y prevalencia, por su eficacia, por su poder o por su impotencia y es bajo este punto de vista, objeto de la sociología del derecho.³

Además, el derecho tiene también la estructura temporal de la historicidad; se mantiene vigente durante más o menos tiempo y se encuentra en un proceso continuo de adaptación a las variaciones del tiempo histórico, es decir, del tiempo acuñado por el hombre.

Quien quiera comprender el derecho del presente en su estado actual, tiene que contemplar también su devenir histórico, su apertura hacia el futuro, la persistencia del pasado en el derecho y esto es el tema fundamental de la historia del derecho.⁴

Así, podemos concluir que el derecho no es una ciencia vacía o abstracta, ya que debe estudiarse como fenómeno social, y también como fenómeno histórico; sólo de esta manera podremos comprender las instituciones jurídicas, su regulación y su evolución a lo largo de la historia.

Esto que es válido en el resto del ordenamiento legal, lo es aún más en el derecho mercantil.

El derecho mercantil no puede comprenderse, sin entender al mismo tiempo los fenómenos sociales e históricos que han nutrido su existencia y que hacen que día a día evolucione o deba evolucionar al paso de la realidad.

El derecho mercantil no debe estudiarse como un ente frío y estático, sino que deben extraerse de él, los principios y aplicarlos a las situaciones de hecho que cambian en todo momento.

II. ORIGEN DEL DERECHO MERCANTIL

La evolución del derecho mercantil es más difícil de determinar que la del derecho civil, ya que aquél no es un derecho formalista, ni su

² LARENZ, Kart, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 4a. ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 177.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

camino se dio a través de la forma escrita; es un derecho en transformación constante, de naturaleza internacionalista, donde predomina como fuente la costumbre.⁵

Recordemos que el derecho brinda las herramientas que las necesidades sociales van planteando, y por consiguiente, al ser el comercio el motor de la civilización, el derecho mercantil evoluciona a ese ritmo.

La concepción y desarrollo del derecho mercantil, y actualmente del derecho empresarial y su autonomía frente al resto de las materias que integran la ciencia jurídica, sólo puede entenderse si previamente se analiza la evolución del derecho mercantil, y ésta sólo se puede estudiar, partiendo de la mención de tres situaciones fundamentales que ocurrieron a lo largo de la historia:⁶

a) En primer lugar, se debe hacer especial énfasis en el hecho de que hubo un tiempo en que el comercio se ejercía por individuos especializados, los cuales constituían una clase social determinada, que se encontraba subordinada a reglamentaciones particulares.

Al ser el comercio monopolio de corporaciones, surge el concepto de "comerciante".

b) Las exigencias mercantiles dieron como resultado que numerosos actos jurídicos practicados para fines comerciales, ya no podían regirse por el viejo derecho civil; no obstante lo anterior, esta situación no fue la que les dio el carácter de mercantiles a tales actos, ya que desde hacía mucho tiempo se hallaban revestidos de ese carácter, merced al estatuto profesional de sus autores.

c) Un breve análisis de la evolución del derecho mercantil nos demuestra que éste se formó en primera instancia como un derecho internacional para luego pasar a ser derecho interno; sin embargo, la principal característica que tiene y que lo hace distinto al resto del ordenamiento jurídico es que encontramos su fuente más importante en la costumbre y no en la vía legislativa.

⁵ RIPERT, G., ROBLLOT, R., *Traité de droit commercial*, 17a. ed., París, L.G.D.J., 1998, p. 10.

⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1991, t. VII, p. 18.

Las mismas necesidades económicas que dieron origen y sentaron las bases para la aparición de la clase de los comerciantes, y más tarde, la categoría de los actos de comercio, favorecieron el nacimiento y la vitalidad de los usos y costumbres que son propios del comercio con características particulares que tienen como común denominador la celeridad y la simplicidad.

La antigüedad no conoció un derecho mercantil como tal, que fuera independiente del derecho común, no obstante que desde mucho tiempo atrás eran comunes numerosas transacciones cuyo carácter comercial es innegable.

Podemos encontrar disposiciones aisladas relativas a determinados negocios y operaciones, y así, se puede mencionar que ya en el Código de Hammurabi (aproximadamente 2080 antes de Cristo), se hallan disposiciones relativas al préstamo con interés, al contrato de depósito, al de comisión, gestión de negocios y otras varias figuras jurídicas. Cabe mencionar que es en esta legislación donde encontramos una regulación específica de la *commenda*, la forma comercial más antigua de sociedad conocida.⁷

No obstante lo anterior, esto no nos autoriza para afirmar la existencia de una rama de derecho con autonomía propia, pues eran disposiciones aisladas en ordenamientos legales vigentes en épocas determinadas.⁸

Otras normas que hacen referencia a la actividad comercial, podemos hallarlas en las costumbres mercantiles de los fenicios que fueron continuadas por los griegos, para posteriormente pasar a la isla de Rodas donde se hacen famosas y finalmente son incorporadas al derecho romano.

Como se recordará, la isla de Rodas fue habitada por un pueblo heleno, cuya legislación referente al comercio marítimo alcanzó tal perfección que el emperador romano Antonino, hubo de declarar que así como a él le correspondía el imperio sobre la tierra, a la ley de la isla de Rodas incumbía la jurisdicción marítima.⁹

⁷ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Ciencia del derecho mercantil*, México, Porrúa, 2002, p. 47.

⁸ FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, primera parte, 9a. ed., Zavalia, Buenos Aires, 1997, p. 20; LANBGLÉ Y RUBIO, citado en QUINTANA..., *op. cit.*, p. 47.

⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, 28a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 4.

A través de su incorporación en el derecho romano,¹⁰ las leyes de Rodas han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días. Podemos citar como ejemplo, la figura de la echazón (el reparto proporcional, entre todos los interesados en la suerte de un buque, del valor de los objetos que se echan al mar para salvarlo), la cual está incluida en la regulación que casi todas las leyes mercantiles hacen de las averías comunes, y conserva los caracteres con que la establecieron las leyes de Rodas.¹¹

III. DERECHO ROMANO

El derecho mercantil como tal surge al mundo jurídico en forma tardía, ya que en Roma no se conocieron sus instituciones como ramas separadas y diferentes del derecho privado común (*ius civile*), y es sólo a través de la actividad del pretor¹² que es posible adaptar este derecho a las necesidades del tráfico comercial.¹³

A pesar del florecimiento de los negocios y de la riqueza que en cierto momento alcanzó la urbe, los romanos no sintieron la necesidad de sistematizar un conjunto de normas específicamente aplicables al comercio; de hecho, los romanos se caracterizan por resolver los casos conforme se presentaban y casi nunca realizaron abstracciones.

Independientemente de que en Roma se da un avance en el desarrollo y reglamentación del comercio; ésta no llegó a elaborar un derecho específico para reglamentar las relaciones comerciales. Hay normas aplicables al comercio, pero no una distinción formal entre derecho civil y derecho mercantil.

Es tan claro el hecho de que los romanos no distinguían al derecho comercial, que ni siquiera había una palabra que designara al comercio.

¹⁰ En el Digesto es conocida como *Ley común del mar*.

¹¹ *Idem*.

¹² La pretura fue creada en 367 a. C. Los pretores, gozando de *imperium*, aunque con una forma de *imperium* inferior a la de los cónsules, se encargaban de la administración de la justicia civil. Al lado del original *praetor urbanus*, para pleitos entre romanos, encontramos, desde el año 242, un *praetor peregrinus*, para administrar justicia en pleitos en que una de las partes o ambas era extranjeros. FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 31.

¹³ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, t. II, p. 314.

Lo anterior es debido, en primer lugar, a que las relaciones del propio comercio eran desarrolladas en gran medida por los esclavos, y éstas se entendían como simples relaciones de hecho, pero no jurídicas; y en segundo, porque la excelente adaptabilidad y flexibilidad del derecho privado general romano y su carácter mismo, hizo innecesario un derecho particular para el comercio.¹⁴

Si a lo antes expuesto, agregamos que en el Imperio Romano existió una gran preferencia por la *bona fides*, el reconocimiento general de los usos comerciales, el excelente procedimiento declarativo (*cognizione*), la ejecución rigurosa por deudas fundada en el principio de la universalidad y de la generalidad (*concurso*) como anteriormente lo era, el procedimiento de quiebra, y actualmente el concurso mercantil, y las facultades casi legislativas reconocidas al pretor, de las que usaba precisamente para adecuar las instituciones jurídicas a las necesidades de la vida, podemos comprender el hecho que dentro del derecho romano se siguiera utilizando el derecho común para regular además las relaciones comerciales.¹⁵

Para Berthold Goldman, el otorgamiento posterior de la ciudadanía romana a todos los miembros del Imperio, dio por concluida esta etapa, y desde este momento, hasta la Edad Media, el derecho comercial deja de estar en manos del Estado.¹⁶

IV. EDAD MEDIA

La desaparición de la estructura estatal romana da lugar a un gran vacío político. No hay Estado, entendiendo por tal no tanto la estricta noción que surgirá a partir de la edad moderna, sino la existencia de un poder político que abarque a toda la sociedad, de un microcosmos unitario que se imponga como estructura global provista de una voluntad omnicompreensiva. El poder político medieval será incapaz de imponer esa voluntad totalizante sobre los gobernados.¹⁷

¹⁴ QUINTANA..., *op. cit.*, p. 55.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ ALBERTO SILVA, Jorge, "Resurgimiento de la *lex mercatoria*", en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge ALBERTO SILVA (coord.), UNAM, 2006, p. 227.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE..., en GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 21.

Cada región, y hasta cada ciudad, tuvo que hacer frente a la situación que lo rodeaba con sus propios recursos y en muchas de estas ciudades, el gobierno o la dirección de la *res pública* quedó en manos de corporaciones gremiales a que se hará mención más adelante.

Al perder vigencia el *Corpus Iuris Civile* romano, cada pueblo, cada gremio, van elaborando en forma espontánea sus costumbres carentes de sanción estatal y de aplicación exclusiva al grupo de personas que se sujetan a él.¹⁸

Se fracturan los elementos cohesivos del mosaico social y la realidad se nos aparece como una increíble muestra de un particularismo político, económico y jurídico.

El derecho no se presenta como monopolio del poder, ni de un ente en particular, sino que constituye la forma en que se expresa la sociedad.¹⁹

No obstante lo anterior, en este mundo fragmentado hay una soberanía, una sola soberanía reconocida: la de Dios, que otorga unidad de sentido al universo medieval.

Ante la relativa indiferencia del poder político respecto al derecho, éste aumenta en autonomía, en espontaneidad y en facilidad.

El mundo de los hechos, a través del conducto de la costumbre y más específicamente de los múltiples usos locales, también informó y moldeó la práctica negocial. Existen obviamente, variaciones que impiden excesivas generalizaciones y solamente nos permiten enunciar algunas tendencias que constituyen un común denominador a lo largo de toda la experiencia medieval.²⁰

La línea tendencial que transforma toda la práctica negocial es la de la atipicidad. El mundo jurídico no encuentra sus instrumentos de desarrollo en los rígidos esquemas ejemplificativos por modelos precedentes, o codificados en nuevos modelos recién elaborados.

El uso aborrece el encasillamiento rígido; el resultado es que se asiste en muchas ocasiones a la deformación y desnaturalización de negocios que tradicionalmente habían sido destinados a desempeñar

¹⁸ QUINTANA, Adriano, *Legislación mercantil. Evolución histórica*, México, Porrúa, 2005, p. 5.

¹⁹ TOMÁS Y VALIENTE..., en GROSSI..., *op. cit.*, p. 21.

²⁰ *Ibidem*, p. 116.

una específica función y ahora se veían obligados a realizar otra profundamente diferente.²¹

En múltiples momentos, la atipicidad prescinde de las remisiones a los esquemas tradicionales, y da paso entonces al gran y libre territorio de las *convenientiae*. Este término equivale a convención genérica, equivale a pacto, es decir, significa el acuerdo bajo el signo de la buena fe con contenidos que varían de un lugar a otro y de un tiempo a otro tiempo, que el uso, siguiendo los lineamientos existentes en cada tiempo y lugar, se apresura a precisar.²²

La voluntad de las partes jamás se encuentra aquí completamente libre, sino más bien muy condicionada por la omnipresencia y la invasión de los usos.

La pretensión de trasplantar a la mentalidad protomedieval una noción anticipadora del consenso demasiado próxima a la nuestra y completamente extraña a aquella mentalidad y a aquella visión de las relaciones contractuales, no sólo es un error histórico, sino que pone de manifiesto un grave defecto de comprensión.²³ Y en este contexto histórico, ¿cómo se desarrolla el derecho mercantil?

Al inicio de la Edad Media, el derecho mercantil no tenía vida propia, éste nace cuando las normas de derecho común vigentes para entonces, son incapaces para regular adecuadamente el comercio, impulsado éste por cambios profundos en la economía.²⁴

Aunque se citan precedentes remotos del origen del comercio, se admite generalmente que el nacimiento del derecho mercantil, como rama jurídica autónoma se da en Europa al iniciarse el medioevo, en el corazón de las corporaciones de los mercaderes, basado en los usos y prácticas que esos comerciantes observaban en el ejercicio de su profesión, en las negociaciones que celebraban y en la justicia que esas mismas corporaciones administraban, a través de sus *concelis* y *sopra consuli*, aplicándolas de forma exclusiva al grupo de personas que se sujetaba a cada gremio.²⁵

El derecho mercantil tuvo desde sus orígenes, un alto grado de autonomía y de especialidad. Se puede considerar autónomo, debido

a que sus normas se crearon con relativa independencia, respecto a los poderes establecidos, en especial porque sus instituciones se distinguieron de otras semejantes, propias del derecho real.²⁶

Al desarrollarse el comercio con tintes internacionalistas, principalmente como consecuencia de las cruzadas, la primera dificultad que tuvo fue la desigualdad de legislaciones, costumbres, usos, etcétera.²⁷

Subsistía el derecho romano, pero ya no es un derecho vigente, capaz de adaptarse a las cambiantes necesidades de la sociedad, sino una legislación petrificada, inerte. Tampoco el derecho germano daba soluciones a los nuevos retos que la evolución de la sociedad planteaba.²⁸

Faltaba un poder suficientemente fuerte e ilustrado que pudiese dar leyes con validez general y que resolviera de modo adecuado los problemas creados por el auge mercantil.

Esta misma debilidad del poder público dio lugar a que las personas dedicadas a una misma actividad se agruparan para la protección y agruparan para la protección y defensa de sus intereses comunes, ya que pronto descubrieron que existían problemas e intereses similares, según la actividad a la que se dedicaran los individuos.

Ante la situación imperante, las clases humildes estaban desamparadas y era necesario algo como remedio contra la explotación feudal. Así, surgen asociaciones que eran cofradías religiosas, asociaciones de comerciantes, corporaciones de artes y oficios, etcétera.²⁹

En todas ellas dominaba el espíritu mercantil de la actividad económica y de la libertad individual. Todos aquellos con intereses comunes se reunían en vastas y organizadas corporaciones, sujetas a rigurosa disciplina.

Estas organizaciones se hicieron poderosas y se dieron a sí mismas el derecho de regular en forma autónoma su interés y de sus componentes llegando a ejercitar poderes y facultades que normalmente eran del Estado.

²⁶ CRUZ BARNEY, Óscar, "El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico", en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto SILVA (coord.), UNAM, 2006, p. 1.

²⁷ *Enciclopedia...*, op. cit., p. 314.

²⁸ MANTILLA MOLINA, op. cit., p. 5.

²⁹ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 21.

²¹ *Ibidem*, p. 117.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 118.

²⁴ QUINTANA..., *Ciencia...*, op. cit., p. 56.

²⁵ *Idem*.

Se constituían uniones voluntarias de hombres del mismo oficio o profesión, a las que éstos se subordinaban y sometían sus relaciones recíprocas a sus leyes internas no escritas, como era el caso de todo el derecho de la época.³⁰

El nacimiento de los gremios ocasiona la aparición de un nuevo grupo social, la burguesía, caracterizada por tener una mentalidad de carácter más liberal cuyo origen lo encontramos en la cultura laica que surge frente o al margen de la eclesiástica que había dominado la Edad Media.³¹

Debido al crecimiento de los gremios y a la dispersión de relaciones económico-jurídicas derivadas de las prácticas consuetudinarias aceptadas por todos los participantes de las corporaciones, fueron los mercaderes marítimos, los primeros en elaborar y plasmar por escrito sus costumbres; además crearon sus propios tribunales consulares, recibiendo este nombre en atención a que los antiguos magistrados romanos se denominaban cónsules.³²

Estos tribunales se encargaban de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento convencional y sin aplicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes. Así, fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.³³

Las resoluciones de los tribunales comerciales fueron recopiladas, en algunas ocasiones conservando su forma original, otras redactadas en términos generales y ordenadas sistemáticamente, formando estatutos u ordenanzas que con base en la manera en que se originaron, diferían de una a otra ciudad.³⁴

La característica más importante de estos tribunales era que los jueces o cónsules se elegían anualmente entre dos o tres de los miembros del consulado. No intervenían juristas ni jueces profesionales, sino mercaderes conocedores del tráfico mercantil y sus problemas y

costumbres. Los litigios se resolvían con base en el *usus mercatorum* y en las normas escritas privadas de cada consulado.³⁵

Como sostiene Galgano, la *lex mercatoria* que surge, es tal no sólo porque regula la actividad de los comerciantes, sino también, y sobre todo, porque es un derecho creado por los comerciantes, que se origina de los estatutos de las corporaciones mercantiles, de las costumbres mercantiles, de la jurisprudencia de la curia de los mercaderes.³⁶

Este derecho nace como resultado de la necesidad práctica de regular transacciones de naturaleza mercantil que la producción y la distribución manufacturera habían determinado; y también se trata de un derecho que nace al margen del derecho comúnmente reconocido y aplicado, que no contiene los instrumentos normativos necesarios para afrontar los nuevos retos que el comercio "internacional" empieza a originar.³⁷

No pasó mucho tiempo sin que se recogieran por escrito las decisiones de los tribunales consulares, naciendo así, merced a esa doble práctica estatutaria y jurisdiccional de las corporaciones, las primeras colecciones de normas de derecho mercantil, en las que está el origen de éste como sistema autónomo y separado del derecho civil.³⁸

Este derecho mercantil expresado en las sentencias de los jueces de las corporaciones y en los estatutos que cumplían esos fallos, así como en los contratos, obligaciones, usos y costumbres comerciales que se aplican exclusivamente a los comerciantes y para los comerciantes, es un derecho excepcional, un derecho de clase, el derecho profesional de los mercaderes.

Estamos ante un momento histórico fundamental, pues nos encontramos en el nacimiento del derecho mercantil desde un punto de vista subjetivo.

No se regula determinada materia, cualquiera que sea quien realice actos o actividades a ella correspondientes, sino que se aplica a quienes se dedican profesionalmente al tráfico mercantil y figuran inscritos como comerciantes en la *univesitas mercatorum*.³⁹

³⁵ CRUZ..., *op. cit.*, p. 3.

³⁶ Citado en RENTARÍA DÍAZ, Adrián, "Nueva Lex mercatoria y globalización", en *Estudios sobre lex mercatoria*, Jorge Alberto SILVA (coord.), UNAM, 2006, p. 203.

³⁷ *Idem*.

³⁸ URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 24a. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 4.

³⁹ QUINTANA..., *op. cit.*, p. 57.

³⁰ *Ibidem*, p. 22.

³¹ QUINTANA..., *Ciencia...*, *op. cit.*, p. 57.

³² *Idem*.

³³ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 5.

³⁴ *Idem*.

La génesis del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo que se aplicaba sólo a los comerciantes.⁴⁰

Es en esta época cuando encontramos el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas, como son, el registro público de comercio, las sociedades mercantiles, letra de cambio, etcétera.

No obstante el carácter subjetivo a que se ha hecho referencia, desde un principio se introdujo un elemento objetivo, el cual fue la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio; así, ni los tribunales mercantiles eran competentes, ni aplicable el derecho comercial por la mera circunstancia de tratarse de un agremiado, sino que contemplaba también el dato de la mercantilidad de la relación contemplada.⁴¹

También se amplió el derecho mercantil al ampliar el concepto de comercio, pues si en un principio sólo se consideraba la compra de mercancía para revenderla, más tarde se llegó a considerar como mercaderes a quienes organizaban la producción de mercancías para llevarlas a naciones extranjeras.⁴²

Este paso, de la simple consideración del carácter mercantil como la "compra y venta de mercancías" a incluir también "la producción", nos demuestra cómo, desde aquellos tiempos, el derecho mercantil evolucionaba a pasos agigantados y nos explica cómo, hoy en día, el derecho mercantil va ampliando su campo de acción y día tras día se incluyen figuras que antes no fueron consideradas como mercantiles.

Sin embargo, hay que hacer énfasis en que toda esta legislación, tanto en su aspecto sustancial como en el procesal al principio se aplicó a la clase de los comerciantes, es decir, tuvo un carácter esencialmente profesional.⁴³

Posteriormente, la jurisdicción de estos tribunales se extendió a los que contrataban con los miembros de las corporaciones, generalizándose finalmente y pasando a desempeñar un papel más amplio

que el de órgano decisorio de los casos concretos e invistiéndose de un poder normativo.⁴⁴

Se establece el registro de los comerciantes y de las sociedades formadas por éstos, particularmente, las colectivas y las en comandita, las que adquirieron estructura y personalidad; asimismo, los libros de comercio asumieron relevancia probatoria.⁴⁵

De esta manera, el derecho comercial es el derecho profesional más antiguo, y se formó con el fin de asegurar el ejercicio regular y honesto de la profesión; surgido en el ámbito de los comerciantes, fue esencialmente profesional.

El problema de la aplicación de ese derecho se resumía, como derecho especial, en problema de competencia. Muchos años la autoridad del derecho mercantil tuvo sus confines demarcados por los de la competencia de los jueces consulares.⁴⁶

Todavía no se puede encontrar en esta época un criterio científico en la estructura del derecho mercantil, sino que éste lo empezamos a ver hasta la literatura de derecho comercial en el siglo XVI, las ordenanzas francesas y el advenimiento del periodo legislativo, y finalmente en el Código de Comercio francés de 1807.⁴⁷

En virtud de lo anterior, resultó la movilidad de las leyes, que los estatutos corporativos procuraban estabilizar por lo mucho de uniforme y universal que había en ellas. Esto sólo fue posible cuando el derecho pasó a ser escrito y consolidado por las decisiones de los tribunales.⁴⁸

La sistematización, por consiguiente, tenía que ser, y lo fue, tarea de los jurisconsultos. Éstos completaron, por la ciencia, la obra que los comerciantes formaron por la experiencia.⁴⁹

Al ser la reglamentación del comercio una creación italiana, a través del pensamiento jurídico de brillantes estudiosos del derecho mercantil, se puede afirmar que a Italia corresponde el honor de haber creado y difundido este nuevo conjunto orgánico de instituciones ju-

⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁴⁰ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 6.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ FONTANARROSA..., *op. cit.*, p. 22.

rídicas y por ello merece en el campo de la jurisprudencia comercial, el nombre de cuna y difundidora del derecho.⁵⁰

El carácter ya normativo del hecho consuetudinario y su connatural disponibilidad para transformarse en ley, está ampliamente grabado en la conciencia popular y se acoge sin pestañear en los comportamientos oficiales.⁵¹

A fines del siglo XVI y en el siglo XVII, floreció abundante literatura del derecho comercial, la cual ejerció influencia en la sistematización del derecho comercial, trazando los principios cardinales recogidos de la práctica del comercio y en consonancia con los principios generales de derecho predominantes en esa época.⁵²

Algunos de los autores de estas obras, además de jurisconsultos, fueron estadistas y así se explica la universalidad de las enseñanzas que impartieron y que todavía se les invoque en la doctrina comercial, a fin de resolver casos concretos.⁵³

Entre los grandes juristas de esa época podemos mencionar a Benvenuto Stracca, Segismundo Scaccia, Ansaldo de Ansaldis, Casaregui, Carlos Targa y Francesco Rocco, y en España podemos hablar, entre otros, de Juan de Hevia Bolaños, autor de la *Curia Philippica* y Joseph de Veitia Linaje y Francisco Salgado de Somoza.⁵⁴

El derecho de los comerciantes, luego del nacimiento del Estado nacional, sufre una profunda transformación en lo que respecta a su formación.

En efecto, con la aparición de los Estados nacionales (a partir del siglo XVII) la clase mercantil cesa de ser artífice de su propio derecho, pues el derecho comercial ahora ya no es, como antes, el derecho una clase, sino el derecho del Estado, y tampoco es, como antes, derecho universal utilizado en forma indiscriminada en un espacio sin fronteras, sino derecho nacional.⁵⁵

Las ideas sobre soberanía estatal no sólo llevaron a las autoridades estatales a independizarse de la Iglesia, sino también a ejercer

su autoridad sobre los comerciantes, negándoles la posibilidad de autorregularse.⁵⁶

De lo que fue inactividad del Estado en un principio, se pasó a una creciente intervención del mismo, no sólo para legislar o juzgar, sino también para ejercer el comercio, mediante las empresas de participación estatal.⁵⁷

Aunque el surgimiento del Estado moderno propició el cambio, la codificación fue un instrumento destacado para que el Estado sometiera a los comerciantes. Mediante la codificación, los legisladores estatales se hicieron cargo de la regulación comercial, con la que pretendieron ser exhaustivos; además, declarando a los tribunales estatales como los competentes para conocer de la actividad comercial. Lo que antes conocían los consulados, pasó a los tribunales estatales. Con esto, los fueros y tribunales para comerciantes se extinguieron.⁵⁸

Se reconoce con toda certeza, que los estatutos de las corporaciones y de las ciudades comerciales italianas y españolas vigentes en toda la Europa meridional, prepararon la iniciación del periodo legislativo, consecuente con los cambios políticos sobrevenidos.⁵⁹

De la época antes mencionada, sobresale Colbert, quien en el reinado de Luis XIV encontró en lo anterior, el material para la gran obra legislativa que realizó, y así, existen una serie de legislaciones previas al Código de Napoleón.⁶⁰

La primera de las ordenanzas de Colbert es sobre el comercio terrestre (1673) y hay una posterior respecto al comercio marítimo (1681).⁶¹

El primer ordenamiento tiene vital importancia porque atenúa el carácter predominantemente subjetivo que hasta entonces había tenido el derecho mercantil, al someter a la competencia de los tribunales de comercio los conflictos relativos a letras de cambio, fuesen quienes fueren las personas que en tal conflicto figuraran.⁶²

⁵⁶ ALBERTO..., *op. cit.*, p. 239.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Enciclopedia...*, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 7.

⁶² *Idem.*

⁵⁰ QUINTANA..., *Legislación...*, *op. cit.*, p. 6.

⁵¹ GROSSI..., *op. cit.*, p. 104.

⁵² *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, p. 25.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ CRUZ, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵ RENTARÍA..., *op. cit.*, p. 206.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 2 y 7 del título XII de dicha Ordenanza, correspondía a los tribunales mercantiles conocer de las controversias que se suscitaban entre cualesquiera personas con motivo de la suscripción de letras de cambio, remesas de dinero hechas de una plaza a otra, fletamentos y seguros.⁶³

Con ello se sentó el principio, que tan importante desarrollo habría de tener en las leyes contemporáneas, de que un acto aislado, por sí solo, prescindiendo de la profesión de quien lo ejecuta, es bastante para determinar la aplicación del derecho mercantil, con lo cual se alcanzó un nuevo aumento en el campo de vigencia del derecho comercial, y consecuentemente, se amplió la noción jurídica de comercio.⁶⁴

Esto es interesante hoy en día, cuando hay quienes buscan restringir sin criterio científico alguno, el concepto de acto de comercio, pues ya desde el siglo XVII era evidente la necesidad de ir ampliando el contenido del acto de comercio.

Derivado de lo anterior, nació el derecho mercantil con un doble carácter: consuetudinario y profesional. Era el derecho creado por los propios comerciantes para regular las diferencias o cuestiones regidas en razón del trato o comercio que profesionalmente realizaban.⁶⁵

Al pasar de los años, cuando el comercio, el trabajo y la economía, a quienes estrangulaba el régimen rígido y hermético de la corporación medieval, buscan la libertad de contratación, el sistema comienza a cambiar, y así, en 1776, el Decreto de Turgot hace ilegal la organización corporativa; y en 1791, en plena efervescencia de la Revolución Francesa, surge la ley que la aniquila definitivamente, en nombre de la libertad de trabajo, de la libertad del comercio y de la libre competencia.⁶⁶

A raíz de estos trascendentales acontecimientos, brota la necesidad de regular al comercio, no como ocupación profesional de un gremio cerrado, sino como actividad abierta, accesible a todos, comerciantes o no comerciantes.

Así, el derecho mercantil se transforma de derecho excepcional, de derecho profesional de los mercaderes, en derecho especial o particu-

⁶³ VÁZQUEZ ARMIÑO, Fernando, *Derecho mercantil, fundamentos e historia*, México, Porrúa, 1977, p. 29.

⁶⁴ MANTILLA..., *op. cit.*, p. 7.

⁶⁵ URÍA..., *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶ *Idem.*

lar, que encuadra y regula determinadas actividades económicas que tienen por sí mismas carácter comercial, cualquiera que sea quien las realice; de derecho subjetivo, que modela sobre la figura del mercader, a derecho objetivo, sobre los actos del comercio.⁶⁷

Este doble carácter perdura hasta principios del siglo XIX, en que se inicia la codificación mercantil bajo el influjo de los principios de la Revolución Francesa que proclamó la libertad de ejercicio del comercio y terminó con el monopolio de los gremios y corporaciones. A la ideología revolucionaria, que preconizaba la igualdad ante la ley, le repugnaba el mantenimiento de un derecho de clase (derecho de los comerciantes) y de ahí que el primer código de comercio, el francés de 1807 debilita la tradicional fisonomía profesional del derecho mercantil, para intentar ofrecer la imagen de un derecho regulador de actos de comercio objetivos, mercantiles por sí, con independencia de que el sujeto que los realice tenga o no la condición de comerciante.⁶⁸

El hecho de que la jurisdicción mercantil saliera del seno de las corporaciones, aunado al de que la legislación se unificara, encasillando y delimitando en forma precisa los actos considerados como de comercio, aunque dichas jurisdicción y legislación estuvieran teóricamente restringidas a los comerciantes, provocaron una sensible disminución de la influencia subjetiva que las impregnaba y una objetivación de los actos de comercio, que trajo como consecuencia el que la aplicación de las disposiciones mercantiles a los no comerciantes, que hasta entonces se venía haciendo mediante la ficción de atribuirles dicho carácter, se continuara haciendo, pero no ya recurriendo a tal ficción, sino en virtud de que se consideró que estaban efectuando actos de comercio aislados.⁶⁹

V. CÓDIGO DE COMERCIO DE NAPOLEÓN

Con la labor legislativa napoleónica se cumple finalmente el diseño de estatización del derecho por parte de la naciente clase burguesa, que ve coronado de esta forma la aspiración de incorporar en la estructura

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ VÁZQUEZ..., *op. cit.*, p. 29.

del Estado las modalidades de regulación que garantizan, mediante el reconocimiento de los derechos naturales de los hombres, tanto la autonomía de la sociedad civil frente al Estado, como la independencia de la economía en relación con la política.⁷⁰

La codificación napoleónica se dio en conexión con la reforma revolucionaria que se realizó tanto en la estructura política como en la social.

Con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), y con los postulados iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no sólo tiene inicio el largo camino que ha conducido a la edad de los derechos fundamentales; sino que también se afirma con fuerza el ideal burgués, político, jurídico y económico, de la consolidación de la propiedad y de la iniciativa económica, que de esta manera pasan de ser privilegios a ser derecho.⁷¹

Es en este contexto histórico de profundos cambios sociales, culturales y filosóficos, donde ve la luz el Código de Comercio de Napoleón. Este Código fue precedido, en 1778, por un proyecto del ministro de justicia Mirosmenil, el cual se consideró en su momento que no tenía la calidad técnica necesaria.⁷²

Posterior a este intento, ya vio la luz el Código de Comercio de Napoleón, el cual es de vital importancia, porque entre muchas cosas, cristaliza la objetivación del acto de comercio.

La confección de este código fue retardada por las crisis políticas que se presentaron en Francia a la caída de la monarquía, lo que provocó que la idea fuera retomada hasta 1801.⁷³

Una comisión de siete miembros fue la encargada, por decreto consular, de la redacción de este código. El anteproyecto de esta comisión fue sometido al examen de los consejos y de los tribunales de comercio, de los tribunales de apelación y de casación, para después ser transmitidos con las observaciones, al Consejo de Estado.⁷⁴

Luego de haberlo dejado en el olvido por varios años, Napoleón I, presionado por los escándalos producidos por numerosas quiebras en 1806, ordenó al Consejo de Estado retomar su estudio, que fue concluido rápidamente.⁷⁵

En la 61 reunión del Consejo de Estado del 4 de noviembre de 1806 al 29 de agosto de 1807, se concluyó la consideración del proyecto en el que Napoleón impuso algunos de sus preceptos y ejerció alta influencia, sobre todo en el capítulo de las falencias (quiebras).⁷⁶

Enviado al parlamento fue votado rápidamente, en pocos días; promulgado y convertido en ley el 15 de septiembre de 1807, entró en vigor el 1 de enero de 1808.

Como consecuencia de fenómenos materiales e intelectuales que ocurrieron a fines del siglo XVII y durante el siglo XVIII, como lo fueron, por una parte, la revolución industrial y el considerable aumento en el comercio que ello implicó, y por la otra, la difusión de las ideas liberales contrarias al establecimiento de barreras y privilegios a toda actividad humana, la influencia de los regímenes y privilegios de los comerciantes decae sensiblemente hasta ser suprimidos, lo que permitió a cualquier persona participar en actividades mercantiles. Con este paso el derecho mercantil deja de ser un derecho subjetivo y de clase, y se transforma en objetivo y general.⁷⁷

La Revolución Francesa propició ese cambio y el Código de Comercio de 1807 lo consagró en sus artículos 631, 632 y 633, en virtud de los cuales se ampliaba la jurisdicción mercantil para conocer no sólo de las controversias que versaran sobre obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros, sino también de aquellas que surgieren entre cualquier persona con motivo de la celebración de actos considerados como de comercio, los que enumeró y agrupó en las siguientes categorías:

- a) Las adquisiciones de géneros y mercaderías para revenderlas o arrendarlas, sea en estado natural, sea después de trabajadas o incorporadas a una obra.

⁷⁵ RODIERE y HOUIN, citados en *Idem*.

⁷⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 26.

⁷⁷ VÁZQUEZ..., op. cit., p. 29.

⁷⁰ RENTARÍA..., op. cit., p. 207.

⁷¹ *Idem*.

⁷² ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, p. 65.

⁷³ GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario, *Manual de derecho comercial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 19.

⁷⁴ *Idem*.

- b) Las empresas de manufacturas, de comisiones y de transportes terrestres y acuáticos.
- c) Las empresas de suministros, de agencias, de oficinas de negocios, de ventas en subasta y de espectáculos públicos.
- d) Las operaciones de cambio, banca y corretaje.
- e) Las operaciones de banca pública.
- f) Las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros.
- g) Las letras de cambio, o remesas de dinero hechas de una plaza a otra, entre toda clase de personas.
- h) Las empresas de construcción de embarcaciones para la navegación interior y exterior, así como la compra, venta y reventa de ellas.
- i) Las expediciones marítimas.
- j) Las adquisiciones y ventas de aparejos, y avituallamiento de embarcaciones.
- k) Los fletamentos o arrendamientos de embarcaciones, los empréstitos sobre ellas y los préstamos a la gruesa.
- l) Los seguros y demás contratos concernientes al comercio del mar.
- m) Los acuerdos y convenios respecto al pago de salarios y demás prestaciones a los marinos y tripulantes.
- n) Las obligaciones de los marinos para el servicio de las embarcaciones dedicadas al comercio.

Es verdad que, de conformidad con el artículo 631, los tribunales mercantiles continuaron conociendo de las controversias surgidas entre comerciantes, pero ello no fue en atención a su carácter de tales, sino debido a la presunción de que esas controversias se suscitaban con motivo de la realización de actos de comercio, pues para aquellas que surgían por causas ajenas a dichos actos, se aplicaba la legislación civil, al igual que en el anterior sistema.⁷⁸

La estructura del Código de Napoleón es la siguiente: se divide en cuatro libros: el del comercio en general (comerciantes, libros de comercio, sociedades, bolsa, comisarios, compra y venta, letras de cambio, billetes a la orden); el del comercio marítimo; el de la falencia y el de la jurisdicción consular o comercial.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 31.

La edición oficial del Código actualmente en vigor fue hecha mediante Ordenanza del 31 de enero de 1841.⁷⁹

Se afirma que no se trataba simplemente del primer código mercantil moderno, ya que, surgido en momento histórico oportuno, en que el comercio, debido a los descubrimientos científicos y a la rapidez de los medios de comunicación, se había transformado muchísimo y ampliado el volumen de sus operaciones, constituyendo el marco legislativo lindero de la nueva época del derecho comercial.

Solidificó las relaciones jurídicas inciertas, consolidó las antiguas normas de derecho consuetudinario, alcanzando popularidad propicia e influencia decisiva en toda la legislación mercantil contemporánea.⁸⁰

No era avanzado en las ideas, ni revolucionario en las directrices; sin embargo, hallándose impregnado del sentido de universalidad, vino a ser el código modelo, reproducido, imitado y adoptado en el viejo y en el nuevo mundo.

Al Código de Napoleón se le reprocha, en términos generales, el haberse referido a una sociedad y a una economía en transición, ya que el Código de Comercio francés y luego los códigos europeos se elaboran y promulgan mientras, en el terreno de los hechos, se está produciendo un fenómeno perfectamente analizado por la ciencia económica: el tránsito del capitalismo comercial al capitalismo industrial y financiero. Desde un punto de vista cuantitativo, la urgencia de la legislación para un cambio tan profundo irá dejando ya, casi inmediatamente, vacío al código.⁸¹

El más grave defecto del Código francés ha sido reproducir el derecho del pasado, mientras que, ya en 1807, se podía prever la verdadera revolución que se había de producir en la industria y el comercio.

En verdad, los redactores del Código Civil no han sido en este punto más previsores, pero las transformaciones de la vida comercial han sido más rápidas y más profundas que las de la vida civil.⁸²

⁷⁹ RIPERT, G., *op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *op. cit.*, p. 26.

⁸¹ GIRÓN TENA, José, "El concepto del derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado", en *Anuario de Derecho Civil*, t. VII, fascículo III, julio-septiembre, 1954, p. 33.

⁸² *Idem*.

Esto trae como consecuencia que el verdadero derecho comercial, obra lenta y sucesiva de los comerciantes y cuyas fuentes se hallan en los monumentos esparcidos por las costumbres, ha sido dividido y separado en pedazos por los legisladores de las diversas naciones.⁸³

El Código de Comercio fue el código de los actos de comercio, y el sistema que introdujo, independientemente del adelanto y la perfección técnica que presentaron en su época, fue adoptado, tanto por los países que debido a las conquistas napoleónicas vinieron a formar parte o a depender del Imperio Francés, como por aquellos otros que no sufrieron su dominio o se libraron de él, pasando a América Latina a través de la legislación de los colonizadores, donde se aceptó en forma unánime, y es, hoy por hoy, el sistema que impera en la mayoría de los países, sobre todo en aquéllos de tradición latina.⁸⁴

La concepción objetivista del derecho mercantil se extendió rápidamente por todos los países que al codificar su derecho tomaron como modelo el código francés; y ello explica que la doctrina se lanzase afanosa a buscar el concepto del acto de comercio objetivo que habría de servir de base al nuevo derecho mercantil de cuño liberal.⁸⁵

Sin embargo, la búsqueda resultó infructuosa por la dificultad de determinar los rasgos comunes de los distintos actos de comercio regulados en los códigos o, si se quiere, por la dificultad insuperable de fijar la esencia de los diversos actos sometidos al imperio de la ley mercantil, y al no encontrar un concepto unitario del acto de comercio objetivo, tampoco se pudo ofrecer un concepto del derecho mercantil como disciplina reguladora de esos actos, cuya íntima naturaleza se desconocía.⁸⁶

Hoy en día, el derecho mercantil se enfrenta a nuevos retos. Si a principios del siglo XIX, la legislación mercantil le costaba trabajo ir a la velocidad de los cambios de la realidad, en la actualidad, y principalmente en la experiencia mexicana, la normativa comercial se encuentra bastante rezagada y desactualizada y no responde ya a las exigencias que el tráfico comercial y financiero plantean.⁸⁷

⁸³ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 26.

⁸⁴ VÁZQUEZ..., op. cit., p. 31.

⁸⁵ URÍA..., op. cit., p. 5.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor Manuel, "El derecho mercantil ante los retos de la globalización", en *Panorama internacional del derecho mercantil*, Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO (coord.), t. I, UNAM, 2006, p. 301.

Este vacío legislativo ha provocado que las prácticas comerciales, sobre todo las que tienen un carácter internacional se realicen al amparo de tratados de libre comercio y se otorguen convenciones derivadas de prácticas comerciales que la globalización no ha brindado, alejándose cada vez más las transacciones mercantiles de las normas jurídicas que, por las razones antes señaladas, no dan respuesta a las necesidades existentes.⁸⁸

Además de lo anterior, al igual que en otras materias, como son los Derechos Reales, falta una teoría general de las obligaciones mercantiles. Esta ausencia ha pretendido ser solucionada mediante la aplicación de normas del derecho común, pero que en ocasiones resulta no muy adecuada a la naturaleza de la obligación mercantil como tal, provocándose así una dependencia de carácter legislativo en donde la insuficiencia e inadecuada regulación de las normas mercantiles hace necesaria la utilización supletoria frecuentemente del derecho civil.⁸⁹

⁸⁸ *Ibidem*, p. 302.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 303.