

INDIVIDUALIDAD SUSTANTIVA DEL DERECHO MERCANTIL

Dr. Guillermo Peña Alzate.

Toda ciencia, o cualquier rama de ellas, lleva en sí misma, aparejada con los principios y leyes que la constituyen, un conjunto de problemas, de conceptos discutibles, de categorías dudosas, donde los cultores encuentran abierto el campo de la polémica para sus especulaciones teóricas.

La ciencia del Derecho - constantemente alimentada por la Filosofía - encuentra sus más complejos enigmas cuando se ve en la necesidad de determinar sus distintos órganos, las funciones que les corresponden y el ámbito de influencias o acción que les compete para lograr la armonía del conjunto.

Desde que César Vivante en 1888 ("Per un codice unico delle obbligazioni") arguyó la impropiedad del deslindamiento existente entre el sistema normativo Civil y el Comercial, porque consideró que refluían ambos sobre un objetivo común: El de la regularización jurídica de las relaciones privadas, continúa en pleno vigor la discusión doctrinaria acerca de si deben continuar en distintos compartimientos científicos, legislativos y didácticos, esas dos ramas del derecho, o si, por el contrario, la lógica jurídica exige que deban refundirse en un solo sistema para unificar sus principios fundamentales, para residenciarlos en un solo código y para someterlos a un plan congruente de enseñanza o de estudio.

La rápida ojeada histórica que se acostumbra como parte del tema introductorio al curso de Derecho Mercantil, denota la forma como se operó el surgimiento del comercio y la consecuente aparición de instituciones jurídicas apropiadas al normal desenvolvimiento de ese nuevo aspecto de la economía.

Roma - salvo casos excepcionalísimos - no desmembró la unidad de su derecho privado para ofrecer cobija legislativa al tráfico mercantil. Fue la organización gremial o corporativa del medioevo la que impuso ese sistema jurídico particularizado, proteccionista y de clase.

El Derecho Mercantil nació para suplir las deficiencias que presentaba el sistema jurídico formalista y rígido, fraguado con las fórmulas clásicas del Derecho Romano-Canónico, adquiriendo una conformación más definida desde que sus normas consuetudinarias, o escritas dispersamente, fueron codificándose con la expedición de las Ordenanzas Francesas (1.673 y 1.681: Luis XIV), muy principalmente con la promulgación del "Code de Commerce Frances" (1.808), toma impulso en el siglo pasado y continúa su vigoroso proceso evolutivo en el presente.

Para Vivante ya no permanecen esos presupuestos históricos que hicieron factible el advenimiento del Derecho Mercantil como un producto típico e insoluble con otras manifestaciones de la vida privada. Para él y para sus seguidores - Bolaffio; Sraffa; Bruschetini; Norsa y Bensa (Italia); Molengraf (Holanda); Segovia, Malagarriga y Siburu (Argentina) - la penetración de la vida comercial a todo el orden del vivir humano privado es hoy un hecho que se pone fuera de cualquier duda, y esa infiltración, cuya principal característica es la de contaminar de mercantilismo a los elementos más figurativos del Derecho Civil cuyas bases primigenias sirven a la vez de pilares para el sostén del Derecho Comercial, reclaman poderosamente la reconstitución unitaria de ambas disciplinas.

Los autores estiman que se está operando un proceso jurídico, el cual convienen en denominar "La comercialización del Derecho Civil", porque el mayor número de actos suscitados en la diaria convivencia humana se verifican bajo formas mercantiles. Fenómeno advertido aún por modernos tratadistas y que Vivante, en épocas del naciente capitalismo industrial que apareció en Inglaterra a fines del siglo XVIII y se impulsó luego por toda Europa y el Mundo en el XIX, había descubierto perspicazmente, haciendo un registro de ejemplos extraídos de observaciones prácticas:

"... Y no se detiene aquí el dominio del Código. Su campo de acción está cuadruplicado, es la palabra justa, desde el momento en que su disciplina se ha extendido a cualquiera que participe en un acto de índole comercial: el ciudadano que se provee de alimento, de una medicina, de un libro; que deposita en la banca sus ahorros; que asegura una dote para su hija; que contrata una pensión para la vejez, está siempre regido por Código de Comercio, desde el nacimiento hasta la tumba, pasando por el cortejo bautismal, por la fiesta de bodas, por la celebración de los difuntos, es siempre el Código de Comercio quien gobierna... El mismo procedimiento cambiario, que es la más audaz conquista y tutela del crédito, no encuentra límite alguno en el carácter civil del deudor; y los pensado-

res más geniales querían aplicar a todos los deudores insolventes el sistema de la quiebra".

Son circunstancias reconocidas como obvias por la generalidad de los investigadores. Alfredo Rocco los cataloga como la "Universalización del Derecho Mercantil" y Georges Ripert, uno de los más influyentes maestros contemporáneos, en sus "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno" participando de la misma tesis agrega:

"La formación de nuevas riquezas, ha alterado la composición de las fortunas y de la vida económica. El derecho mercantil va a dominar la sociedad... El Código Civil ha dejado de ser el breviario de la vida corriente. Es el libro de razón que se abre solamente en las circunstancias excepcionales de la vida familiar: matrimonio y sucesión. En la vida diaria hay que tratar con los comerciantes. Puede darse el caso de no entrar jamás en el despacho de un notario pero es imposible el no tener que penetrar en un banco... Incluso la vida rural no escapa a esta mercantilización. Conoce el crédito agrícola y los Warrants representativos de las cosechas, la expedición de artículos por ferrocarril y el cobro de facturas mediante letras de cambio...".

Otro tanto señala Lorenzo Mossa en frases categóricas: "El derecho comercial se ha instalado como conquistador en la sede del Derecho Civil y ha ofrecido sus métodos y su vitalidad a todo el Derecho Privado" ("I problema fondamentali del diritto commerciale").

Se encuentra, pues, un consenso casi unánime en el concepto de que los negocios mercantiles poseen una tendencia expansionista a ocupar territorios tradicionalmente consagrados al imperio del Derecho Civil. Pero frente a la mencionada corriente ideológica que reivindica la primigenia unidad del derecho privado, otros pensadores - Rocco, Franchi, Sacerdoti, Vidari, Supino, Manara, Ripert, Mantilla Molina, Barrera Graf - con igual ardor de ánimo y con no menos autoridad doctrinaria recaban la imperiosa necesidad de defender la tradicional autonomía de las reglas mercantiles, alegando en su favor, principalmente la innata y aún persistente disparidad entre la substancia estructural del hecho mercantil y la substancia conformativa de la pura relación civil. Rocco, quien para este punto de vista es extremado, ha pretendido que no sólo deben diferenciarse los dos derechos sino luchar, además, por el establecimiento de una ciencia autónoma cuyo objeto de estudio será el Derecho Comercial.

Lo cierto es que la mayoría de los Estados tienen consagrado en su régimen positivo el doble juego de disposiciones para controlar, de manera disímil, las distintas actividades particulares. Por este motivo sólo se citan como casos de excepción los países que han adoptado la unidad preceptiva a este respecto: Suiza, desde 1.874, se preocupó por estable-

cer el "Código Federal de las obligaciones" que fue sancionado en 1.881 y puesto en vigor el 1º de enero de 1.883. En Italia empezó a regir, el 21 de abril de 1.942, el "Código Civil" referente a obligaciones civiles y mercantiles, dejando vigentes algunas leyes típicas del comercio, p. ej.: La cambiaria (diciembre 14 de 1933); sobre cheques (diciembre 21 de 1933) y Quiebras (marzo 16 de 1942). En Inglaterra existe el Common law" aplicable a todas las relaciones privadas. Sin embargo se advierten estatutos específicos como el "Bill of exchange Act." de 1.882 para los llamados instrumentos negociables. El denominado "Código de uQuebec" en Canadá funciona para cuestiones de ambas categorías. Según el comentarista de legislación Soviética V. N. Gordon - citado por Marcos Satanowsky. - Con el Código Civil puesto en vigencia el 1º de enero de 1923 y elaborado por A. Hoichbarg, se consiguió la suspensión de las actividades comerciales privadas. Ello no obstante parece que hubieran tenido que reglamentar, mediante la expedición de leyes, cuestiones separadas al Derecho Civil, como son el derecho cambiario, transportes etc.

Se enumeran dentro de esta lista excepcional las legislaciones de China, Siam, Polonia, Líbano y Países Escandinavos. "En Holanda - refiere Mantilla Molina - aun cuando no ha realizado una unificación formal, tiende a ella, pues ha suprimido la distinción entre actos de comercio y actos civiles, comerciantes y no comerciantes".

Otras Naciones han discutido internamente e intentado llegar a idéntica solución. En Francia las comisiones encargadas de elaborar proyectos de Códigos Civil y Mercantil, se reunieron (octubre 23 de 1949) para convenir la coordinación técnica de ambas materias, con un no oculto propósito de unificación. En el Brasil y la Argentina esa tendencia ha agrupado muchos adeptos pero aún continúa infranqueable la dualidad legislativa. En Méjico se planteó el problema en 1928, con motivo de la preparación del Código Civil, predominante un criterio favorable a la fusión, sin embargo los redactores claudicaron sus deseos al enfrentarse con el tropiezo de que se requería una previa reforma constitucional para alcanzar tal resultado.

También, como secuela obvia, los cuerpos colegiados y los concilios científicos han intervenido en este debate. El "Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial" (1940), y el "Quinto coloquio internacional de ciencias humanas" (París, 1953) discutieron ponencias relativas a la uniformidad o bifurcación del derecho privado. Hubo quien propusiera (Mauricio R. Yadarola), sintetizando conceptos, que se estudiara el implantamiento de un "Código de relaciones económicas" donde quedaría compendiado lo referente a las obligaciones particulares.

Pero hay que advertir, para evitar falsas nociones sobre el asunto, que la cuestión no se circunscribe a la agrupación material, en un solo código, de las reglas pertinentes a lo civil y a lo comercial. La unificación no pretende acumular dentro de unas mismas pastas preceptos de uno y otro orden bajo un tonto pretexto de encuadración. Ello sería una simple adición mecánica carente de significado lógico, sin ningún contenido de transformación jurídica. A propósito Rcco: "... Con frecuencia se discute sobre la necesidad y oportunidad de sustituir el actual Código de Comercio por un código único de obligaciones civiles y mercantiles; el que las normas relativas al comercio y las referentes a la vida civil se encierran en uno o dos códigos no tiene gran importancia en el orden científico; el Derecho Mercantil pudiera permanecer autónomo y, por consiguiente, también autónoma la ciencia del Derecho Comercial, aun cuando esta clase de normas estuviesen contenidas en un código único junto con las del derecho Civil de obligaciones..." ("Principios de Derecho Mercantil" pág. 61).

Se trata de saber porqué motivos atendibles dos sistemas legales que unas veces son paralelos, otras contradictorios y algunas ocasiones confluyentes, se disputan el terreno del actuar humano privado, refiriéndose (entrambos) a relaciones semejantes o idénticas.

Se pregunta porqué en Colombia p. ej. tenemos un Código de Comercio que habla de contratos y obligaciones, refiriéndose con especialidad a la compraventa, a la permutación, a la cesión de créditos, al transporte, al mandato, a la Sociedad, al préstamo, al depósito, prenda, fianza y aún a la prescripción extintiva, cuando está vigente también nuestro Código Civil que gobierna los mismos actos jurídicos en sus libros.

Si este dualismo no pudiera ofrecer explicación causal se estaría quebrantando un incuestionable postulado según el cual la Ley no debe contener disposiciones repetidas o inocuas y se haría imposible la regla de hermenéutica que prefiere acatar el sentido en que la norma produzca algún efecto, desechando aquella interpretación en que no genera efecto alguno.

Para hallar una respuesta satisfactoria a este interrogante la investigación debe orientarse hacia la contemplación y análisis de dos hechos primordiales:

1º - Escudriñar si en la realidad social aparecen diferenciadas las relaciones económico privadas de las personas, hasta el punto de que pueda señalarse una línea divisoria entre ellas para distinguir, de un lado las actividades estrictamente inscritas en el dominio tradicional de los fueros civiles y, de otro lado, las operaciones poseídas de un espíritu más sórdido, menos íntimo, más atraídas por el afán lucrativo, conformadoras

de una dedicación humana singularizada, cual es la industria mercantil que aprecia los bienes por su valor de cambio y no de uso, en oposición a las industrias extractivas (agricultura, ganadería, minería,) que resultan del esfuerzo directo del hombre sobre la naturaleza y a las industrias manufactureras, cuyo objetivo se reduce a la transformación de la materia extraída, para proporcionar satisfactores a las necesidades vitales.

2º - Si lo anterior arroja resultados positivos. Dosificar en qué medida esa "industria mercantil" exige tratamiento especial, dada su índole peculiar; si evidentemente revela una condición sui generis con un considerable acopio de necesidades disímiles a las de otras industrias, cuya consistencia reclame moldes jurídicos dotados de particular aptitud para la adecuada recepción y perfeccionamiento de sus caracterizadas instituciones.

Extractando los argumentos más relievantes en el pro y el contra de éstas arduas polémicas sobre la unificación o binomización del Derecho Privado, ellos podrían sintetizarse:

El derecho Comercial avanza a grandes pasos sobre los predios clásicamente adjudicados al Civil. El hecho mercantil se superpone constantemente por la misma fuerza de las evoluciones sociales que cada día acrecientan las necesidades de interdependencia entre los hombres. La época de hoy es la de la economía en "masa", la de mañana lo será aún más. La producción en serie, en grande escala, el aprovechamiento de la riqueza en grado mayor el de antes, la circulación de bienes y productos en progresiva aceleración, la concentración de los medios de productividad, hacen indispensable el **intercambio** como fenómeno radicalmente mercantil.

La economía se salió de sus lares domésticos, de su antigua individualidad pastoril, para vagar por todo el orbe. Ya es difícil encontrar un Robinson Crusoe que se haga sus propias sandalias, tampoco no las manufactura el vecino a trueque de nuestros disponibles servicios. Los productos cruzan de extremo a extremo el planeta buscando las necesidades para redimirlos, el portentoso sistema de transporte, la inmensa red universal de comunicaciones, los ingeniosos inventos, la creación innumerable de artículos, adyuvan y estimulan tan maravillosos prodigios. La vida humana en todos sus aspectos parece presa en una larga cadena de intermediarios en la que cada ser hace de su actividad profesional un eslabón para vincular a los demás.

Tales acontecimientos de la Sociedad moderna han planteado al Derecho Civil la urgencia de reajustar conceptos para que sus recipientes no se queden pequeños a la efervescencia del contenido. Por fuerza de las circunstancias ha tenido que plegarse, aún a costa de sus más rígidos

principios, al espíritu predominante, tomando prestadas al Derecho Comercial nociones intrínsecas a la naturaleza de éste: Los títulos de crédito (effets de commerce, conocidos como "Títulos-valores" en la nomenclatura jurídica actual) contienen regulaciones originales que están siendo adoptadas para el mejor desempeño de los títulos nominativos, además de que ya se frecuentan en toda clase de transacciones dejando de ser así patrimonio exclusivo de comerciantes. Las sociedades recogen, para su gobierno jurídico, la técnica mercantil. Las Anónimas y las de Responsabilidad limitada p. ej. se constituyen en la forma que indica el precepto mercantil sea cual fuere el género de explotación que pretendan. La institución de la quiebra, donde se acoge el principio de las decisiones mayoritarias rezagando al de igualdad de las partes contratantes sustentado por el derecho Común, reservada a los profesionales del Comercio, ha sido guía y ejemplo del "Concurso de acreedores" concerniente a los deudores civiles insolventes. El Régimen de la propiedad inmobiliaria atribuida excluyentemente al derecho Civil, empieza a gobernarse por el Mercantil cuando los bienes raíces se destinan a operaciones especulativas en serie. La industria bancaria considerada hoy un servicio público por la generalización de su uso y aprovechamiento de beneficios para todas las personas, se originó en necesidades del comercio. El transporte-contrato prolijamente reglamentado en el Código Civil, puede considerarse como una actividad netamente mercantil que influye, prepotentemente, en el desenvolvimiento y desarrollo de tal industria.

Otro tanto acontece con El Seguro, El Depósito, el mandato; servicios éstos prestados por empresas especializadas, y así podrían multiplicarse los ejemplos: contratos tipo, en serie, de adhesión, formularios, cláusulas de estilo, cuenta corriente, convenios extraterritoriales, el problema de los riesgos en actividades industriales. . .

Tal como están las cosas no alcanza a precisarse una semejanza de materias; ni siquiera el elemento histórico que sirvió de apoyo a la separación legislativa. Hoy sólo se advierte una sola materia homogénea sobre la cual debe recaer sin distingos una sola normatización jurídica. Examinando con detenimiento la contextura de esas relaciones, hasta ahora divorciadas en las reglas legales, se denota que no existe en ellas una diferencia de esencia o de contenido ya que se manifiestan simplemente como aspectos o modalidades de un mismo mecanismo económico. Así v. g. entre la actividad mercantil y la industria agraria - citadas como el más palpable ejemplo de antagonismos - ya no existen aquellos abismos diferenciales que colocaron los estatutos. Porque si bien es cierto que el comerciante compra con fines de reventa, también lo es que el agricultor adquiere semillas, compra abonos, fertilizantes, agrupa trabajo ajeno en su

hacienda, o establece compañías de aparcería, para luégo introducir al comercio los productos de sus cosechas, sin que en el acto del uno y del otro resplandezca un criterio distintivo que los demarque nitidamente.

No vale argumentar que el Código Civil lo sea el de la vida del hogar, "del propietario y de la familia", el Código del desinterés, la regulación de los más puros vínculos afectivos y que, en contrario, el de Comercio sea el Código de los ambiciosos, de la codicia sórdida, el que gobierna los actos inspirados en el fin lucrativo, pues en ambos vibra, con igual intensidad, el nervio de la relación económica y ambos son igualmente susceptibles de albergar operaciones jurídicas desposeídas de interés pecuniario. La patria potestad, las capitulaciones matrimoniales, la sociedad conyugal, la obligación de proporcionar alimentos, el régimen sucesorio mortis causa, son algunos ejemplos de instituciones civiles imbuidas de contenido económico. El revés puede encontrarse en actos realizados con el propósito moral, recreativo o altruísta, mediante el empleo de sistemas calificados tradicionalmente como mercantiles: Una sociedad anónima o cooperativa de mutuo auxilio, una donación representada con un cheque, una empresa comercial que destine sus utilidades a la beneficencia, la organización de transportes para viajes turísticos de los organizadores, etc., etc. (Ejemplos de Malagarriga).

La subsistencia de un cuerpo de normas dirigido hacia una disciplina en constante conexión con quienes (los separatistas) aceptan como "sujetos de la vida civil", tomados en forma excluyente, crea una situación desventajosa para éstos. Es evidente que los comerciantes - dotados hoy como antes de mayor poderío material - concentran sus influencias sobre los legisladores para obtener el Código que se ajuste con mayor rigor a sus intereses y protecciones haciendo, de esa manera, crecer más el desequilibrio reinante en las clases sociales y terminando por imponer sus puntos de vista, su estatuto especial, a los demás sujetos, a quienes por tal motivo se les toma por sorpresa ya que están en condiciones de prever la coexistencia de leyes dirigidas a idéntico objetivo.

El paralelismo de los códigos, dicen algunos, conduce, muchas veces, a entorpecer la aplicación del derecho y a tornarlo incongruente con postulados de la lógica cuando se dan normas antinómicas frente a una determinada situación jurídica que debe ser mirada con criterio uniforme. P. ej. el atinente a la capacidad de la mujer casada que presenta problemas de solución difícil en los países donde existen disposiciones antagónicas al respecto y ordenamientos bifurcados de carácter privado. Por otro lado, abordando el problema desde una concepción práctica, resulta que la duplicidad de los códigos referentes a una materia indivisible atrae consecuencias funestas en los litigios. La baratura judicial sufre grave

menoscabo ya que se perdería mucho tiempo y surgirían peligrosas incertidumbres tratando de elegir la disposición aplicable y esforzándose por dirimir los sucesivos conflictos jurisdiccionales, que acaecerían en los lugares donde ejerzan los Tribunales especializados de Comercio y la separación de procedimientos aplicables a unos u otros juicios.

Asimismo con la tendencia especializadora moderna en las profesiones, la presencia de dos ramas autónomas de un mismo derecho, pervierte la unidad científica, impulsando al mercantilista (Tratadista, legislador o estudiante) a la aplicación de su inteligencia en un solo sentido, profundizando conceptos particulares con lamentable descuido de los postulados vertebrales y principios generales básicos del Derecho que nutre todo el sistema jurídico privado.

Quienes sostienen la necesidad de mantener la tradicoinal separación de normas tratan de destruir las anteriores objeciones, con razonamientos, no inferiores en ednsidad ideológica, que pudieran condensarse así:

Cuanto a la llamada "Comercialización del Derecho Civil" es verdaderamente incuestionable que, por evidente reflejo de la evolución económica, los conceptos jurídico-mercantiles se expansionan, cada vez con mayor frecuencia, impregnando el ámbito general del derecho privado. Pero de aquí a la afirmación categórica de que hay un dominio casi absoluto de un Derecho por el otro, media una distancia insalvable. Conclusión tan rotunda peca por hiperbólica. Si se analizan, imparcialmente algunos conceptos e instituciones de innegable e insustituible vigencia para la armoniosa congruencia del cuerpo jurídico, tales como las relaciones de familia, el régimen de la propiedad, las reglas concernientes a la sucesión mortis causa, se encontrará la imposibilidad de "mercantilizar" estas categorías por su naturaleza estrictamente civilista. Aun situándonos frente a entidades que los especialistas agrupan dentro del concepto de "productividad" 'es necesario, para el buen orden legal, señalar mojones entre las industrias extractivas y agrarias con las demás (manufacturera y comercial); y no es descabellado tampoco pregonar la tesis de que, aun cuando la grande y mediana industria fabril hayan dado recepción al mercantilismo, la pequeña industria artesanal sigue fiel a los moldes civiles que la han contenido siempre. No hay, pues, temor científico ninguno para disentir de quienes opinan que el gigantesco despliegue de la actividad económica ocupe todo el espacio de las relaciones privadas.

En sentido contrario se alega también que es inconveniente pensar en la necesidad de una legislación mercantil autónoma por el advenimiento de la gran empresa, de las prepotentes industrias, de las negociaciones en serie, pues tal idea suscitara entonces la consecuente de que haría

falta un tercer Código para la regulación de las relaciones que se motiven en la industria mínima, el pequeño comercio y la productividad agraria. Pero quienes mantienen el concepto separatista aducen que, en tal caso, esas materias de menor categoría cuantitativa seguirían adscritas al régimen común de las normas civiles estrictas.

Por razones semejantes es inútil esforzarse en tergiversar la estructura sustancial de las cosas para confundirlas bajo una sola denominación. Subsisten y prevalecerán, por mucho tiempo, intereses encontrados entre esas dos órbitas del derecho privado. El Civil sigue dedicado a situaciones desposeídas de espíritu mercantil y éste, a su turno, reglando actos y hechos fisonomizados por características peculiares. Porque dentro de la doctrina no se haya llegado a un acuerdo unánime en lo tocante a los rasgos diferenciales del "acto mercantil" o si es éste y no el criterio de "profesión" quien de la pauta para orientar la legislación comercial, no es dable juzgar que ambos derechos recaigan sobre un mismo objeto que carezca de modalidades distintivas.

Con el ejemplo de que una misma persona realiza a diario actividades encajadas dentro de uno u otro sistema; con el de que el agricultor y el mercader obedecen profesionalmente a idéntico estímulo pecuniario, no tienen base suficiente para edificar la "unidad" rechazando la justificación de normas especiales. Porque si existen características fundamentales (interposición, celeridad, fin lucrativo, universalización, maquinización, desformalización, protección, intervencionismo, mayor acentuación del medio consensual para transmisión de bienes y derechos; prevalencia de la costumbre sobre la regla positiva civil de que no se presume la solidaridad, etc.) que invisten de carácter excepcional al Derecho Comercial y porque en la contemplación de cada caso concreto para establecer qué clase de preceptos le son aplicables, no ha de tomarse en cuenta una sola de esas características sino que es necesario enfocarlo al través de todas, para lograr una visión de conjunto evitando el riesgo de juzgar ilógicamente el todo por la parte.

Además, por lo ya dicho que hace de la cuestión comercial un Derecho vocacionalmente profesional, las más recientes investigaciones jusmercantilistas se han orientado por concepciones más novedosas: La Empresa, el Empresario, la Hacienda, la competencia desleal, la propiedad inmaterial (nombre comercial, Good Will, marcas, patentes), nociones estas que, en cierta forma, se apartan de los estudios tradicionales sobre lo que ha formado propiamente la materia mercantil. Ante todo el concepto de Empresa que preocupa a los autores de esta época, con tal apasionamiento, que hay quienes no vacilan en afirmarla como única justificación del derecho comercial autónomo, aceptando que "... La revisión

del derecho general de las obligaciones debía desembocar en el traspaso del derecho común de las reglas generalizadas, conservando para el derecho comercial las reglas singulares..." (L. Mossa: "Per il nuovo Codice di Commercio").

Del ataque a la autonomía del Derecho Mercantil por constituir una arma inequitativa que protege la supremacía de una clase social sobre otra, se defiende, en amena prosa, Alfredo Rocco:

"... Si hasta ahora en la formación de los códigos mercantiles ha ejercido influjo preponderante la representación de los intereses mercantiles, no quiere decir esto que semejante preponderancia se deba a la existencia de un Derecho Mercantil autónomo, y menos aún que no hubiera ocurrido si no existiese un código de comercio; toda clase social con intereses comunes que alegar y medios suficientes para ejercitarlos, influye en la formación de las leyes de modo adecuado a la importancia de los intereses en juego y con tanta mayor energía cuanto lo sean sus fuerzas, bien sobre la opinión, bien sobre los poderes públicos... el predominio de los intereses de las clases más poderosas y mejor organizadas, es un fenómeno social necesario que depende de muy otras y muy complejas causas que la existencia de un código autónomo para determinadas relaciones sociales; la clase más humilde de consumidores hallará tutela eficaz de sus intereses en la organización y en una activa participación de la vida pública, en una organización más fuerte del Estado, supremo protector del equilibrio entre las clases y grupos sociales, y no en la fusión del Código de Comercio con el Código Civil..." (op. cit. pág. 60).

En todas las ciencias, y con mayor razón en las llamadas sociales, se plantea siempre el problema de las clasificaciones. Es imposible concebir un sistema o un conjunto de ellas sin que aparezca la dificultad de precisar el objetivo que les pertenece. En el mismo campo de la Filosofía, de la Ética, de la Religión, de las Matemáticas, de la Sociología, etc., se duda muchas veces sobre qué materias particulares ha de versar la investigación. En el derecho resultan constantemente perplejidades acerca de la cual haya de ser su radio de acción. No se olvide el milenar debate respecto de las diferencias entre las normas de la Moral y las del Derecho y el de las órbitas propias de unas y otras. Que resulte complejo discernir lo concerniente al Derecho Civil para separarlo de lo que pertenezca al Derecho Comercial, creándose así una incertidumbre de competencias, no es asunto que obligue a borrar los mojonos entre los distintos objetos dado al conocimiento humano. Con este criterio fracasarían todas las disciplinas y se tornarían aún más incierto el Derecho. No es siempre fácil discriminar cuando un acto o negocio jurídico alude, p. ej., a los

preceptos civiles y cuándo a los penales y si es muchas veces delicado resolver sobre la naturaleza de un contrato cuando contiene elementos configurantes de Sociedad, contrato de trabajo y mandato. "Sin suprimir el Derecho, alega Rocco - y sin confundir las ciencias, agregamos nosotros - es imposible suprimir la cuestión de límites".

A la posibilidad de que el paralelismo en los Códigos acarree, en veces, problemas de incongruencia, se arguye en contrario que esa no es una dificultad nacida propiamente del dualismo normativo, ni objeción valedera para destruir los beneficios de la especialidad legislativa mercantil, ya que ello obedece exclusivamente a la carencia de planificaciones previas, a defectos técnicos que los productores de la Ley deben obviar provocando el reajuste concatenado de los Códigos para que funcionen en concierto, acoplados en el amoldamiento de los hechos sociales.

Tampoco es aceptable la tesis que se sustenta en la significación de que la disimilitud de estudios trae consigo la despreocupación y decadencia en el desarrollo del Derecho Civil; esta rama por privilegio de primogenitura y por su solidez de principios, tiene primacía sobre las demás e informa sustancialmente el Derecho privado. Las excavaciones que se hagan en el terreno del Derecho Comercial han de utilizar herramientas Civiles si se quiere lograr la perfección científica. Los mismos Códigos Mercantiles, dada su condición derivativa o de excepcionalidad, recurren a los Civiles para integrarse sistemáticamente, puesto que, en verdad, la "Autonomía" no dice relación a completa independencia sino a un desligamiento parcial con estrecha correspondencia entre ambos Derechos.

Por esto se niega exactitud a lo sostenido por E. Thaller, en un ensayo escrito con oportunidad del centenario del Código Napoleónico (1804-1904), aduciendo la subordinación del Derecho Mercantil al Civil manifestada en la circunstancia de que éste es, necesariamente, fuente supletoria de aquél.

Ocurre que, por razones de unidad, congruencia, afinidad, ensamblamiento y sistematización jurídica, todo orden legal supone la vinculación armónica de sus reglas para hacer compacto el tejido preceptivo. Pero que no exista un sometimiento de los ordenamientos mercantiles a los civiles, como tampoco debe hablarse de subordinación en esa disciplina respecto de otras ramas con las cuales mantiene una lógica interdependencia en pro del destino común que los liga.

No sobra tampoco advertir - como lo hacen algunos escritores - que en países donde existió la bifurcación legislativa (Italia para el caso)

la literatura jurídica fue abundantísima y selecta merced al esfuerzo contributivo de connotados tratadistas mercantiles entre los cuales descolla Vivante, que tanto empeño puso en sembrar la inquietud por la "Unificación del Derecho Privado", para revertir luego - en 1920 - a sostener la tesis contraria cuando escribió su introducción al "Tratado de Derecho Mercantil", porque con la fusión "... se podría causar un grave daño al progreso del Derecho Comercial..." aun cuando "... la fusión sea un deber del que estudia y del que enseña, un deber científico y didáctico... un deber judicial porque la Magistratura no puede cumplir su función social si no tiende hacia el equilibrio de intereses y hacia la unidad de las reglas dictadas para tutelarlos..." pero siempre "... debe reservarse al Código de Comercio la función de tejer libremente la trama de su propia materia..."

Finalmente parece imposible, o al menos contraproducente, la fusión de tales materias si se atiende a las distintas fuentes que las nutren. El Derecho Civil, pudiera decirse con algo de exageración, es amasado con ingredientes de la vida doméstica, tejido pacientemente con pulida y esmerada dedicación de los juristas en la rueda de los siglos. El Mercantil, en cambio, surge y resurge ariscamente de los diarios aconteceres, de los hechos mudables; no se estaciona, no tiene reposo; apenas si se remansa a veces para ahondar conceptos, pero luego prosigue su curso impetuoso por los cauces irregulares de la vida social. He aquí que en su elaboración positiva necesite más el aporte de los hombres experimentados en el trajín constante de sus metamorfosis permanentes: Comerciantes, contadores, agentes de cambios, técnicos, etc., que el de los dedicados al noble culto de las espirituales vocaciones puramente científicas. No sería por ello dable atrapar en un mismo estatuto, hecho con unidad de criterio y a la luz de mentalidades afines, cuestiones tan desemejantes como las civiles y comerciales, aquéllas sumisas para dejarse regular por mucho tiempo invariablemente, éstas fluídas y huidizas al constreñimiento en recipientes rígidos.

Luego de explicar los distintos ángulos de enfoque, el sustantivo, el adjetivo y el de la competencia (Tribunales), por donde es posible analizar la utilidad o ineficacia de la unificación, Mantilla Molina - un virtuoso del Derecho Mercantil - en admirable síntesis y tomando como puntos de referencia las características más sobresalientes, por su poder diferenciativo según las formas externas de manifestación, los fundamentos determinativos y las nociones basilares de la materia, presenta el siguiente esquema comparativo de los principales sistemas jurídicos:

TABLA

A. Derecho privado indiferenciado	{ Consuetudinariamente { Legislativamente	Tipo anglosajón
		Tipo suizo
B. Derecho privado diferenciado. (civil-mercantil)	{ Con criterio { subjetivo.	{ Base: { el comerciante: Tipo germánico. { Base: (Proyecto mejicano { La empresa: de 1943).
		{ Base: { La cosa mercantil: (Proyecto mejicano { de 1929) { Base: Tipo francés { El acto de Tipo italiano { comercio. Tipo español.

Examinadas las anteriores tendencias doctrinales desde un punto de vista ecléctico se predica que no es conveniente refundir esos dos grandes recipientes del Derecho privado, aun cuando sí es legítima y razonable la aspiración científica de eliminar muchas diferencias superfluas que sólo sirven para embrollar y hacer más compleja su aplicación. De aquí que la historia legislativa en este sentido acuse una transformación que va descendiendo del máximo grado al mínimo de separación entre los dos Derechos. En el más alto grado diferenciativo se clasifican aquellos sistemas que consagran diferentes normas sustantivas, regímenes procedimentales diversos y distintos organismos jurisdiccionales para conocer de los litigios referentes a las cuestiones de una u otra índole. (Ej: el Derecho Francés y el Cod. Mejicano de 1854). Se interpone un grado medio en el cual se conserva la distinción de ordenamientos sustantivos y adjetivos pero se prescinde de tribunales especiales, adscribiendo todas las controversias a los jueces ordinarios (V. g. caso Italiano de 1888 a 1942 y actual sistema Mejicano).

El mínimo grado sólo establece separación de los preceptos sustantivos que se someten a procedimientos uniformes sin ditingos de competencia Judicial (tal el adoptado en Colombia, no obstante que la C. Nal. art. 164 - autorizó al legislador para "... crear Tribunales de comercio..."; igual método emplean el Cod. Español y el Mejicano de 1884).

o o o

Se ha venido gestando en la mentalidad colombiana un vehemente afán por las innovaciones. En parte las instituciones políticas han re-

cibido el retoque de la transformación; el impulso reformista anhela cubrir todos los órdenes institucionales, acaba de entrar en vigor una nueva legislación económico-tributaria y están maduras las ideas para la adopción de un distinto régimen sobre la propiedad agraria. Años hace (La Ley 73 de 1935, "provee a la revisión del Código de Comercio) que se proyecta y medita la elaboración de un estatuto comprensivo de todas las cuestiones referentes a los asuntos mercantiles para evitar, en lo posible, la heterogeneidad de ordenamientos y empalmarlos dentro de la moderna red de los complejos acontecimientos económicos. Al efecto dos excelentes grupos de juristas especializados presentaron, en ocasiones cronológicamente diferenciadas, sendos proyectos de reforma.

La primera de las Comisiones revisoras fue integrada por connotados comercialistas: Emilio Robledo U., Juan Samper Sordo, Jesús Restrepo O., Jorge Hernán Latorre y Douglas Botero B. La segunda, cuyo trabajo está al estudio de las Cámaras colegisladoras, comprende en su nómina a un conocido autor de obras sobre Derecho Civil: Alvaro Pérez Vives, y a varios destacados profesionales de la cátedra Mercantil: Víctor Cock, Emilio Robledo U., José Gabino Pinzón y Efrén Ossa.

Cabe aquí la observación de que también se festina, simultáneamente en nuestro país, la estructuración de un sustituto del Código Civil y cabe la pregunta de que quizás sería de vital importancia seguir el ejemplo de los Franceses, quienes, como antes se anotó, tuvieron la feliz iniciativa de mantener una coordinación entre civilistas y mercantilistas provocando reuniones plenarias de las Comisiones encargadas de redactar uno y otro Código, para obtener un benéfico canje ideológico y tratar de aunar los esfuerzos hacia la consecución de un sistema armónico en el Derecho privado positivo.

Habría así la oportunidad de que se hicieran replanteamientos y se formaran criterios acerca de este intrincado tema sobre la unificación o el amojonamiento del Derecho privado que continúa dividiendo en bandos encontrados a los científicos de muchas naciones. . . De que se debatiera si ya ha llegado el momento anunciado por un renombrado autor argentino del siglo pasado, Lisandro Segovia, quien afirmó: "... No hay mayores inconvenientes en incorporar en una Ley única las disposiciones comunes a todo contrato u obligación... La tendencia moderna, la grande obra consiste en hacer fusionar los derechos Civil y Comercial... pero ella requiere tiempo y no puede ser improvisada..." (referencia de Malagarriga), o si como lo sigue sosteniendo Georges Ripet en su "Tratado Elemental de Derecho Comercial" vertido al español por Felipe Solá de Cañizares: "... actualmente asistimos a un verdadero renacimiento del Derecho profesional y no debe, pues, sorprendernos que los comercian-

tes tengan el suyo. . . En la sociedad moderna el espíritu comercial domina la vida civil. . . La tesis de la unidad del Derecho privado puede únicamente aceptarse haciendo la reserva de las reglas relativas al ejercicio de la profesión de comerciante”.

Para que si se llegare a formar convencimiento mayoritario sobre la necesidad de unificar las reglas pertinentes a las obligaciones y contratos, se diga si esa consolidación debe verificarse con los principios informadores del Derecho Civil, en la medida que lo hicieron Rusia e Italia, o con los del Derecho Comercial, a semejanza del Código Suizo de Obligaciones y Contratos.

Para que se diga si es verdad que el apotegma de Lorenzo Messa sobre que “El Derecho comercial ha sido el derecho de la libertad” (“Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX”), parece ensombrecerse ahora con la interferencia del Derecho Público en la trama de la actividad económica general. Si es cierto que asistimos a la Administrativación o estatización del régimen jurídico mercantil, por un nuevo poder absorbente que lo disputa victoriosamente al Civil; o sí, como lo pregonan algunos observadores de la progresiva actuación del Estado moderno en empresas de economía pública y mixta, el futuro estará más bien signado por la mercantilización del Derecho Administrativo, pues ese desbordamiento de las entidades soberanas en terrenos de los particulares reclama, para las interrelaciones con éstos, el sometimiento a los principios del orden normativo comercial.

Que intervenga también la Comisión Revisora del Código Judicial para que opine, en pro o en contra, sobre la conveniencia de acatar la autorización constitucional relativa al inauguramiento de los Tribunales Mercantiles y el lógico complemento de procedimientos especialmente adecuados a tal Jurisdicción.

Así, entonces, el país podría confiar en que sus legisladores concebirían una obra jurídica fecunda en sus proyecciones futuras; sólida en su conjunto estructural; autóctona para la realidad socio-económica colombiana y ejemplar para las naciones que yacen postradas en el anacronismo de vetustas legislaciones.