
El derecho mercantil y la relación derecho-economía en el pensamiento de Álvaro d'Ors

The commercial law and the relations between law and economy in Álvaro d'Ors' conception

Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA

Universidad de Navarra

evalpues@unav.es

RECIBIDO: 24/02/2016 / ACEPTADO: 21/11/2016

Resumen: El derecho mercantil surgió por unas razones históricas que hoy ya no persisten. Por eso debería unificarse junto con el derecho civil en un derecho privado único. La actividad económica es la realidad que regula el derecho mercantil, pero el derecho le aplica su propia lógica y valoración, sin someterse a criterios de pura racionalidad económica.

Palabras clave: derecho mercantil; Unificación del derecho privado; Economía y derecho.

Abstract: Commercial law arose because of historical reasons that no longer persist. That's the reason it should be unified with the «civil law» in a single private law. Economic activity is the reality that is regulated by commercial law, but law applies its own logic and values, without undergoing pure economic rationality criteria.

Keywords: Commercial law; Unification of private law; Economy and law.

1. INTRODUCCIÓN

Quienes hemos tenido el inmenso lujo de ser alumnos de profesores como D. Álvaro d'Ors conocemos lo que era un profesor universitario de la segunda mitad del siglo XX. Cómo «vivían» el Derecho, cómo «se entusiasmaban» y entusiasmaban a los demás al explicarlo, con qué respeto y exigencia trataban al alumno, y cómo toda su vida no era más que una aplicación de esa forma de entender el Derecho y la existencia como un servicio hacia los demás y hacia la búsqueda de la verdad. La sociedad y la Universidad de la posguerra que ellos vivieron y conformaron ya no existe. Quien esto escribe tampoco la conoció, pero habiendo tenido de profesores a personas como D. Álvaro (y a varios más como él) se la puede imaginar. La sociedad y Universidad actuales no son mejores ni peores, pero sí bastante distintas, con unos valores (o «no-valores») de los que ya D. Álvaro advertía cuando hablaba de la «vulgarización del derecho». Al final de su carrera universitaria D. Álvaro discrepaba profundamente del sesgo que iba tomando la aplicación del derecho e incluso su enseñanza en la Universidad española, pero aceptó que no podía comprenderlo, ni tampoco admitirlo, con una gran entereza. Ya jubilado, le encantaba hablar

con profesores y doctorandos para dar sus puntos de vista, consciente, sin embargo, de cómo estaba cambiando el sentido que se le da al derecho. Recuerdo con especial cariño una ocasión en la que vino D. Fernando Sánchez Calero para formar parte de un tribunal de tesis en nuestra Universidad, hacia 1993. El prof. Sánchez Calero aceptaba venir, con la esperanza de poder reunirse con D. Álvaro d'Ors y con D. Francisco Sancho Rebullida, con quienes había coincidido en el Instituto Jurídico Español en Roma en los años 50. En aquella ocasión pudieron juntarse los tres, y fui testigo del encuentro, en aquellos despachos del rectorado de nuestra Universidad. Tres eminencias del derecho romano, civil y mercantil, y sobre todo, tres universitarios cabales, tres verdaderos maestros. Entre ellos existía el respeto y el cariño forjado por una vida universitaria especialmente dura en sus inicios, y acrecentado por la valía personal y científica que cada uno había acreditado en su vida posterior. Ahora nos dicen que el maestro ya no enseña, sino que acompaña al alumno en su encuentro con el saber. A mí D. Álvaro, D. Fernando, D. Francisco y otros muchos me enseñaron tanto que jamás habría podido aprender sin ellos, que no puedo menos que mostrar mi agradecimiento hacia ese ejemplo de vida y de coherencia.

El concepto del derecho mercantil y de las relaciones derecho-economía que tenía D. Álvaro hay que enmarcarlo en aquella época que le tocó vivir, y también en aquella realidad legislativa en la que todavía la normativa mercantil era escasa en número y en relevancia. Pero también hay que comprenderlo como la visión de quien era capaz de sobrevolar el mundo entero del derecho para dar una opinión general certera, sin ese condicionamiento de que los árboles no te dejen ver el bosque. Por otra parte el «derecho privado» no se encontraba, todavía, tan mediatizado por la normativa organizativa-pública, y seguía siendo aún un derecho de composición de intereses libre entre particulares. Desde esas coordenadas, el pensamiento de D. Álvaro sigue siendo válido, un clásico, porque nos remite a los postulados básicos de qué es el derecho y en qué se basan sus juicios.

2. UN PUNTO DE PARTIDA: LA INEXISTENCIA DE UN «DERECHO MERCANTIL» EN EL DERECHO ROMANO

El manual de D. Álvaro tenía como título «Derecho privado romano». Y, ciertamente, estudiaba algunas instituciones clásicas de derecho romano que hoy consideraríamos como integrantes del derecho mercantil: las *actiones institoria* y *exercitoria*, el *receptum argentarii*, el *fenus nauticum*, la ley *Rhodia de iactu*,

etc.¹. Pero en la antigua Roma tales instituciones no se consideraban como algo distinto del resto de reglas de derecho privado, no configuraban una parcela específica del derecho. Algunos autores basan esta falta de diferenciación en el hecho de que faltara la organización corporativa que en la Edad Media provocó el surgimiento del derecho mercantil²; o que no se dieran las circunstancias de internacionalidad que posteriormente ocasionaron el nacimiento del derecho mercantil, pues el Imperio romano se constituyó como unidad jurídica³. Pero la tesis más aceptada se basa en la flexibilidad del Derecho romano, acomodado continuamente a las nuevas circunstancias por el Derecho pretorio y con un continuo trasvase de instituciones del *ius gentium*, la falta de necesidad de creación de un Derecho especial contrapuesto al común⁴.

Por lo tanto, sí hubo en Roma una serie de normas e instituciones jurídicas explicadas por razón del tráfico comercial cuya sistematización pudiera dar lugar a la existencia de un derecho mercantil. Lo que faltó fue, precisamente, esa sistematización porque el jurista romano es esencialmente práctico y huye de los conceptos abstractos y de las construcciones dogmáticas. Él da respuesta a consultas jurídicas, pero no elabora una teoría general ni una exposición ordenada del conjunto de sus soluciones. Sólo a partir de la «codificación» del derecho romano en el edicto perpetuo y, más adelante, en el *Corpus Iuris Civilis*, existe una sistematización (y, además, una vulgarización del derecho clásico, porque pierde la facultad de innovación y de creación espontánea que tenía hasta entonces). Por otra parte ello explica que aun habiendo instituciones especialmente mercantiles no se contrapusieran al derecho «común», porque no se tiene la consciencia de creación de un derecho especial respecto de un derecho general; no se contrapone el comercio al no comercio porque

¹ En este sentido GOLDSCHMIDT, H., *Universalgeschichte des Handelsrecht* (vol. I de su *Handbuch des Handelsrechts*), Aalen, Scientia, 1957, pp. 7 y ss.; GIRÓN, J., «El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado», *Anuario de Derecho civil*, 1951, p. 708; FADDA, C., *Gli istituti commerciali del Diritto romano*, Nápoles, 1903, núm. 45.

² THALLER, M., «De la place du commerce dans l'histoire générale», *Annales de Droit commercial*, 1892, VI, p. 126.

³ HOUVELIN, P., *Études d'histoire du Droit commercial*, París, 1929, p. 81.

⁴ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 71 y ss. Véanse también en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil», *Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues*, Madrid, 1971, vol. I, p. 6; JIMÉNEZ DE PARGA, R., «Condicionamientos históricos del Derecho mercantil en la fase inicial de su formación», *Estudios de Derecho mercantil en honor a R. Uría*, Madrid, 1978, p. 319; OLIVENCIA, M., «El derecho mercantil. Origen y evolución histórica», en G. J. Jiménez Sánchez y A. Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, vol. 1º, p. 40.

no se manifiesta una tensión entre ambos. Recuérdese que el manual de D. Álvaro se titulaba «Derecho privado romano», no «Derecho civil romano», ya que no se contempla un derecho del ciudadano como contrapuesto a un derecho del comerciante. Esto es algo que cambiará por completo mucho más tarde, en la baja Edad Media.

3. UN PARALELISMO: EL NACIMIENTO DEL «DERECHO MERCANTIL» COMO UN DERECHO DE *IURIS PRUDENTES*

Toda la literatura jurídica cifra el nacimiento del derecho mercantil, tal y como lo conocemos hoy, en la Baja Edad Media. Con la decadencia del Imperio romano, las invasiones bárbaras, los intentos de invasión árabe, las luchas intestinas entre señores feudales, etc., en la Alta Edad Media el comercio había quedado reducido al mínimo en un ámbito puramente local en que lo preponderante es el autoabastecimiento de cada grupo de personas y las ciudades se constituyen como meros centros administrativos o defensivos⁵.

Cuando la seguridad y la paz se consolidan, surge la posibilidad del comercio interlocal y éste se desarrolla de forma creciente. En los siglos X y XI las ciudades resurgen como centros comerciales e industriales en los que comerciantes y artesanos se agrupan en corporaciones gremiales⁶. Junto a las ciudades surgen las ferias y mercados en que se lleva a cabo un floreciente comercio local e interlocal. En este comercio interurbano se manifiestan los rasgos del espíritu capitalista⁷, caracterizado por el espíritu de lucro, ganancia y especulación, mientras que el comercio local, de los mercados, es de carácter más rígido y proteccionista. Ese comercio interurbano es ejercido por comerciantes nómadas, transeúntes de una a otra feria cuya actividad va creando el germen de instituciones mercantiles diversas⁸. El crecimiento de la importancia económica de este grupo de personas se manifiesta porque incluso pasan a

⁵ PIRENNE, H., *Las ciudades de la Edad Media*, Alianza, Madrid, 1987, p. 45.

⁶ PIRENNE, H., *Histoire économique et sociale du moyen âge*, Presses Universitaires de France, París, 1963, p. 53.

⁷ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 19.

⁸ Los rasgos que caracterizan a estos comerciantes nómadas, especialmente cuando su organización y estabilidad es tal que les permite asentarse en un núcleo urbano, han sido expuestos especialmente por SOMBART, W., *El burgués: contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 20 y ss.

dirigir la actividad industrial cuando ésta comienza a aparecer⁹. Controlan, en cierta forma, toda la actividad económica y comercial de la urbe.

Pues bien, para este floreciente comercio local e interlocal, que exige libertad y agilidad en el tráfico, el derecho existente se muestra totalmente insuficiente. Este derecho está integrado básicamente por cuatro componentes: derecho canónico, derecho romano, derecho germánico y el derecho particular de las diversas ciudades y corporaciones.

El derecho canónico se basaba en principios como la prohibición de la usura o la teoría del precio justo, completamente opuestos al tráfico ágil y libre de trabas que el comercio demanda¹⁰. El derecho romano heredado es el derecho justinianeo, que desde el 130 d.C. ha perdido la posibilidad de renovación por medio del edicto pretoriano, al haberse éste codificado por Juliano. Su posterior elaboración en la etapa postclásica del derecho romano por glosadores y postglosadores se mostró también anquilosada, anclada en realidades de siglos atrás y sin afán renovador alguno¹¹. Por último, el derecho germánico era básicamente agrario y bárbaro, con elementos mágicos y procedimientos arcaicos como las ordalías. De igual forma el derecho de las ciudades, agrario y basado en la autarquía, poco podía aportar a las necesidades del comercio.

Ante esta realidad surge un nuevo derecho consuetudinario, adaptado a las necesidades del tráfico comercial, creado por los propios comerciantes y aplicado por sus propios tribunales. En efecto, los comerciantes se agrupan en diversos organismos corporativos que se pueden dividir en dos tipos: gremios y gildas o universidades de mercaderes. Aquéllos agrupaban a los comerciantes locales y minoristas, y buscaban un proteccionismo y autodefensa de esas personas; éstas a los interlocales y poderosos, que regían de hecho el comercio de las ciudades de su ámbito e impulsaban de forma más vigorosa el surgimiento de costumbres comerciales. Estas corporaciones tienen sus propios tribunales, los «consulados», que fallan los litigios con base en la buena fe y la equidad por medio de procesos ágiles y rápidos (*ex bono et aequo, sine strepitu iudicis*)¹².

⁹ MARTIN J. L., *Economía y sociedad en los reinos hispánicos de la Baja Edad Media*, El Albir, Barcelona, 1983, vol. II, p. 447.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 137 y ss.; HAMEL, J.; LAGARDE, G. y JAUFFRET, A., *Droit commercial*, Dalloz, París, 1980, I, 1, p. 33.

¹¹ GIERKE, J. von y SANDROCK, O., *Handels- und Wirtschaftsrecht*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1975, I, p. 11; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Imp. Aguirre, Madrid, 1983, I, p. 29.

¹² LANGLE, E., *Manual de Derecho mercantil español*, Bosch, Barcelona, 1950, I, p. 116.

Estos tribunales consulares delimitan su jurisdicción con base en un doble criterio objetivo y subjetivo. Operan en litigios entre comerciantes inscritos en las respectivas corporaciones y si la materia es un negocio mercantil o conexo: juzgan por tanto sobre un *ius mercatorum, rationae mercature*, conjuntando los criterios objetivo y subjetivo en la delimitación del ámbito jurisdiccional¹³. Esto sigue siendo así incluso cuando la jurisdicción se amplía a comerciantes inscritos en otras corporaciones o a personas que no son comerciantes porque lo tienen prohibido (aun en tales casos se «finge» que son comerciantes, a los efectos de aplicación del derecho especial); y también aunque la materia mercantil se vaya ampliando poco a poco a todo tema relacionado con el comercio de mercaderías y dinero¹⁴. Sigue siendo un derecho aplicable a comerciantes, o a quienes con ellos se relacionan, en materias del comercio de aquel entonces.

Pronto los usos serán objeto de compilaciones y recopilaciones que recogen los observados en una plaza o en un ámbito geográfico y comercial determinado. Lógicamente la mayor parte de estas recopilaciones son básicamente idénticas¹⁵, porque eran iguales los usos aplicados en todas las plazas, dado que como hemos dicho los comerciantes que los impulsaban eran muchos de ellos nómadas que en todas las ferias y ciudades implantaban las mismas costumbres. En nuestra patria también tuvo lugar la labor de recopilación de usos, elaborando las corporaciones de mercaderes sus propios reglamentos¹⁶ y surgiendo verdaderas compilaciones sistemáticas, como el «Llibre de Consolat de mar» que recogía casi por completo todo el derecho marítimo, o el «Código de costumbres de Tortosa» (1279-1284). Lo que no existe, en España ni en otros sitios, es un tratamiento doctrinal del derecho mercantil, que se recoge en obras generales de divulgación¹⁷.

¹³ ASCARELLI, T., *Corso di Diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 7 y ss.

¹⁴ Sobre el contenido normativo del Derecho mercantil en esta primera etapa, y la evolución y ampliación del mismo, véanse ALONSO UREBA, A., *Elementos de Derecho mercantil. I. Introducción (concepto, método y sistema)*, Universidad de Castilla La Mancha, Albacete, 1989, pp. 19 y ss.; y GONDRA, J.M., *Derecho Mercantil I. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 19-20.

¹⁵ BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1950, p. 43.

¹⁶ LANGLE, *op. cit.*, I, p. 131; FONT I RIUS, J.M., «La Universidad de prohombres de Ribera de Barcelona y sus ordenanzas marítimas (1258)», *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 212 y ss.

¹⁷ GONDRA, *op. cit.*, p. 21.

Junto a este derecho mercantil «privado» van surgiendo normas que hoy calificaríamos como de derecho público, tales como las que regulan los órganos corporativos de los comerciantes (régimen de los consulados, disciplina interna, etc.) o las que emanan de los poderes públicos para regular ferias, mercados, moneda, etc.¹⁸. Constituyen un remoto precedente de lo que hoy se ha dado en llamar el derecho administrativo económico.

No parece que pueda decirse que en estos momentos el derecho mercantil es ya un sistema completo de normas. Se trata más bien de un conjunto de instituciones diversas nacidas por las exigencias del tráfico económico, pero sin regular de forma exhaustiva toda esa realidad. El esfuerzo sistematizador o globalizador es propio de las obras divulgativas. Como instituciones más relevantes en estos inicios del nuevo *ius mercatorum* cabe citar el contrato de compraventa, como eje central del comercio; los auxiliares del comerciante y la colaboración entre comerciantes por medio de contratos precedentes de nuestra actual «comisión»; el surgimiento de los contratos de cambio y de las letras de cambio entendidas como órdenes de pago a los empleados de otras ciudades; las sociedades mercantiles, a menudo resultado de la continuación de la actividad mercantil del progenitor común por parte de sus descendientes (de ahí, p.ej., la razón social compuesta por el nombre de los socios); o los negocios de financiación por medio del préstamo, o a través de la puesta en común de capitales, precedente de la sociedad comercial¹⁹. Cabe destacar igualmente la importancia en este periodo del derecho marítimo, basado sobre todo en la incomunicación entre naviero y buque cuando éste se hallaba en alta mar y en el mayor riesgo del comercio marítimo.

Es claro que este nuevo derecho mercantil, nacido contrapuesto al derecho común, creado y aplicado por los propios comerciantes, tiene como fundamental interés proteger el de los comerciantes y el comercio²⁰. Mas interesa precisar aquí que el derecho mercantil nace con un carácter de privilegio; pero no en el sentido despectivo actual de excepción contraria a reglas de justicia estricta, sino entendido como derecho especial, el derecho propio del comercio.

Posteriormente, la aparición de los Estados nacionales soberanos tiene gran incidencia en el derecho mercantil, porque la propia idea de soberanía

¹⁸ ALONSO UREBA, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁹ Véanse sobre todos estos aspectos ASCARELLI, T., *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1964, pp. 38 y ss.; y SANTARELLI, U., *Mercanti e società tra mercanti*, Giapichelli, Turín, 1998, pp. 143 y ss.

²⁰ GALGANO, F., *Storia del Diritto commerciale*, Il Mulino, Bolonia, 1990, p. 37.

y de poder absoluto es contrapuesta a las fuentes autónomas de producción del derecho y a la existencia de poderes intermedios²¹. En efecto, a partir de este momento el derecho mercantil pierde su carácter consuetudinario y pasa a ser un derecho estatal, derecho legislado²². Los usos del comercio sólo son verdadera norma aplicable si los sanciona el Monarca. Por ello aunque las corporaciones siguen elaborando compilaciones privadas, éstas precisan de la sanción del poder público. Y en relación con esto, los Tribunales dejan de ser Tribunales consulares de las propias corporaciones para ser Tribunales de la jurisdicción del rey que aplican la ley en su nombre. En cualquier caso, las normas mercantiles siguen siendo elaboradas fundamentalmente por los comerciantes, e igualmente los Tribunales consulares se integran por ellos, por lo que no existe en este momento aún un desapego del derecho respecto de la realidad económica que regula.

Surgen así las grandes leyes estatales con sus pretensiones de generalidad y obligatoriedad. Destaca en este orden de ideas la Ordenanza de comercio francesa de 1673, que unifica todo el derecho comercial francés, instaurando la buena fe como principio general de fundamental observancia²³. En nuestra patria destacan las Ordenanzas de Bilbao, cuya última versión, sancionada por Felipe V en 1737, es de una gran perfección y calidad, regulando de forma unificada el comercio marítimo y el terrestre. Estas normas recogen básicamente las instituciones jurídico-mercantiles de la etapa anterior, por lo cual aunque formalmente la creación del derecho mercantil cambia, materialmente el contenido de las normas sigue siendo fundamentalmente el mismo salvo las instituciones nuevas que se van creando (p.ej., las compañías coloniales, antecedente de la actual sociedad anónima).

Consecuencia fundamental de esta regulación legislada llevada a cabo por el Estado soberano es la aparición de diversos derechos mercantiles nacionales, rompiendo así la unidad anterior de la *lex mercatoria*, pero unificando a su

²¹ MOLL DE MIGUEL, S., «El derecho comercial del Estado nacional-mercantilista», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, p. 671.

²² GIRÓN, *op. cit.*, p. 716; RUBIO, J., *Introducción al Derecho Mercantil*, Nauta, Barcelona, p. 157; OLIVENCIA, *op. cit.*, p. 8; HAMEL, LAGARDE y JAUFFRET, *op. cit.*, I, 1, pp. 35 y ss.; ASCARELLI, *Corso...*, *cit.*, p. 28.

²³ Sobre esta Ordenanza véanse JIMÉNEZ DE PARGA, R., «Condicionamientos históricos del Derecho mercantil en la fase inicial de su formación», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, p. 331, y bibliografía por él citada; HAMEL, LAGARDE y JAUFFRET, *op. cit.*, I, 1, p. 37; RIPERT, G. y ROBLOT, R., *Traité élémentaire de Droit comercial*, Pichon-Durand-Auzias, París, 1984, I, pp. 13 y ss.

vez todos los usos nacionales (de hecho ya bastante unificados, como vimos). La idea de soberanía reclama la unicidad y unidad de la legislación mercantil, como en general de todas las demás ramas del ordenamiento, introduciendo así un factor totalmente contrario al espontáneo desenvolvimiento uniforme del derecho mercantil²⁴.

El paralelismo entre el surgimiento y consolidación del derecho mercantil, con el surgimiento y consolidación del derecho privado romano clásico, es evidente. Al igual que en éste, el derecho mercantil surge como una respuesta de autoridad de un cónsul que ha sido nombrado como tal por sus conocimientos, experiencia y honradez; un derecho basado en la *auctoritas* de un *iuris prudente*. No es derecho emanado del legislador, ni heredado de legisladores anteriores, ni está basado en la *potestas* del soberano. La respuesta del jurista no se vincula al derecho privado existente, porque se parte de que la realidad que debe juzgarse es distinta, y requiere una respuesta independiente; ni tampoco se vincula a un proceso judicial formal de los que entonces existían. Ciertamente es que el cónsul se diferencia del *iuris prudente* romano en que ha sido nombrado por el gremio o la gilda correspondiente, de forma que no acuden a él las partes de común acuerdo, sino por ser el tribunal establecido por los propios comerciantes. Aun así, difiere del concepto de juez funcionario o de juez que actúa por la potestad del monarca. Esa es la época en la que se crean las grandes instituciones mercantiles: la comisión mercantil, la letra de cambio (*pecunia traiectica*), la *commenda*, el préstamo a la gruesa, etc. Y nacen como un derecho vivido, pegado a la realidad, creado por comerciantes y para comerciantes, y no mediatizado por un derecho legislado previo. En cambio con el surgimiento del Estado ocurre como con la vulgarización del derecho romano: se pierde la capacidad creativa, el derecho surge de la *potestas* del monarca, se aplica por «oficiales» que no tienen por qué conocer la realidad sobre la que deciden, etc. La evolución de un *ius* creado por la *auctoritas* de los prudentes a una *lex* emanada de la *potestas* del monarca, tan desarrollada por D. Álvaro para el derecho romano²⁵, se podría aplicar al surgimiento y evolución primera del derecho mercantil.

²⁴ LANGLE, *op. cit.*, I, p. 146; HAMEL, LAGARDE y JAUFFRET, *op. cit.*, I, 1, pp. 35 y ss.; ASCARELLI, *Corsa.*, cit., p. 28; GALGANO, *op. cit.*, p. 56.

²⁵ Esta distinción es una de las claves de todo el pensamiento de D. Álvaro. Como textos sincréticos pueden verse «*Lex* y *ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*» y «Autoridad y potestad», de los años 1971 y 1964 respectivamente, recopilados en ORS, Á. d',

Es más, esa forma espontánea de creación del derecho sigue existiendo en materia comercial, pero en el ámbito internacional. El derecho estatal acabó con la creatividad, pero el comercio internacional sigue exigiendo reglas propias que tengan en cuenta el elemento de internacionalidad y eviten el recurso complicado a los derechos nacionales (a determinar qué derecho nacional es aplicable, y luego a aplicarlo, con tradiciones a veces muy alejadas de lo que exige el comercio real). Por eso ha surgido la imprecisamente denominada *lex mercatoria*, creada también por las propias asociaciones de comerciantes, no vinculante (salvo que se plasme en tratados internacionales, de los cuales incluso algunos no son totalmente imperativos), y aplicada por tribunales arbitrales «no oficiales»²⁶. De nuevo el «derecho vivido», y pegado a la realidad, creado por quienes actúan en la realidad que se regula, y no sometido a las organizaciones nacionales que se muestran a menudo inadecuadas para realizar una regulación moderna, ágil y adecuada; el *ius* frente a la *lex*.

4. UNA CONCLUSIÓN: LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Para un romanista y un iusprivatista, como era D. Álvaro, la distinción de un «derecho mercantil» como contrapuesto al «derecho civil» no tenía sentido alguno. No se producía en el derecho romano, y si surgió en la Baja Edad Media era porque el derecho privado de aquella época, por sus condicionamientos históricos y sociológicos, no podía regular de forma adecuada los conflictos que surgían en una realidad nueva: la del comercio interlocal. Se trataba de una distinción puramente contingente, debida a razones históricas, pero el conjunto de instituciones que hoy llamaríamos mercantiles seguía siendo el del derecho privado con algunas especialidades.

Escritos varios sobre el derecho en crisis, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Delegación de Roma, Roma-Madrid, 1973, pp. 87-92 y 93-103 respectivamente.

²⁶ Cabe destacar la aportación de SCHMITHOFF, C., «The unification of the law of international trade», *Journal of Business Law*, 1968, pp. 105 y ss., que defiende una autonomía de fuentes y jurisdicción de la *lex mercatoria* demasiado fervorosa e irreal. Con mayores matices acerca de esa supuesta «autonomía» véanse, entre nuestros mercantilistas, escritos ya «clásicos» de fines del siglo XX: GONDRA ROMERO, J.M., «La moderna *lex mercatoria* y la unificación del derecho internacional», *Revista de Derecho Mercantil*, 17 (1973), pp. 7 y ss.; OLIVENCIA, M., «UNCITRAL: hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI», *Revista de Derecho Mercantil*, 207 (1993), pp. 27 y ss.; PETIT LAVALL, M.V., «Hacia una delimitación del concepto de *lex mercatoria*», *Revista General del Derecho*, 548 (1990), pp. 3085 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, R., «El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, 207 (1993), pp. 38 y ss.

La codificación, con su afán puramente racionalizador, encontró la distinción, porque ante la sistematización del derecho privado en los códigos partió de una codificación separada del derecho civil y del derecho comercial. No se intentó un código único de derecho privado, posiblemente porque si cada código es un cuerpo legal completo, en que la materia contenida se agrupa sistemáticamente y con una racionalidad absoluta y una «exactitud» cuasi-matemática, resultaba más lógico para aquella mentalidad crear dos códigos separados. Derecho civil como derecho de la persona en sí misma, y derecho comercial como derecho del comercio, resultaba una dualidad atractiva, ordenadora y convincente. Además, para enfatizar la sistematicidad del conjunto se forzarán las instituciones para que encajen todas en las mismas directrices. Surge, así, toda la teoría de los «actos de comercio», para no basar el derecho comercial como un «derecho de los comerciantes», algo que a simple vista contradiría el principio de «igualdad» revolucionario. Y durante el siglo XIX los autores intentan fijar la naturaleza de esos «actos de comercio» con teorías bastante poco realistas, condicionadas por tener un resultado ya prefijado, por ser una respuesta más o menos racional a un problema cuya solución ya está dada.

A mi juicio este intento absurdo y soberbio de contraponer y construir un «derecho mercantil» como algo distinto al «derecho civil» parte de una incorrecta intelección de en qué consista la división del ordenamiento en ramas del conocimiento. Esta división es puramente instrumental, una «forma de hablar», y no una «forma de ser». El ordenamiento es en sí un todo único que sólo resulta totalmente comprensible en su unidad. Ahora bien, a la mente humana le es imposible aprehenderlo en su totalidad, y por eso se le divide para poderlo conocer. Del acierto con el que hagamos esa división dependerá que podamos proclamar en mayor o menor medida una relativa autonomía de esa rama. Pero en cualquier caso la diferenciación obedece a razones didácticas y metodológicas²⁷. De cada rama del ordenamiento puede proclamarse

²⁷ Como señalaba GIRÓN, *op. cit.*, pp. 983-984, «Si nuestros mecanismos de posesión intelectual permitieran aprehender el conjunto del Derecho así entendido, en extensión y profundidad, no se precisaría dividirlo; se le divide para hacer posible el conocerle. El Derecho mercantil es una de esas divisiones». En este mismo sentido, para ROJO los criterios de sistematización de las ramas del derecho son consecuencia de una determinada lógica jurídica impregnada de un escolasticismo primario; el jurista construye un sistema a partir de los conceptos que crea y lo divide en ramas o categorías jurídicas con arreglo a heterogéneos criterios convencionales («El derecho económico como categoría sistemática», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1980, p. 260).

una relativa independencia, en cuanto comprende una forma de la experiencia jurídica. Pero en todo caso se debe ser consciente de que cada rama es limitada porque sólo comprende esa forma de la experiencia y, en esa medida, depende de toda la experiencia que ha «dejado fuera»²⁸.

D. Álvaro era consciente de todo esto. En su mente de jurista cabal la cosmovisión del derecho no contemplaba como lógica, o como esencial, la especialidad del «derecho mercantil». Para él el «derecho» era el derecho privado («derecho en el más auténtico sentido del término»), entendido como «aquello que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles», como contrapuesto al «derecho público», que es fundamentalmente organización social²⁹. Incluso el término «derecho civil» no tiene un sentido específico, pues viene de *civis* («ciudadano») y sólo se explica como contingencia histórica. Por eso, para d'Ors, «La misma amplitud del término «civil» facilita que se pueda recuperar la unidad del ordenamiento jurídico, perdida por la atomización de las especialidades, en consideración a grupos sociales preferentemente interesados. En efecto, del mismo modo que, por el interés de los funcionarios del Estado, se independizó un Derecho Administrativo, el de los comerciantes dio lugar a un Derecho mercantil [...] ; y hoy se está insinuando la nueva escisión del «Derecho del Consumo» por el interés de los consumidores. Todo ese desorden de vulgarización del derecho parece que deberá ser superado en el futuro mediante la atracción unificadora de la relación de servicio»³⁰.

Este juicio de D. Álvaro resulta de total actualidad. No ya sólo porque en el derecho anglosajón esta distinción no existe, y porque en muchos países europeos de tradición latina o germánica se han ido creando textos legislativos unificados, en los que no hay especialidades «mercantiles». Sino porque en el Derecho privado europeo de obligaciones y contratos la tendencia ineludible es a crear un «derecho privado unificado» en el que no se realiza referencia alguna a su condición «civil» o «mercantil». Incluso en esta no alusión a este

²⁸ CAPOGRASSI, G., «Note sulla molteplicità degli ordenamenti giuridici», *Opere*, Giuffrè, Milán, 1959, IV, p. 194.

²⁹ ORS, Á. d', *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 85, 48 y 141, respectivamente. «Puede decirse, pues, que el derecho público es de «situaciones» y el privado es de «relaciones», *op. cit.*, p. 47.

³⁰ *Nueva introducción...*, *cit.*, p. 50. Con otro enfoque, no de unificación legislativa sino jurisprudencial, en «Hacia un nuevo derecho común», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1990, pp. 361-364.

derecho como «civil» acertó la predicción o el deseo de D. Álvaro. La diversidad de derechos privados nacionales supone una distorsión del mercado único, y por eso las instancias comunitarias trabajan desde hace años en elaborar un texto que pudiera ser adoptado bien como derecho interno por los países, bien como un derecho común para las relaciones comerciales entre nacionales de distintos países comunitarios. Pues bien, este texto (tanto el *Common Frame of Reference*, elaborado en 2008, como la «Propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL)») no se adjetiva de «civil» ni de «mercantil»; y las únicas «especialidades» que pueden encontrarse no radican en que una de las partes sea empresario, o que el negocio sea de tipo «mercantil-comercial» (concepto que no existe), sino en que uno de los sujetos (o ambos) sea consumidor. Pero incluso para estos casos el derecho privado europeo evita referirse a una especie de «derecho de consumo» como categoría específica, ni siquiera como especialidad³¹. Es claro que en el moderno Derecho comparado europeo la distinción entre lo «civil» y lo «mercantil» en materia de obligaciones y contratos está pasada de moda, arrumbada, abandonada.

Pese a todo ello, en nuestro país seguimos remando a contracorriente. Buena parte de nuestra doctrina civilista y mercantilista ha defendido la unificación del derecho privado de obligaciones y contratos, en la línea defendida por D. Álvaro³². Y la razón fundamental es que ya no existe una distinción

³¹ Puede verse, a este respecto, la exposición que se realiza en AUTOR, 2013-I, pp. 199-216.

³² Véanse, entre otros, defendiendo una unificación sustancial, las propuestas de RUBIO, *op. cit.*, pp. 237 y ss.; SUÁREZ LLANOS, L., «Bases para una ordenación del Derecho de la contratación mercantil», en *Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1979, pp. 290 y ss.; BELTRÁN, E., *La unificación del derecho privado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, pp. 53 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., «La unificación del derecho de obligaciones», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2 (1999), pp. 15 y ss.; EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 135; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «El contrato en el Derecho privado», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, vol. I, pp. 276 y ss. En cambio, una segunda postura defiende la unificación, pero plantea que tras la misma persistiría una categoría de contratos «ontológicamente mercantiles» o ciertos principios mercantiles no unificables, véanse GARRIGUES, J., «Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 71 (1959), pp. 94 y ss.; BROSETA, M., *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1965, pp. 228 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., «El Código de comercio y los contratos mercantiles», en VVAA, *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, p. 259. Para URÍA y MENÉNDEZ la unificación se ha producido en los países en los que el Derecho civil ha sabido adaptarse a las nuevas exigencias, flexibilizando y agilizando el tráfico jurídico, de forma que el «derecho especial» ha perdido la razón de ser; pero no ha sido así en España, en la que este proceso apenas se ha iniciado, «Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil», *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, vol. I, pp. 29-30.

entre la «mentalidad civil» y la «mentalidad especulativa» que podría, quizás, justificar la realidad de dos códigos en el siglo XIX. Pero, sin embargo, cuando el Ministerio de Justicia encargó a la Sección de lo mercantil de la Comisión de codificación la creación de un nuevo «Código de comercio», esta Sección creó un texto que no sólo mantenía las especialidades de los contratos mercantiles, sino que además establecía toda una «teoría general de obligaciones y contratos mercantiles». Esto es, no sólo no unificaba, sino que además enconaba una división artificial, que habría originado una mucha mayor inseguridad jurídica en los litigios, y que dio lugar a un más que comprensible rechazo entre la doctrina iusprivatista³³. Parece que esta fue una de las razones por las que finalmente el proyecto de Código no salió adelante. Esperemos que los nuevos pasos en la evolución del derecho privado español vayan más hacia la unificación, como en el derecho moderno.

5. UN APUNTE: LA «ECONOMIZACIÓN DEL DERECHO» COMO «VULGARISMO JURÍDICO»

Realizando un paralelismo con la «vulgarización» del derecho romano «clásico», D. Álvaro consideraba que el derecho de su tiempo había caído en un vulgarismo: «este vulgarismo en que el derecho de nuestro tiempo parece querer recaer es el que viene determinado por la pérdida de la autonomía de la jurisprudencia, y su confusión con la Sociología y la Economía [...] Cuantos se han preocupado por destacar los rasgos peculiares del vulgarismo han encontrado entre otros este emerger de una consideración naturalística de las antiguas instituciones, en la que la configuración propiamente jurídica cede ante otra más sociológica y económica»³⁴. Las Ciencias son de tres tipos: humanas, sociales y naturales. El derecho es una Ciencia Humana, que estudia «al hombre considerado en sí mismo, en su individualidad moral o artística», mientras que la sociología es Ciencia Social, toma como materia de estudio «no las personas que viven en sociedad, sino la masa social misma; no las relaciones particulares, aunque se consideren como tipos de repetición más o menos frecuente, sino las relaciones masivas». Sin embargo, el derecho «se quiere convertir en un fenómeno natural de la masa social. No es ya el estudio

³³ Véase a este respecto AUTOR, 2013-II, pp. 137-154.

³⁴ «Vulgarismo jurídico, hoy», en *Escritos varios...*, cit., pp. 28 y 30.

de las soluciones justas para resolver conflictos intersubjetivos que la sociedad encomienda a la decisión de unos jueces, sino el de la cuantificación de las reacciones de la masa social ante determinados estímulos naturales»³⁵. Estas palabras, escritas en 1968 y 1970, están de plena actualidad en nuestra época, tan proclive a realizar «juicios paralelos» puramente sentimentales y sociológicos, sin ninguna base jurídica precisa. El derecho se convierte en un sentimiento que ya no parte de «principios fundamentales que valen como incontrovertibles» o de «principios superiores de justicia permanente», sino que viene condicionado o determinado por consideraciones sociológicas o económicas (las cuales, a menudo, son creadas y alentadas por diversos grupos humanos con ideologías muy concretas, totalmente ajurídicas).

En relación concreta con la economía, el profesor d'Ors partía de Aristóteles para distinguir entre economía (administración razonable de bienes necesarios para la vida) frente a crematística (arte de enriquecerse sin límite), y denunciar que la ciencia económica actual se había convertido en pura «crematística», y debería volver a ser una «economía». Y destacaba D. Álvaro que «la Economía ha invadido todo el campo del pensamiento y de la actuación humanos: no hay más que Economía. La filosofía de los «valores» es una consecuencia del predominio de la Economía. Los valores son económicos; que luego se hayan considerado como morales, como estéticos, etc., esto es por una especie de analogía. «Valor», quiere decir precio. De manera que toda la filosofía de los valores y todo en el mundo de hoy, todo se está convirtiendo en fenómeno de la Economía; la misma universidad se está convirtiendo en una empresa económica, no ésta sólo, sino todas. Es más, hasta los autores espirituales hablan de la «Economía de la salvación». Ese dominio de la economía es un claro síntoma de la corrupción del ser e idolatría del tener»³⁶.

En el «derecho mercantil», obviamente, existe una mayor conexión entre la actividad económica y el derecho, pues aquél lo que contempla es precisamente relaciones interpersonales en el marco de la actividad económica comercial (relaciones bien entre empresas, bien de empresas con consumidores). La realidad social es la que suministra la materia a la que se aplica el derecho, que no es, o al menos no debe ser, una construcción teórica sobre necesidades hipotéticas, sino la solución de justicia a los problemas que se plantean en las

³⁵ «Derecho y Ciencias Sociales», en *Escritos varios...*, cit., p. 21.

³⁶ «Premisas morales para un nuevo planteamiento de la economía», *Revista Chilena del Derecho*, vol. 17, 1990, p. 440.

relaciones sociales. Lo que hace nacer la novedad jurídica no son exigencias intrínsecas de la experiencia jurídica, sino de la experiencia social³⁷. Para el «derecho mercantil», esa realidad social a la que se dan soluciones jurídicas es la realidad de las relaciones económicas en el marco del mercado³⁸, y por eso hay una íntima conexión entre derecho mercantil y realidad económica. De hecho, toda la doctrina pone de manifiesto que el derecho mercantil nació, precisamente, ligado al «capitalismo», a esa nueva mentalidad lucrativa que surgió en la baja Edad Media a la que antes se ha hecho referencia, y posteriormente evolucionó conforme ese capitalismo económico fue añadiendo instituciones a su panoplia de medios de producción de bienes y servicios³⁹.

Ahora bien, precisamente cuando el derecho da su solución jurídica a un problema de relaciones personales de orden económico surgido en el mercado, lo hace aplicando criterios jurídicos. Porque, como señalaba el profesor d'Ors, «Un buen orden moral es primario respecto a un eficaz orden económico»⁴⁰. La realidad económica es previa al derecho, pero cuando éste se aplica tiene en cuenta los fines útiles del hombre, y otorga soluciones «jurídicas» que pueden ser, y de hecho lo son en bastantes ocasiones, «antieconómicas»; o, dicho de otra manera, «caras», o «menos eficientes que otras que resultarían más injus-

³⁷ CAPOGRASSI, G., «Pensieri vari su economia e Diritto», *Opere...*, cit., IV, pp. 264 y 267. En este sentido también GARRIGUES, J., «Setenta y cinco años de Derecho mercantil», *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo...*, cit., p. 264. Igualmente d'Ors pone de relieve que el jurista romano se mantiene en contacto directo con la práctica del derecho, y siente horror «a dejarse arrastrar irreflexivamente por las consecuencias lógicas de los principios que inspiran sus respuestas»; y que el jurista acepta en todo caso los datos sociales, que le vienen impuestos, y no pretende en modo alguno alterar esos presupuestos, «Vulgarismo...», cit., pp. 29 y 33 respectivamente.

³⁸ Quedarían fuera, como regla general, las relaciones económicas que no tienen lugar en el marco del mercado. P.ej., un préstamo solicitado a una entidad de crédito se rige por el derecho mercantil (en los países en que existe un derecho mercantil diferenciado), mientras que el préstamo que realiza una persona a su amigo o a su pariente, sin acudir al mercado para encontrar esa contraparte, se rige por el derecho civil.

³⁹ La calificación del «derecho mercantil» como «categoría histórica» es común en la doctrina mercantilista, aludiendo a esa conexión con la realidad económica que planteó nuevas exigencias, véanse GARRIGUES, «Qué es...», cit., pp. 78 y ss.; BROSETA, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 45; LANGLE, E., «El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil», *Revista de Derecho Mercantil* (1960), pp. 337 y ss. Otros autores, más radicalmente, han señalado que el derecho mercantil es, ontológicamente, una «realidad histórica», explicada por el nacimiento del capitalismo como nueva mentalidad económica, y por eso debe desaparecer cuando ese espíritu capitalista se halla generalizado en la sociedad actual, véanse CONDE, F. J., «La transformación del derecho patrimonial en la época del capitalismo», *Revista de Derecho Mercantil*, 11 (1947), pp. 172-173, y especialmente RUBIO, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

⁴⁰ «Premisas...», cit., p. 448.

tas». Podríamos decir, por lo tanto, que el derecho «juridifica» la economía, le añade su propia valoración. En este sentido suscribo la apreciación de D. Álvaro según la cual «[...] algunos datos de tipo económico pueden resultar necesarios para el estudio elemental del derecho comercial, del fiscal o del laboral, y que no se podrá prescindir de ellos en el estudio de tales materias, pero *serán siempre datos asimilados por el jurista y no mantenidos como integrantes de una ciencia distinta*. El jurista, ordinariamente, no tiene que estudiar Economía, sino que debe *insertar algunos datos económicos dentro del estudio de materias propiamente jurídicas*»⁴¹ (la cursiva es mía).

Pues bien, me atrevo a opinar que hoy en día en más de una ocasión se hacen prevalecer criterios económicos (de «eficiencia», de «coste económico», etc.) sobre criterios jurídicos en la solución a los problemas. Y no sólo lo hace la «ley», sino incluso los jueces en sus sentencias (que, ellos sí, crean «derecho» en el sentido orsiano del término). En más de una institución jurídica actual se ha querido solucionar un problema económico aplicando criterios puramente económicos, y no jurídicos, de forma que el derecho legislado se ha convertido en una «estructura» (en el sentido marxista del término) al servicio de la economía.

Contemplemos, por ejemplo, la «sociedad unipersonal». Por definición, una «sociedad», una *societas*, es una agrupación de varias personas que ponen un esfuerzo y/o un trabajo en común para alcanzar un fin (económico o no económico). Inicialmente las sociedades no eran consideradas «personas» distintas a los socios (esto es, «personas jurídicas»), lo cual planteaba alguna dificultad de

⁴¹ «Vulgarismo...», cit., pp. 33-34. Dentro de la doctrina mercantilista ya GIRÓN señalaba, siguiendo a CARNELUTTI, que el derecho aporta a la economía los instrumentos jurídicos, la seguridad y certeza y la valoración ética, *op. cit.*, pp. 1013-1014. Igualmente GONDRA, *op. cit.*, pp. 153-154 señala que «Al Derecho le corresponde imponer su propia valoración, desde el ángulo de los objetivos político-sociales que la colectividad se fija y de la ética inherente a la idea misma del Derecho. Una cosa es que el derecho haya de proyectarse teniendo en cuenta la racionalidad económica, es decir, tomando en consideración los efectos y consecuencias en el plano económico de una actuación legislativo y otra, bien distinta, que tenga que sujetarse sólo y exclusivamente a esa racionalidad. El derecho, pues, tiene sus propios fines y abdicar de ellos, en aras de una supuesta –y siempre discutible– eficiencia económica representaría su propia negación». Acerca del principio de eficiencia económica como posible rector del derecho privado véanse los escritos de defensa, réplica y dúplica que constituyen los siguientes trabajos: PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y derecho privado», en *Estudios en homenaje a Manuel Broseta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, vol. III, pp. 2843-2899; GONDRA, J. M., «¿Tiene sentido impartir Justicia con criterios de economía? A propósito de una teoría del Derecho que postula una jurisprudencia orientada por el valor de la ‘eficiencia económica’», *Revista de Derecho Mercantil*, 227 (1998), pp. 1545-1665; y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *Revista de Derecho Mercantil*, 233 (1999), pp. 925-976.

tipo operativo, pero sin impedir esa actuación en sociedad. El otorgamiento de personalidad jurídica a las sociedades fue una aportación posterior en la evolución del derecho societario, e inicialmente lo concedía el rey y se justificaba por razones de interés general, para permitir la limitación de la responsabilidad en las grandes compañías comerciales que afrontaban riesgos excesivos (p.ej., las compañías que traficaban con las Indias –América–, sometidas al riesgo marítimo de tormentas, piratas, etc.)⁴². Posteriormente se generalizó, creando entonces el problema del posible «abuso de la personalidad jurídica». Pero, últimamente, se admitió la figura de la «sociedad unipersonal» de responsabilidad limitada. Que no puede suponer, *per se*, abuso de la personalidad (si se cumplen todos los requisitos legales, de creación originaria o sobrevenida de esa unipersonalidad). Y para justificarla se afirma que la «personalidad jurídica» es un simple mecanismo de imputación de derechos y deberes⁴³. Como se

⁴² Precisamente el profesor d’Ors consideraba que el otorgamiento de la personalidad jurídica a la sociedad podría tener sentido por razones de interés general, pero en cambio no resultaba acertado si se realizaba de forma indiscriminada, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 121-122 y 162-164. Una visión muy interesante de la evolución del concepto de personalidad jurídica, e igualmente crítica con su generalización, se encuentra en la clásica obra de DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

⁴³ Véase el siguiente pasaje de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1990, que defendió la validez de la sociedad unipersonal, siendo director general un conocido defensor de esta figura (la cursiva es mía): «El segundo argumento de la doctrina que pretende revocarse apela a la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y la esencia de la personalidad jurídica. En buena parte, este argumento ya ha quedado contestado en el apartado anterior. No obstante, parecen precisas algunas indicaciones complementarias. En el fondo, el argumento parece presuponer que la personalidad jurídica de las sociedades de capitales se funda necesariamente sobre su estructura corporativa, de manera que al faltar la pluralidad de socios que dicha estructura inicialmente requiere carecería de justificación la atribución de personalidad, debiendo decretarse el fin de la persona jurídica. Se trata, sin embargo, de una presuposición inexacta, tributaria en buena medida, de las concepciones «realistas» de la persona jurídica, hoy en franca decadencia. *El substrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico* a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación «válidamente constituida» (cfr. artículo 35 1.º II CC), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas. [...] La bondad de este planteamiento la confirma, por lo demás, esa inveterada tradición doctrinal que arranca del célebre y significativo paso del Digesto que afirma la subsistencia de la «universitas» aun cuando sus miembros hubiesen quedado reducidos a la unidad [*sed si universitas ad unum redit, magis admititur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis*] (Dig. 3, 4, 7, 2)]. [...] La personalidad jurídica, como *técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación*, no se pone en entredicho por la ‘*reductio ad unum*’». Me figuro qué es lo que habría pensado D. Álvaro al ver que se utilizaba el Digesto para justificar «unidades artificiales de imputación» y «técnicas instrumentales para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación». Desde luego, eso no es el derecho que él estudió y explicó.

contempla, el «salto» de la sociedad como asociación a la sociedad como centro de imputación de relaciones jurídicas, es paralelo al salto del derecho como algo basado en relaciones y consideraciones humanas y morales, a algo basado en puras consideraciones eficientistas. Lo que importa no es que el derecho responda a los fines útiles del hombre, sino que simplemente facilite el funcionamiento de la sociedad y de la economía. Aunque para ello convirtamos a las sociedades y a la personalidad en un simple centro de imputación artificial de relaciones. La figura del «jurista» ahora no se considera la del «*iuris prudens*» que busca una solución justa a las relaciones conflictivas entre particulares; sino la de un «ingeniero» que halla la fórmula más adecuada para realizar una actividad tributando menos y respondiendo con el menor patrimonio posible de las futuras deudas. Cuántas veces no habremos oído una frase del tipo: «Tenemos que acoger esta institución en la ley porque si no, las empresas no pueden hacer esto en España, y se van al extranjero»; sin plantearse, por supuesto, si el hecho de que las empresas puedan hacer «esto» sea conforme a las convicciones morales o a los fines útiles del hombre. Obviamente, para todo esto parto de que, como defendía el profesor d'Ors, el derecho es una Ciencia humanística que responde a un planteamiento moral (o, si se quiere evitar esta palabra, humano, o antropológico); y no una Ciencia social. Claro que algunas personas reducen al ser humano a un simple *homo aeconomicus* y entonces, sí, obviamente, el derecho debe estar al servicio de la economía (e incluso de la crematística, como hemos visto que la caracterizaba D. Álvaro).

Quienes veíamos a D. Álvaro sufrir ante el dominio del «vulgarismo» en el derecho nos alegramos, al menos, de que falleciera antes de comprobar hasta qué límites llegaba esta tendencia, y qué instituciones se creaban, con el nombre de «jurídicas», para simplemente facilitar una creación artificial de la riqueza.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para el profesor d'Ors el derecho es «aquel conjunto de deberes morales que la sociedad, en un determinado momento histórico y en determinado espacio, considera que son exigibles», basado en un «derecho natural» que «depende de la genuina naturaleza del hombre»⁴⁴. Y en otro pasaje de su obra

⁴⁴ *Derecho y sentido común...*, cit., pp. 27 y 32.

advertía que «[...] no podemos negar que hay algo en la esencia de lo jurídico que nos impulsa al reconocimiento de principios fundamentales que valen como incontrovertibles, es decir, algo que todavía podríamos llamar «dogma de derecho». [...] aquella jurisprudencia contaba de un modo u otro con unos principios superiores de justicia permanente, como los tres eternos *praecepta iuris: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»⁴⁵. En una concepción así, todo el «derecho» tiene una unidad, y las divisiones «artificiales» de las ramas del ordenamiento, como el «derecho mercantil», no tienen un sentido ontológico o esencial. Por eso debe recuperarse la unidad del ordenamiento jurídico, perdida por la atomización de las especialidades. Enconar las diferencias, postular la existencia de una especie de principios intrínsecos del derecho «mercantil» opuesto al «civil» no tendría sentido. En el surgimiento del derecho mercantil sí podía estar justificada la distinción, porque el derecho privado existente en ese momento no resolvía los nuevos problemas que mostraba la nueva realidad económica. Pero superado ese momento histórico, en el que el derecho mercantil nació de igual forma que el derecho privado en el mundo romano clásico, no tiene sentido mantenerla. Y la conformación del derecho privado europeo, precisamente, va por esta vía de no separar ni distinguir, en materia de obligaciones y contratos, un derecho mercantil ni un derecho civil.

Partiendo, además, de los parámetros señalados, D. Álvaro consideraba que el derecho obedece a consideraciones morales, a deberes exigibles en las relaciones entre personas, y vinculados a la naturaleza de esas personas. Por eso, basar el derecho en valores o juicios puramente económicos o sociológicos constituiría un error. Un derecho plegado a las exigencias económicas no serviría a su fin primigenio. Y el derecho mercantil, más pegado a la realidad económica por ser aquella cuyos problemas resuelve, no debería caer en ese «vulgarismo».

⁴⁵ «Los romanistas ante la crisis de la ley», en *Escritos varios...*, cit., pp. 7-8.