

## La construcción de la noción jurídica de empresa en la cultura europea de la sociedad industrial

Ferdinando Mazzarella

Professore Associato di Storia del diritto medievale e moderno  
Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport  
Facoltà di Giurisprudenza/Università degli Studi di Palermo  
via Maqueda, 172 – 90134 – Palermo (Italia)

**Resumo:** Desde o início do século XIX as dinâmicas organizativas situam a empresa no centro do sistema económico europeu. À centralidade adquirida na esfera económica, todavia, não corresponde uma equivalente consideração no plano jurídico. O *Code de commerce* francês de 1807 projeta um direito à medida do indivíduo e segue a lógica simplificadora da nova ordem, voltando-se à troca, à circulação da propriedade, à intromissão e à especulação, sem qualquer concessão à dimensão coletiva e complexa do fenómeno empresarial. É somente com a entrada em vigor, em 1900, do novo Código de comércio alemão (HGB), que o *exercício de uma atividade de forma organizada* torna-se a marca distintiva do carácter comercial, ponto de partida de um itinerário teórico através do qual a doutrina austroalemã acolhe no plano jurídico o conceito de '*Unternehmen*', que passará a operar como um verdadeiro paradigma funcional para o novo direito da empresa do século XX.

**Resumen:** Desde el principio del siglo XIX las dinámicas organizatorias del capitalismo industrial proyectan la empresa al centro del sistema económico. A la centralidad adquirida en la esfera económica, sin embargo, no corresponde una equivalente consideración en la esfera jurídica. El *Code de commerce* francés de 1807, destinado a influenciar la cultura jurídica europea a lo largo de dos siglos, diseña un derecho a medida del individuo, sigue las lógicas simplificadoras del nuevo orden, dedicándose al cambio y a la circulación, sin ninguna concesión a la dimensión colectiva y compleja del fenómeno empresarial. Con la entrada en vigor, en 1900, del nuevo Código de comercio alemán (HGB), el principal signo de reconocimiento del carácter mercantil llega a ser la forma organizada del sujeto, punto de partida de un itinerario teórico a través del cual la doctrina austroalemana acoge en el plano jurídico el concepto de «*Unternehmen*», paradigma funcional para el nuevo derecho de la empresa del siglo XX.

**Abstract:** The development of industrial capitalism, since the early 19th Century, projects the enterprise, with its capacity to settle in an embracing organization the personal and patrimonial elements of the production, into the centre of the economic system. Something different happens in the legal sphere. The French *Code de commerce* of 1807, addressed to influence the European legal culture throughout two centuries, follows the individualistic and simple logics of the new order, not considering the complex and collective side of the entrepreneurial organization. In 1900 comes into effect in Germany the new commercial Code (HGB), according to which the main feature of commerciality becomes the management of a business by means of an organized structure. It could start, in the Austrian-German legal science, a theoretical itinerary focused on «*Unternehmen*», on that complex paradigm which would have been, out of every simple and atomistic perspective, congenial to the business law of the 20th Century.

**Riassunto:** Dal primo Ottocento le dinamiche organizzative della produzione industriale proiettano l'impresa al cuore del sistema economico europeo. Alla centralità assunta nella sfera economica, tuttavia, non corrisponde un'eguale considerazione sul piano giuridico. Il *Code de commerce* francese del 1807 disegna un diritto a misura d'individuo, segue le logiche semplici del nuovo ordine, votandosi allo scambio, alla circolazione della proprietà, all'intromissione e alla speculazione, senza nessuna concessione alla dimensione collettiva e complessa del fenomeno imprenditoriale. Solo con l'entrata in vigore, nel 1900, del nuovo Codice di commercio tedesco (HGB), il principale segno di riconoscimento della commercialità diventa l'esercizio di un'attività in forma organizzata, punto di avvio di un itinerario riflessivo attraverso il quale la dottrina austro-tedesca recepisce sul piano giuridico il concetto di «*Unternehmen*», facendone un paradigma funzionale al nuovo diritto d'impresa del XX secolo.

---

· Una versión más extensa del presente trabajo ha sido publicada en la «Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid», 27, 2013/I, pp. 39-68.

1. El proceso histórico a través del cual la noción de empresa se afirma en el ámbito jurídico se desarrolla a lo largo de una línea sutil, a medio camino entre derecho y economía, cultura y estructura, forma legal y sustancia jurídica<sup>1</sup>. El tejido legislativo y codificador europeo del siglo XIX abunda en referencias textuales a la empresa y al empresario. En el *Code de commerce* de 1807 se encuentra muchas veces el lema «entreprise», en el Código general de comercio alemán de 1861 (ADHGB) aparecen los términos «Unternehmung» y «Unternehmen», en los códigos de la Italia preunitaria y en los de la Italia unificada «imprenditore» e «impresa», en los españoles y portugueses «empresario», «empresa», «empreza».

Si no se quiere, sin embargo, hacer una historia de las palabras, sino de los conceptos, es necesario bajar al terreno de los contenidos y de los institutos, con el intento de leerlos e interpretarlos a la luz de la ideología, del pensamiento jurídico y de la filosofía de los tiempos. Sólo con esta perspectiva se puede coger y medir la distancia, a nivel del significado y de la mentalidad, que separa la «entreprise» contemplada en el *Code de commerce* de la noción jurídica de empresa del siglo XX.

La empresa, cual noción jurídica técnicamente autónoma, habría tomado forma sólo cuando el nivel jurídico habría coincidido con el nivel económico; cuando, en otras palabras, el derecho habría recogido, hecho propia y disciplinado la noción económica de empresa como «coordinación de los diversos factores de la producción» para minimizar «los costos de contratación» y «de comercialización»<sup>2</sup>, como «organización de bienes, actividades y relaciones de muy diversa condición, constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocio»<sup>3</sup>, como «ensemble de ressources, organisées en vue de saisir, ou de créer, des occasions sur un marché»<sup>4</sup>.

La fundamental reflexión, en los principios del siglo XX, que la ciencia jurídica austroalemana habría desarrollado alrededor de los conceptos de «Unternehmen» y «Unternehmung», en presencia de una estructura empresarial siempre más articulada, cuando ya no «multifuncional» y «multidivisional»<sup>5</sup>, habría representado en primer lugar la traducción, en términos jurídicos, de una realidad económica y social que se manifestaba bajo

---

<sup>1</sup> Permítaseme reenviar, para un estudio más exhaustivo, a F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall'«entreprise» all'«Unternehmen»*, Palermo, Saladino, 2012.

<sup>2</sup> Así R. COASE, *La naturaleza de la empresa*, 1937, in O.E. Williamson y S.G. Winter (compiladores), *The Nature of the Firm. Origins, Evolution and Development*, 1991, trad. esp. *La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 29-48.

<sup>3</sup> *Empresa*, en *Diccionario Trivium de Derecho y Economía*, Madrid, Trivium, 1998, p. 254.

<sup>4</sup> P. DE WOOT, *La Fonction d'Entreprise. Formes Nouvelles et Progrès Économiques*, Louvain-Paris, Nauwelaerts, 1969<sup>2</sup>, p. 23.

<sup>5</sup> J.M.<sup>A</sup> VALDALISO y S. LÓPEZ GARCÍA, *Historia económica de la empresa*, Barcelona, Crítica, 2006, pp. 366-384.

formas complejas, centrada en la producción más que en el cambio y en consecuencia fundada sobre la dimensión colectiva y sobre la unidad organizada de grupos distintos de la propiedad<sup>6</sup>.

Recorrer los itinerarios histórico-jurídicos de la empresa, por lo tanto, permite no sólo reconstruir el desarrollo del derecho mercantil en Europa entre los siglos XIX y XX, sino también medir la relación entre derecho y economía, con el progresivo desmoronamiento del dogma de la codificación, confirmar la dimensión histórico-social del derecho, constatar el restaurado (aunque a menudo rechazado) papel del jurista en el cuadro de las fuentes del derecho y en la construcción de un derecho conforme a las transformaciones de la realidad económico-social.

2. La revolución industrial introduce un nuevo modelo económico, que se funda sobre la producción y la organización, la producción organizada y la organización productiva. Las dinámicas organizadoras del capitalismo industrial proyectan al centro del sistema económico la empresa, en cuanto organización de los factores de producción, organización de capital y trabajo, unificación, más o menos armónica, bajo la dirección del empresario –o luego del *management*– de los diferentes medios de producción<sup>7</sup>. La empresa constituye una totalidad, un conjunto organizado de elementos diferentes: personas (empresario, trabajadores, empleados, agentes), bienes muebles (mercancías, dinero, instrumentos, utensilios, máquinas, maquinarias, medios de transporte), inmuebles (fábrica, agencias, establecimientos de venta), bienes inmateriales (firma, marca, patentes, insignia), valores (energías, competencias, experiencias, división del trabajo, productividad, clientela). A pesar de los innumerables modelos explicativos –sociológicos, ideológicos, tecnológicos, evolutivos– que la ciencia económica ha ido desarrollando entre los siglos XIX y XX sobre su naturaleza y su constitución, la empresa implica, en consecuencia, complejidad, colectividad, socialidad, transversalidad, variedad, diversidad, pluralidad.

---

<sup>6</sup> F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'«Unternehmen» nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, en «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, pp. 299-386.

<sup>7</sup> Sobre el papel del «empresario» en relación con la empresa, visto como el que asume el riesgo, capitalista, «factor de organización», «héroe», «innovador», coordinador de los medios de producción, parásito, obstáculo al progreso técnico, véase entre otros G. BERTA, *L'imprenditore. Un enigma tra economia e storia*, Venezia, Marsilio, 2004, V. MARTÍN MARTÍN, *La empresa y el empresario en la historia del pensamiento económico*, en V. Martín Martín (coordinador), *Historia de la empresa*, Madrid, Pirámide, 2012, pp. 17-38, M. SANTOS REDONDO, *Los economistas y la empresa. Empresa y empresario en la historia del pensamiento económico*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, y J.M.<sup>A</sup> VALDALISO y S. LÓPEZ GARCÍA, *Historia económica de la empresa*, cit., pp. 11-39.

En esta acepción la empresa, «cellule de base» de la economía industrial, no aflora en el *Code de commerce* de 1807, ni, consecuentemente, puede concretarse como institución central del derecho mercantil europeo del siglo XIX<sup>8</sup>. El derecho parece viajar a una velocidad inferior a la de la economía, seguir ritmos y senderos distintos de los propios del capitalismo industrial<sup>9</sup>, sin que por eso el *Code de commerce* nazca, como a menudo se ha escrito, como un código viejo, sin que por eso reproduzca servil y simplemente los contenidos, la forma y la estructura de la *Ordonnance du commerce* de 1673 («l'ordonnance de Colbert retouchée et rajeunie»)<sup>10</sup>. Todo lo contrario: el *Code de commerce* refleja perfectamente la filosofía jurídica que nace de la Revolución francesa, abraza los principios de la modernidad jurídica no sólo en el nivel de las fuentes del derecho, encerrando en un cuerpo orgánico y tendencialmente completo la disciplina de las relaciones mercantiles, sino también en el nivel del planteamiento y de los contenidos, reconociendo a cualquiera el derecho de “hacerse” comerciante, adoptando las premisas antropológicas e ideológicas del liberalismo individualista<sup>11</sup>.

Con la codificación de 1807, destinada a influenciar la cultura jurídica europea a lo largo de dos siglos, el legislador napoleónico aplica en el específico ámbito del derecho mercantil las líneas uniformadoras del individualismo jurídico, reformula en clave mercantil los fundamentos del derecho privado napoleónico, los institutos cardinales de la propiedad y del contrato. Al protagonismo del terrateniente, visto en el *Code civil* de 1804 como prototipo ideal del individuo jurídico, se sustituye el del comerciante, concebido como una especie de propietario, un propietario de bienes muebles; a la centralidad de los contratos, instrumentos

---

<sup>8</sup> R. HOUIN et M. PÉDAMONT, *Droit commercial. Actes de commerce et commerçants. Activité commerciale et concurrence*, Paris, Dalloz, 1985<sup>8</sup>, p. 291.

<sup>9</sup> G. CAZZETTA, *Trabajo y empresa*, en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, coordinado por M. Fioravanti, Madrid, Trotta, 2004, pp. 137-158.

<sup>10</sup> H. MARIAGE, *Évolution historique de la législation commerciale. De l'Ordonnance de Colbert à nos jours. 1673-1949*, Paris, Pedone, 1951, p. 126. Sobre la génesis y la estructura del *Code de commerce*, además de la citada obra de Mariage (pp. 124-131), B. COLSON, *Napoléon et l'élaboration du Code de Commerce (1805-1807)*, en *Liber Amicorum Michel Coipel*, sous la coordination de Y. Pouillet, P. Wéry et P. Wynants, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 3-19; J. HILAIRE, *Propos historique sur le Code de commerce de 1807 et l'avenir de la codification*, en *Bicentenaire du Code de commerce. 1807-2007. Les actes des colloques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 69-84; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Cambacérès et le Code de commerce*, en *Le Code de Commerce. 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 3-17; A. PADOA SCHIOPPA, *Napoleone e il «Code de commerce»*, en ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, LED, 1992, pp. 89-112; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989, pp. 137-141 y 271-274.

<sup>11</sup> J. GIRON TENA, *El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado*, en «Anuario de Derecho Civil», 1954, 3, pp. 731-742. Sobre el hecho de que el *Code de commerce* haya representado un «tournant capital», aunque todavía ligado a la «économie du XVIII<sup>e</sup> siècle», J. HILAIRE, *Le Code de commerce de 1807, les affaires économiques et la création de la chambre commerciale, en 1807-2007. Bicentenaire du Code de commerce: la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 1-21.

para la realización de las aspiraciones individuales, se añade la de los actos de comercio, considerados especificaciones funcionales a la circulación de bienes muebles.

«Commerçant» y «actes de commerce» son las dos referencias, subjetiva y objetiva, de una estructura molecular, en la cual los segundos, los actos de comercio, resultan desde el principio funcionales para precisar el momento subjetivo, asumen una posición determinante también para reconstruir la noción del sujeto. La definición de «commerçant», contenida en el artículo 1, se resuelve en una máxima general, una «dénomination générique», según la expresión de Jean-Guillaume Locré (1758-1840), Secretario General del *Conseil d'État*, que expresa la perspectiva de la circulación, la óptica del intercambio, que no obstante no provee elementos suficientes para definir la fisonomía del sujeto<sup>12</sup>: es comerciante quien ejecuta habitualmente actos de comercio, según una técnica definitoria que reenvía a la propedéutica identificación de los actos objetivos de comercio el momento crucial para la identificación del sujeto (comerciante), de los actos de comercio subjetivos (considerados como tales en cuanto ejecutados por comerciantes) y, en fin, de la entera materia mercantil.

En el último libro del *Code*, dedicado a la “Jurisdicción”, el legislador, formalmente disciplinando la sola esfera procesal, distinguía, en consecuencia, entre actos de comercio subjetivos y actos de comercio objetivos, aclarando que los tribunales de comercio habrían de conocer: 1. de todos los pleitos entre comerciantes; 2. de todos los pleitos que, aunque entre cualesquiera personas, hubieran tenido por objeto actos de comercio<sup>13</sup>. Porque un sujeto se habría considerado comerciante si hubiera ejecutado habitualmente actos de comercio, la identificación en concreto de los actos de comercio resultaba propedéutica a cada sucesivo pasaje lógico, sistemático y conceptual.

Desde esta óptica el legislador entregaba al intérprete una enumeración, una lista de actos de comercio, en cuyo vértice y en cuyo corazón estaba, conforme a una visión que reducía la economía al intercambio de bienes muebles, al comercio en sentido económico, la compra para vender<sup>14</sup>. No cada compra y no cada venta, entonces, sino la compra para vender, o bien,

---

<sup>12</sup> J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce ou Commentaire puisé dans les Procès-verbaux du Conseil d'État, les Exposés de motifs et discours, les Observations du Tribunal, celles des Cours d'appel, Tribunaux et Chambres de Commerce*, Paris, Garnery, 1807-1813, tome I, p. 2.

<sup>13</sup> Art. 631: «les tribunaux de commerce connoîtront: 1°. De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négocians, marchands et banquiers; 2°. Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce».

<sup>14</sup> Art. 632: «la loi répute actes de commerce: tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre, ou même pour en louer simplement l'usage; toute entreprise de manufactures, de commission, de transports par terre ou par eau; toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics; toute opération de change, banque et courtage; toutes les opérations de banques publiques; toutes obligations entre négocians, marchands et banquiers; entre toutes personnes, les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place». Art. 633: «la loi répute pareillement actes de commerce: toute entreprise de construction, et tous achats,

refiriéndose el Código expresamente a «alimentos» y «mercancías», la compra de bienes muebles para revenderlos o alquilarlos: era acto de comercio o una venta de bienes muebles después de una compra o una compra de bienes muebles orientada a una venta. La intermediación representaba el elemento característico de la selección realizada por el legislador, el momento sobresaliente de una concepción jurídica todavía pensada para una economía orientada al comercio, en primer lugar de los productos de la tierra, luego de los valores, del dinero, de las manufacturas, de las obras<sup>15</sup>.

Dentro de esta enumeración, que por mucho tiempo se habría considerado presuntamente taxativa, la «entreprise», que estaba prevista y tipificada como de manufactura, de transporte, de comisión, de suministro, de agencia, de oficina de negocios, de establecimientos de venta por subasta pública, de espectáculos públicos, de construcción o de compraventas de barcos, no era la organización de los factores de producción, sino uno de los actos de comercio, o, mejor, una serie, una sucesión de los actos de “cambio” cuya manifestación única y aislada no era tenida como suficiente<sup>16</sup>. En algunos sectores, según la valoración del legislador, el acto aisladamente ejecutado no habría sido mercantil, pero se habría convertido en mercantil, generando una «entreprise», si se hubiese sido repetido<sup>17</sup>. No habría sido suficiente, por lo tanto, un único contrato de transporte, sino varios, para la aplicación del derecho mercantil; no habría sido suficiente un ocasional espectáculo público, sino varios, para la aplicación del derecho mercantil; no habría sido suficiente un aislado contrato de agencia, sino varios, para la aplicación del derecho mercantil; no habría sido suficiente un separado acto de suministro, sino varios, para la aplicación del derecho mercantil.

En este marco, que exaltaba el momento económico del cambio, la noción jurídica de «entreprise», incluso cuando expresamente contemplada por el legislador, resultaba en consecuencia superada y sustancialmente anulada por los «actes isolés de négoce», por los «actes de commerce» singulares, que se confirmaban como los únicos elementos, fuesen

---

ventes et reventes de bâtimens pour la navigation intérieure et extérieure; toutes expéditions maritimes; tout achat ou vente d'agrès, appareils et avitaillemens; tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtimens de commerce».

<sup>15</sup> Sobre el papel de los bienes muebles en el derecho de la economía capitalista, G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1946, pp. 124-167.

<sup>16</sup> F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. II, Padova, Cedam, 1978, pp. 2-3. «Le droit commercial napoléonnien» – como señalado por C. CHAMPAUD et J. PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit commercial*, Paris, Colin, 1970, p. 8 – «n'est sûrement pas celui de l'entreprise», entendida sólo «dans le sens de contrat d'entreprise, c'est-à-dire de fourniture de services».

<sup>17</sup> J.G. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, cit., tome VIII, p. 261.

aislados, plúrimos o conectados, relevantes para el «droit commercial»<sup>18</sup>. En vez de la organización, de la comunidad, de la complejidad, el derecho aprehendía la elementalidad de las unidades singulares, subjetivas o objetivas, disciplinaba «séparément les personnes et les biens», «sans établir de lien organique entre moyens humains et moyens matériels de l'entreprise»<sup>19</sup>.

A la existencia de una empresa en sentido económico, por lo tanto, no correspondía la existencia de una empresa en sentido jurídico. La organización productiva, la empresa económica, resultaba esencialmente irrelevante para la aplicación del derecho mercantil, con la consecuencia de que se quedaban fuera del perímetro del *Code*, del ámbito de aplicación del derecho mercantil, los actos de las principales industrias de la economía capitalista<sup>20</sup>: los actos de las industrias que compraban inmuebles para alquilarlos o venderlos, puesto que los inmuebles no eran considerados bienes mercantiles; los actos de las industrias que compraban materias primas y materiales, fincas y terrenos, para construir inmuebles y venderlos, puesto que la empresa de construcción, no por casualidad, sólo se encontraba prevista en relación con la esfera marítima, es decir, en relación con bienes muebles (barcos); las ventas de bienes muebles que las industrias no habían comprado, sino extraído, sacado por terrenos y fincas de su propiedad, puesto que no había intermediación, no habiendo ningún acto de compra antes de la venta; las compras con las cuales las industrias compraban bienes muebles (máquinas, maquinarias, instrumentos) que no se encontraban destinados a la venta, sino a la organización de la empresa, puesto que no había intermediación, no habiendo ningún acto de venta posterior a la compra.

3. La fractura entre derecho y economía, esfera jurídica y esfera económica, procedía, entonces, de una arquitectura legislativa atomística, molecular, individualista, que se fundaba sobre relaciones sencillas entre persona y persona (contrato) o entre persona y cosa (propiedad), impidiendo aprehender la dimensión colectiva y compleja del fenómeno empresarial. La insuficiencia y la inadecuación del sistema, frente a una economía progresivamente más distante de un modelo agrario y mercantil, se habrían manifestado rápidamente en la praxis contractual, jurisprudencial, administrativa, a medida que la estructura unitaria de las organizaciones industriales se alejaba de una consideración separada de las operaciones comerciales. Desde los años veinte del siglo XIX, en consecuencia, los

---

<sup>18</sup> *Ibidem*. La «entreprise» –según la célebre imagen de G. RIPERT, *Aspects juridiques*, cit., p. 262– había quedado «cachée sous la propriété».

<sup>19</sup> J. HILAIRE, *Une histoire du concept d'entreprise*, in «Archives de philosophie du droit», 41, 1997, p. 349.

<sup>20</sup> F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa*, cit., pp. 44-50.

legisladores europeos y la ciencia jurídica habrían empezado a reflexionar sobre soluciones para extender el ámbito de aplicación de las codificaciones mercantiles y ampliar el perímetro del derecho mercantil, quedándose, sin embargo, siempre dentro de las coordinadas ideológicas trazadas por la codificación napoleónica.

En los Códigos de comercio españoles de 1829 y de 1885, el legislador se libraba de la tipicidad dependiente de una enumeración, hasta eliminar de raíz el debate sobre su naturaleza taxativa o ejemplificativa y con ello toda limitación de los actos de comercio. Obra de Pedro Sáinz de Andino (1786-1863)<sup>21</sup>, el primer Código, siguiendo un razonamiento ya desarrollado en Francia por Pardessus (1772-1853) y destinado a ser recibido en casi todos los códigos del siglo XIX, anticipaba en primer lugar la determinación de su esfera de aplicación al principio del Código, explicitando el valor sustantivo (y no sólo procesal) de sus normas y confirmando de alguna manera, no obstante la eficacia aparentemente constitutiva de la inscripción en la matrícula por «toda persona que se dedique al comercio» (art. 11), el papel del acto objetivo de comercio como criterio de aplicación del derecho mercantil<sup>22</sup>: mientras los artículos 2 y 1200 sujetaban al derecho y a la jurisdicción mercantiles todos los «actos de comercio» ejecutados por cualquiera<sup>23</sup>, el art. 1201 excluía que fuesen «de la competencia de los tribunales de comercio las demandas intentadas por los comerciantes ni contra ellos sobre obligaciones ó derechos que no procedan de actos mercantiles» y la praxis enseñaba que cuando el comerciante se hubiera sustraído a la inscripción en la «matrícula», su calidad en cualquier caso habría podido deducirse de la ejecución continuada de actos de comercio<sup>24</sup>.

En esta estructura, que terminaba por confirmar la centralidad lógica y sistemática del acto de comercio, el legislador de 1829 establecía que eran actos de comercio no los enumerados en una lista, sino todos los actos que estuvieran contenidos y regulados en el Código de comercio, eligiendo de esa manera una cláusula (casi) general, que prescindía de un elenco y que se traducía, en sintonía con las necesidades de apertura procedentes de la praxis, en un

---

<sup>21</sup> J. RUBIO, *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, pp. 133-137.

<sup>22</sup> Sobre el Código, su «concepción objetivista» y su tendencia a la ampliación del «ámbito de su aplicación», véase también J.I. DE ARRILLAGA, *Código de comercio*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Barcelona, Seix, 1952, pp. 268-270.

<sup>23</sup> Art. 2: «los que hagan accidentalmente alguna operacion de comercio terrestre, no serán considerados comerciantes para el efecto de gozar de las prerogativas y beneficios que á estos estan concedidos por razon de su profesion; sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto á las controversias que ocurran sobre estas operaciones á las leyes y jurisdiccion del comercio». Art. 1200: «siendo el acto que da lugar á la contestacion judicial propiamente mercantil, podrá ser el demandado citado y juzgado por los tribunales de comercio, aun cuando no tenga la cualidad de comerciante matriculado, conforme á lo determinado en el artículo 2º».

<sup>24</sup> A. FORNIÉS BAIGORRI, *La vida comercial española. 1829-1885. Instituciones, doctrina y legislación mercantil*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1968, pp. 66-67.



parámetro de atipicidad destinado, aunque en teoría circunscrito al espacio de la codificación, a promover a través de la interpretación jurisprudencial la inclusión de nuevos actos<sup>25</sup>.

Casi sesenta años después, el nuevo Código español de 1885, madurado a través de un proceso de revisión iniciado en 1834 para corresponder al «movimiento general de la nación española en la dirección del comercio y de la industria» que había causado «una verdadera revolución en el orden económico»<sup>26</sup>, resultaba en fin, teniendo «la misma estructura del de 1829»<sup>27</sup>, «más conservador que renovador»<sup>28</sup>, porque sus lógicas se quedaban esencialmente enmarcadas en «un Derecho de la mediación lucrativa entre la producción y el consumo», un derecho «de unos actos, justamente los actos de comercio, ... con la tradicional disciplina de la compraventa comercial como eje de todo el sistema contractual»<sup>29</sup>.

Alejado de la idea de que el centro del derecho mercantil estuviera en la organización productiva de la empresa, el legislador español confirmaba la estructura objetiva y atomística de los actos de comercio, entrelazando sin embargo el momento subjetivo y el objetivo de manera que la aplicación del Código pudiese extenderse a operaciones todavía no tipificadas<sup>30</sup>. Por un lado, reflejando una histórica «ruptura con la obligatoriedad de la inscripción del comerciante individual»<sup>31</sup>, declaraba «comerciantes», además de las sociedades constituidas según las disposiciones del Código, a «los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican á él habitualmente» (art. 1), reconociendo en consecuencia, también a nivel formal, como único criterio de comercialidad la realización de actos de comercio, ya sin referencia alguna, tampoco para comprobar la calidad subjetiva de

---

<sup>25</sup> Art. 1199: «la jurisdicción de los tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de actos de comercio».

<sup>26</sup> Así en la *Exposición de Motivos del Proyecto de Código de comercio de 1882*, en *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, p. 497. A propósito del proceso de revisión de la disciplina mercantil en España, desde 1829 hasta 1885, M. MOTOS GUIRAO y J. BLANCO CAMPAÑA, *Proceso histórico de formación del Código de Comercio*, en *Centenario del Código de Comercio*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 11-102, y C. PETIT, *Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos*, en *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, a cura di B. Clavero, P. Grossi e F. Tomás y Valiente, tomo I, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 414-449. Para un breve pero exhaustivo perfil de la historia, de las lógicas y de los contenidos del nuevo Código E. GACTO FERNÁNDEZ, *El Código de Comercio de 1885*, en *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, al cuidado de J.L. Garcia Delgado, Madrid, Siglo veintiuno, 1985, pp. 401-412.

<sup>27</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1983<sup>4</sup>, 6ª reimpression, 1995, en ID., *Obras completas*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 1453.

<sup>28</sup> A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Código de Comercio y reforma de la Legislación Mercantil*, en *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, p. 45.

<sup>29</sup> A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Código de Comercio*, cit., pp. 42-43.

<sup>30</sup> Sobre la sintonía del Código del 1885 con las otras codificaciones mercantiles de su época J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, *El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época*, en *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 85-166, y sobre la «opción básica» por el sistema objetivo de los «actos de comercio» especialmente pp. 122-134.

<sup>31</sup> A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El registro mercantil español (formación y desarrollo)*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1975, p. 70.

comerciante, a la inscripción en la «matrícula» y al «estado político». Por otro lado, y lo más importante, para identificar los actos de comercio, determinantes también para definir al sujeto comerciante, recurría a una cláusula general de comercialidad que superaba la fórmula de 1829: mientras ninguna norma, en efecto, declaraba, de la misma manera que los arts. 631 y 632 del *Code de commerce* (todas las obligaciones «entre négocians, marchands et banquiers»), la comercialidad (subjetiva) de los actos ejecutados por «comerciantes», el art. 2 establecía que «los actos de comercio, sean ó no comerciantes los que los ejecuten, y estén ó no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él» y que «serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código, y cualesquiera otros de naturaleza análoga»<sup>32</sup>.

En 1861, en pleno proceso de transición de un código español a otro, en el área germánica, fraccionada política pero cada vez menos económicamente, el Código General de Comercio (ADHGB), promulgado sucesivamente en Prusia, Austria, Véneto, Hungría y en los diferentes Estados de la Confederación alemana, destinado a convertirse en ley del *Norddeutscher Bund* (*Gesetz* de 5 junio de 1869) y del Segundo Imperio (art. 2 de la *Reichsverfassung* de 16 abril de 1871)<sup>33</sup>, mantenía la dialéctica entre momento subjetivo y momento objetivo, comerciante y actos de comercio, «Kaufmann» y «Handelsgeschäfte», en la perfecta tradición de la estructura molecular napoleónica<sup>34</sup>.

El art. 4, construido como de costumbre en conexión funcional con el momento objetivo, disponía que era comerciante quien ejecutaba profesionalmente actos de comercio, conforme a la concepción objetiva y atomística del derecho mercantil<sup>35</sup>: los actos podían ser comerciales, por lo tanto, o en razón de un criterio «absoluto», en cuanto enumerados por el legislador en una lista de operaciones para el cambio de bienes muebles (art. 271), de manera que, por primera vez, el legislador llegaba a excluir expresamente los actos que se referían a

---

<sup>32</sup> Una reconstrucción global en Á. ROJO, *La Codificación mercantil española*, en *Centenario del Código de Comercio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 492-515.

<sup>33</sup> C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, en *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, herausgegeben von H. Coing, III/3, *Das 19. Jahrhundert, Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten*, München, Beck, 1986, pp. 2948-2959, P. RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Enke, 1962, D. BÜHLER, *Die Entstehung der allgemeinen Vertragsschluß-Vorschriften im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861. Ein Beitrag zur Kodifikationsgeschichte des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Lang, 1991, pp. 15-52.

<sup>34</sup> Véase, de J. CONRADI, *Das Unternehmen im Handelsrecht. Eine rechtshistorische Untersuchung vom preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) bis zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (1861)*, Heidelberg, Decker, 1993, pp. 170-177, y *Die rechtliche Erfassung des Unternehmens in den Kodifikationsentwürfen und Kodifikationen des Handelsrechts im 19. Jahrhundert*, en *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1991, herausgegeben von J. Jickeli, H. Kotzur, U. Noack, H. Weber, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar, Boorberg, 1992, pp. 111-149.

<sup>35</sup> Art. 4: «als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuch ist anzusehen, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt».

bienes inmuebles<sup>36</sup>; o en razón de un criterio «relativo», en cuanto ejecutados habitualmente (art. 272, 1-5) o en cuanto ejecutados por un comerciante (art. 272<sup>II</sup> y 273), según una lógica que presuponía en cualquier caso la valoración en concreto de un acto de comercio.

Se confirmaba, como notaba Goldschmidt (1829-1897), la centralidad de los «Handelsgeschäfte», el carácter propedéutico de la operación dirigida a definir el «sistema de los actos de comercio», dentro del cual la «compra para vender» mantenía la posición principal<sup>37</sup>, mientras que las empresas conservaban la naturaleza de una sucesión de actos y se reducían a un acto de comercio ejecutado habitualmente (art. 272: «Handelsgeschäfte sind ferner die folgenden Geschäfte, wenn sie gewerbemäßig betrieben werden»), de manera que la actividad de producción resultaba fraccionada en una serie de actos de cambio, absorbida por la actividad de intermediación: la empresa de manufactura, consistente en la transformación de bienes muebles dirigida a la venta (y por eso la más “industrial” de las tipificadas), figuraba, por lo tanto, entre los «actos relativos» (art. 272, n. 1), siempre y cuando hubiera sido ejecutada habitualmente, distinta de la compra para vender (que también podía implicar una transformación del bien comprado) sólo porque en la manufactura habría sido el contratante a suministrar la materia prima<sup>38</sup>.

Una vez acogidas las líneas generales del modelo tradicional, también el legislador germánico, a fin de aproximar el ámbito de aplicación del derecho mercantil a la compleja variedad de la economía industrial, intentaba aumentar el número de los actos de comercio, introduciendo dos disposiciones que solucionaban a nivel legislativo algunas cuestiones desde hacía mucho tiempo presentes en el debate científico y en la praxis jurisprudencial. Por medio del art. 277 se preveía por primera vez expresamente que los así llamados «actos mixtos», es decir, los actos que en rigor eran comerciales sólo por uno de los contratantes, se considerasen actos de comercio por todas las partes, con la consiguiente aplicación del derecho mercantil<sup>39</sup>; por medio del art. 273, que como se ha visto contribuía a definir la categoría de los «actos relativos», se aclaraba, suponiendo una innovación revolucionaria, que eran actos de comercio todos los actos de un comerciante que, aunque no fuesen objetivamente comerciales, se relacionasen de alguna forma con su «ejercicio comercial» –los así llamados

---

<sup>36</sup> Art. 275: «Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte».

<sup>37</sup> L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I, Stuttgart, Enke, 1875, §. 43, p. 446, y §. 47, p. 543.

<sup>38</sup> C. LAUTENSCHLAGER, *Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst dem württembergischen Einführungsgesetz vom 13. August 1865*, Stuttgart, Kröner, 1865, p. 150. Véase, además, W. ENDEMANN, *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, Band I, Leipzig, Fues, 1881, §. 15, p. 69.

<sup>39</sup> Art. 277: «bei jedem Rechtsgeschäft, welches auf der Seite eines der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, sind die Bestimmungen dieses vierten Buchs in Beziehung auf beide Kontrahenten gleichmäßig anzuwenden, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergibt, daß ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen von beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist».

«Nebengeschäfte»—, incluidas las compras de materiales, instrumentos y otros bienes muebles destinados a ser utilizados o consumidos en la industria<sup>40</sup>.

Los Códigos de comercio italianos de 1865 y de 1882, en fin, son los que quizás revelen mejor que los demás la política legislativa del siglo XIX, caracterizada, pues, por un lado, por el vínculo con el sistema de los actos de comercio, con el carácter molecular de la estructura napoleónica; por el otro lado, por la voluntad de ampliar la lista de los actos de comercio, de extender la calidad de «acto de comercio» a operaciones económicas hasta entonces reputadas civiles<sup>41</sup>.

En el centro del primer Código de comercio de la Italia unificada, promulgado el 25 de junio de 1865, vigente a partir del 1 de enero de 1866 y extendido al Véneto el 26 de marzo de 1871, seguían estando, por lo tanto, como notaba en 1868 Giuseppe Carnazza Puglisi (1834-1910), «i commercianti» y «gli atti di commercio», unidos por el hilo normativo que reenviaba circularmente los unos a los otros<sup>42</sup>. En ausencia de una general «definizione del fatto di commercio o dell'industria commerciale», la aplicación del Código se confirmaba lógicamente ligada a la enumeración de «una serie di atti», a la identificación de singulares «contratti commerciali» (art. 89), presupuesto para establecer no sólo el carácter comercial de un negocio, sino también el del «individuo»<sup>43</sup>, «commerciante» si y a condición de que hubiese hecho del ejercicio de los «atti di commercio» su «professione abituale»<sup>44</sup>.

En la enumeración legislativa, ya anticipada al principio del Código (arts. 2-3), las empresas aparecían al lado de los demás actos de comercio objetivos (compras, operaciones bancarias, letras de cambio, expediciones marítimas, rentas, seguros), confirmándose una sucesión de actos de comercio, un «complesso di operazioni», una «serie di fatti» inherentes a una

---

<sup>40</sup> Art. 273: «alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, sind als Handelsgeschäfte anzusehen. <sup>ii</sup> Dies gilt insbesondere für die gewerbliche Weiterveräußerung der zu diesem Zweck angeschafften Waaren, beweglichen Sachen und Werthpapiere, sowie für die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen. <sup>iii</sup> Die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, sind, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten».

<sup>41</sup> F. MAZZARELLA, *L'impresa*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 440-441.

<sup>42</sup> G. CARNAZZA PUGLISI, *Il diritto commerciale secondo il Codice di commercio del Regno d'Italia*, vol. I, Milano, Savallo, 1868, p. 183. Sobre el primer Código de comercio italiano véase A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 21-23 y 63-73; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia. 1865-1942*, Roma-Bari, Laterza, 2008<sup>12</sup>, pp. 60-62; A. PADOA SCHIOPPA, *La legislazione commercialistica nell'Italia preunitaria*, en ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., pp. 154-156; ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 544; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 14-15.

<sup>43</sup> G. CARNAZZA PUGLISI, *Il diritto commerciale*, cit., pp. 183-184 y 188.

<sup>44</sup> Art. 1: «sono commercianti quelli che esercitano atti di commercio e ne fanno la loro professione abituale».

actividad típica («manifattura», «trasporto», «agenzia», etc.)<sup>45</sup>. Por primera vez, sin embargo, corroborando la tendencia a extender la esfera del derecho mercantil a las nuevas operaciones del capitalismo industrial, las empresas incluían las de «fabbriche e costruzioni» (no de inmuebles, sino de obras de transformación del territorio), pero sólo si «l'imprenditore provvede i materiali», porque su carácter mercantil, una vez más, no procedía de la organización de la producción, sino de los actos dirigidos a la circulación de los bienes y de los instrumentos de la «fabbricazione, che sono mobili al momento che sono acquistati e adoperati, sebbene vadano mano mano a congiungersi alla fabbrica ed a formarla»<sup>46</sup>. La industria, como de costumbre, entraba en el derecho mercantil no por su cifra económica –la producción, la organización, la comunidad de fábrica– sino en cuanto etapa comercial, acto partícipe del itinerario de la circulación del bien<sup>47</sup>: el comerciante compraba las materias primas para revenderlas después de haberlas utilizado, aplicado o incorporado a una obra de transformación del territorio.

No obstante la conciencia de que «sarebbe stato preferibile ad una enumerazione, inevitabilmente imperfetta, scrivere nel Codice una definizione generale degli atti di commercio»<sup>48</sup>, también la codificación italiana de 1882 acogía el sistema molecular de derivación francesa, recalcando el modelo formalmente mixto, construido sobre los dos clásicos tipos de acto de comercio: los contemplados en el art. 3, «*atti obiettivi*», mercantiles por su naturaleza, independientemente del sujeto, «con assoluta astrazione della qualità della persona che li compie»; y los previstos por el art. 4, «*atti subiettivi*», mercantiles no por sus características intrínsecas y objetivas, sino por la calidad mercantil del sujeto que los ejecutaba<sup>49</sup>. La enumeración de los actos de comercio objetivos, como siempre determinante también para comprobar la calidad de comerciante y luego para identificar los actos de comercio subjetivos, se consolidaba al principio del Código (arts. 3-6), considerado que, como explicaba en la relación de 18 de junio de 1877 el ministro Mancini (1817-1888), siendo el comerciante «colui che per professione abituale fa atti di commercio», no podía sino anticipar «logicamente» a todo lo demás «la nozione dell'*atto di commercio*»<sup>50</sup>. La «*compera per rivendere*», en sintonía con la concepción dominical y circulatoria del derecho mercantil,

---

<sup>45</sup> L. BORSARI, *Codice di commercio del Regno d'Italia*, parte I, Torino, Ute, 1868, p. 54, n. 31.

<sup>46</sup> L. BORSARI, *Codice di commercio*, cit., pp. 61-62, n. 43.

<sup>47</sup> F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, cit., pp. 1-5.

<sup>48</sup> Así el ministro Pasquale Stanislao Mancini en la relación de 18 junio de 1877 (*I motivi del nuovo codice di commercio italiano ossia Raccolta completa di tutti i lavori preparatorii delle commissioni*, a cura di A. Marghieri, vol. IV, parte II, Napoli, Marghieri, 1885, p. 14).

<sup>49</sup> L. FRANCHI e C. PAGANI, *Del commercio in generale*, en *Commentario al Codice di Commercio*, vol. I, Milano, Vallardi, s.d., p. 52.

<sup>50</sup> *I motivi del nuovo codice di commercio*, cit., p. 14.

ocupaba el vértice de la enumeración, constituía su «fondamento», representaba la «operazione commerciale per eccellenza», la «parte più considerevole per intensità e per estensione di applicazione»<sup>51</sup>.

Por otro lado, en búsqueda de una fórmula ancha, capaz de superar la referencia a los «contratos comerciales» de la codificación de 1865<sup>52</sup>, el nuevo Código de comercio italiano de 1882 reivindicaba simbólicamente, desde la definición del cuadro de las fuentes (leyes mercantiles, costumbres mercantiles y derecho civil), la hegemonía sobre la totalidad de la «*materia di commercio*»<sup>53</sup>. En esta óptica “expansiva”, el legislador disponía, regulando los actos de comercio por parte de sólo uno de los contratantes, que las disposiciones del Código se habrían de aplicar del mismo modo a ambas partes, siguiendo el ejemplo ofrecido por el ADHGB<sup>54</sup>; adoptaba además, enumerando los actos de comercio, únicamente la fórmula «reputa atti di commercio», a diferencia de las dos empleadas en el Código de 1865 («sono» e «reputa»), precisamente para corroborar la naturaleza meramente ejemplificativa de la enumeración; añadía, conforme a lo «spirito inesauribile di speculazione» propio del derecho mercantil, nuevas figuras contractuales, «negozi giuridici che, non avendo nome, figura e regole proprie nel Codice di commercio del 1865, erano governati unicamente dalle convenzioni delle parti e dalla pratica commerciale», como las sociedades cooperativas (art. 219), el contrato de doble (art. 73), el cheque (art. 399), la cuenta corriente (art. 345), los seguros sobre la vida (art. 449), el depósito de mercancías y comestibles en los almacenes generales (art. 461)<sup>55</sup>; suprimía el requisito del suministro de los materiales por parte del empresario para que las empresas de fábricas y de construcciones pudiesen considerarse mercantiles (art. 3, n.7); añadía las empresas editoriales, tipográficas y librerías (art. 3, n. 10); reconocía, en fin y sobre todo, naturaleza mercantil a los inmuebles, atrayendo a la esfera del

---

<sup>51</sup> L. FRANCHI e C. PAGANI, *Del commercio in generale*, cit., p. 74. A propósito del perpetuarse de la preeminencia legislativa de la circulación al respecto de la producción G. AULETTA, *L'impresa dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942*, en *1882-1982. Cento anni dal Codice di commercio*, cit., pp. 73-89.

<sup>52</sup> Art. 89: «i contratti commerciali sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal Codice civile».

<sup>53</sup> Art. 1: «in materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. In mancanza si applica il diritto civile». El texto bibliográfico de referencia, para la historia del Código de comercio de 1882, es el de A. PADOA SCHIOPPA, *La genesi del Codice di commercio del 1882*, en ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, cit., pp. 157-203, del cual léase también *Italia ed Europa*, cit., pp. 544-551. Véase además A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., pp. 63-73 y C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia*, cit., pp. 154-162.

<sup>54</sup> Art. 54: «se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti, e salve le disposizioni contrarie della legge».

<sup>55</sup> E. CIMBALI, *I contratti innominati nel diritto romano e nella legislazione italiana*, en «Foro catanese», 5, 1885, fasc. 1, después en ID., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900<sup>2</sup>, p. 235.

derecho mercantil «le compre e le rivendite di beni immobili, quando siano fatte a scopo di speculazione commerciale» (art. 3, n. 3).

El objetivo de ampliar la esfera del derecho mercantil, perseguido por los legisladores europeos del siglo XIX, no pasaba, pues, por una renovación de la ideología, de la filosofía, del planteamiento, sino por el incremento del número de actos de comercio. A pesar de las diferencias cuantitativas y terminológicas, el derecho mercantil de los Estados europeos repetía la estructura francesa, apoyándose en los mismos pilares: el estatuto individualista-dominical del comerciante, que elevaba el propietario de mercancías y de bienes muebles a protagonista del mercado; la concepción circulatoria del derecho mercantil, que lo circunscribía a un grupo de contratos de cambio, de compra y de venta; el modelo objetivo de los actos de comercio, que implicaba la identificación del comerciante no como sujeto organizado, sino como individuo dedicado profesionalmente a ejecutar actos de comercio; la concepción asistemática del comercio como una serie de actos de comercio individuales, en vez de una actividad económica organizada.

4. Dentro del marco normativo fijado por las codificaciones, habría sido sobre todo la ciencia jurídica –francesa, alemana e italiana– la que habría intentado atraer al sistema los nuevos hechos, los nuevos casos emergentes de la economía industrial. Ya desde la primera mitad del siglo XIX la doctrina francesa (Alauzet, Vincens, Molinier, Massé, Bravard-Veyrières, más tarde Boistel, Beslay, Lyon-Caen, Renault, Thaller) razonaba sobre la manera de ampliar el número de actos de comercio, para superar la tipicidad de la enumeración, para incrementar la lista de actos de comercio, elaborando y proponiendo diferentes teorías, como la de la «intermediación especulativa» y la de los «actos accesorios».

Con la primera teoría, la de la «intermediación especulativa», los juristas buscaban en la enumeración provista por el *Code de commerce* un denominador común a todos los actos de comercio y lo encontraban en la aptitud para realizar una especulación a través de una interposición en la circulación de bienes muebles entre el momento de la producción y el momento del consumo: era acto de comercio el que «accomplit, dans un but de spéculation personnelle, l'homme qui se rend intermédiaire entre celui qui offre et celui qui demande; entre le producteur et le consommateur»; era comerciante el que «se rendait intermédiaire entre le producteur et le consommateur, entre l'offre et la demande, et que c'était sur cette entremise qu'était basée la spéculation à laquelle il se livrait»<sup>56</sup>. La identificación y la

---

<sup>56</sup> I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1879<sup>3</sup>, tome I, p. 3, n. 1, y pp. 374-375, nn. 247 y 247bis.

valorización de la función intermediaria permitían recoger los actos de comercio bajo un único denominador y por consiguiente romper con una enumeración taxativa y vinculante, de manera que fuese posible incrementar el número de los actos y de los negocios más allá de los (meros) ejemplos tipificados por el legislador. Había acto de comercio cada vez que se producía una intermediación entre productor y consumidor, que podía interesar cada tipo y forma de bien mueble, sin limitarse necesariamente a las mercancías o a los alimentos, sino pudiendo referirse también al trabajo: en el momento en el que se afirmaba que había acto de comercio cada vez que había intermediación de trabajo, entraban evidentemente en la esfera del derecho mercantil las operaciones económicas ejecutadas por muchas industrias, incluso cuando, en rigor, no se realizaba una compra previa o una venta posterior<sup>57</sup>.

Con la segunda teoría, la de los «actos accesorios», los juristas afirmaban que era comercial cada acto que, aunque no fuera comercial, resultaba, sin embargo, accesorio a un acto de comercio principal. En consideración a su defecto de autonomía lógica, funcional y conceptual, «l'accessoire doit être soumis à la même règle que le principal»<sup>58</sup>, cada acto accesorio tenía que seguir «le sort du principal», según la «théorie d'après laquelle l'acte accessoire doit être caractérisé par l'acte principal auquel il se rattache»<sup>59</sup>. El razonamiento permitía no solamente atraer a la esfera del derecho mercantil las compras de bienes muebles destinados a la utilización en la industria (instrumentos, utensilios, maquinarias, adornos, mobiliario), sino sobre todo considerar comercial la compra y la venta del así llamado «fonds de commerce», esta «construction juridique très particulière»<sup>60</sup>, que habría sido “codificada” sólo con la promulgación de la ley de 17-19 de marzo de 1909<sup>61</sup>. El «fonds de commerce» no era todavía empresa, porque no implicaba referencias a la aportación humana, a la organización y a la actividad, pero era algo semejante; un conjunto de bienes, incluidos mercancías, inmuebles y clientela, que un sujeto compraba para emprender o aumentar un ejercicio comercial, «un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels qu'un commerçant groupe et met en oeuvre en vue de satisfaire aux besoins de sa clientèle»<sup>62</sup>. El acto principal –argumentaban los juristas– era la compra y la venta de mercancías, pero

---

<sup>57</sup> G. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, Guillaumin et C<sup>ie</sup>, 1861-1862<sup>2</sup>, tome I, p. 22, nn. 20-21.

<sup>58</sup> J.-V. MOLINIER, *Traité de droit commercial ou explication méthodique des dispositions du Code de commerce*, Paris, Joubert, 1841, tome I, p. 28.

<sup>59</sup> A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, Thorin, 1876, pp. 23 y 34.

<sup>60</sup> J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, pp. 97 y 151-163.

<sup>61</sup> Véase el *Répertoire de droit commercial et des sociétés*, publié sous la direction de E. Vergé et G. Ripert, tome II, Paris, Dalloz, 1957, pp. 265-266, además de M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1957, p. 347, J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 155-156, n. 226, y G. RIPERT, *Aspects juridiques*, cit., pp. 171-186.

<sup>62</sup> R. HOUIN et M. PÉDAMONT, *Droit commercial. Actes de commerce et commerçants*, cit., p. 170; se expone con claridad, en las pp. 170-172, la distinción entre las nociones de «fonds de commerce» y «empresa».



habrían tenido carácter comercial, en cuanto actos accesorios, también las transferencias de clientela, de inmuebles y en general del entero «fonds de commerce».

Era precisamente esta conexión de bienes la que llamaba la atención de una parte de la ciencia jurídica germánica (Endemann, Hahn, Cosack, Behrend, Puchelt, Ladenburg)<sup>63</sup>. El conjunto organizado de la producción era una realidad que el jurista no podía ignorar: al lado del comerciante y de los actos de comercio, del derecho de propiedad y de los contratos, afloraba, también a nivel jurídico, una entidad compleja y transversal, totalizante e interrelacional. Entre los rincones del ADHGB figuraba un puñado de normas –desde las que regulaban el uso de la «Firma» en el caso de transferencia del ejercicio comercial (arts. 22-24) hasta las que disciplinaban el instituto de la representación (arts. 42, 43 y 47), desde la que atribuía valor al volumen “no manual” (es decir industrial) «des Uebernehmers» (art. 272) hasta la que adoptaba la pertenencia a una «actividad comercial» como criterio de comercialidad (art. 273)– que dejaban entrever, en términos ahora de «Handelsgeschäft», ahora de «Handelsgewerbe», una idea de unidad comercial que no le pasaba desapercibida a la doctrina más avisada. El «Geschäft» no era el ejercicio de actos de comercio singulares, «die Ausübung einzelner Handelsgeschäfte», sino el conjunto de los medios de producción, desde el capital hasta el trabajo, considerados dinámicamente, dirigidos hacia la realización de una finalidad económica<sup>64</sup>; era algo diferente del «Kaufmann», así como era algo diferente de un mero «conglomerado de elementos patrimoniales», configurándose mejor como un «Organismus» de la vida económica que tenía «sein eigenes Leben», según una perspectiva tan próxima a las estructuras del capitalismo industrial como distante de las categorías del derecho napoleónico: este «Geschäft», más que un bien individual o la persona del comerciante, era el que constituía, en la praxis jurídica y económica, la esencia del comercio, el motor del crédito, el eje de la actividad industrial<sup>65</sup>.

En la misma perspectiva –después de haber repetido, bajo la vigencia del primer Código de comercio de 1865, la noción francesa de fondo de comercio, representado por el «avviamento», la «clientela» y el «achalandage», con un valor formado por el «capitale

---

<sup>63</sup> J. CONRADI, *Das Unternehmen im Handelsrecht*, cit., pp. 184-225, además de J. GEIGER, *Die Entwicklung der rechtlichen Erfassung des Handelsgeschäfts im 19. Jahrhundert*, München, Schubert, 1963, y G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand und Anknüpfungspunkt rechtlicher Regelungen in Deutschland. 1860-1920*, en *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Wirtschafts-, sozial- und rechtshistorische Untersuchungen zur Industrialisierung in Deutschland, Frankreich, England und den USA*, herausgegeben von N. Horn / J. Kocka, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 544-553.

<sup>64</sup> W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, Bangel & Schmitt, 1865, § 15, pp. 73-74. Véase C. BERGFELD, *Nationalökonomie und Handelsrecht bei Wilhelm Endemann*, en *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie*, herausgegeben von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004, pp. 172-174.

<sup>65</sup> W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, cit., pp. 74-75.

materiale» y por el «credito»<sup>66</sup> – la doctrina italiana, al día siguiente al de la entrada en vigor del nuevo Código de comercio de 1882, definía la «azienda» como «tutto il complesso delle attività e passività pertinenti allo esercizio commerciale degli affari di un commerciante»<sup>67</sup>. Al papel crucial asumido en el campo económico por el organismo empresarial, correspondía en el campo jurídico la afirmación de «un complesso organico», formado por «beni corporali, immobiliari e mobiliari» («stabilimento», «merci», «utensili», «strumenti», «libri di commercio»), «beni incorporali» («crediti», «diritti di privativa», «proprietà letteraria ed artistica», «ditta», «insegna», «marchi») y valores, como «il credito», «la clientela» («achalandage») y «quella probabilità... di proseguire l'esercizio del traffico, facendo nuovi affari (*chance*)»; «un corpo universale, un *universum jus*, un *nomen juris*, un organismo della vita economica, esistente al di sopra della persona fisica del possessore» e independiente de los «elementi» que lo «compongono»<sup>68</sup>.

Mientras algunos juristas italianos, pues, siguiendo la pauta de los franceses, retomaban la senda de la teoría de los actos «connessi», «collegati», «dipendenti» o «accessori» y de la teoría del acto de comercio como «atto di intromissione fra produttori e consumatori, che, effettuando od agevolando la circolazione della ricchezza, procura un lucro all'intermediario»<sup>69</sup>, otros se dedicaban a esta realidad de la «azienda», que habría podido ser «venduta, ceduta, donata, legata, data in usufrutto», sometiéndose, sin embargo, el acto de transferencia «alle regole ed a' principii del codice civile»<sup>70</sup>. La «impresa», que el nuevo Código de 1882 confirmaba en su forma de *sucesión de actos de comercio*, suponía en cierto modo (aunque sin consecuencias jurídicas) la existencia de una organización de fábrica, de un conjunto unitario, operativo y comprensivo de clientela; de una empresa en sentido objetivo, al que la doctrina reconocía su naturaleza de «organismo economico, che pone in opera gli elementi necessari per ottenere un prodotto destinato allo scambio, a rischio dell'imprenditore»<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> L. BORSARI, *Codice di commercio*, cit., n. 95, p. 97.

<sup>67</sup> A. MARGHIERI, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, Napoli, Marghieri, 1884, § 26, p. 239. Una síntesis sobre la doctrina italiana en F. MAZZARELLA, *L'impresa*, cit., pp. 440-441.

<sup>68</sup> A. MARGHIERI, *Il diritto commerciale italiano*, cit., pp. 240-241. Sobre el más tardío desarrollo de la teoría A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, I, *Considerazioni introduttive. La dottrina italiana*, en «Rivista del diritto commerciale», 56, 1958, I, pp. 32-64.

<sup>69</sup> U. MANARA, *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente Codice commerciale italiano*, Torino, Bocca, 1887, p. 40; E. MASÈ-DARI, *Atti di commercio*, in *Il Digesto italiano*, Torino, Ute, 1893-1899, vol. IV, parte II, p. 202.

<sup>70</sup> A. MARGHIERI, *Il diritto commerciale italiano*, cit., § 26, pp. 242-247. Sobre el desarrollo de la doctrina italiana en tema de empresa P. GROSSI, *Itinerarii dell'impresa*, en «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 28, 1999, tomo II, pp. 999-1038, y F. MAZZARELLA, *L'impresa*, cit., pp. 441-444.

<sup>71</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Torino, Bocca, 1902<sup>2</sup>, n. 63, p. 110.

5. En 1900, tres años después de su aprobación, entraba en vigor en la Alemania de Guillermo II (1859-1941) el nuevo Código de comercio (HGB), en el cual, por primera vez, el principal signo de reconocimiento de la comercialidad se convertía en la forma organizada del sujeto, en la existencia de «ein gewerbliches Unternehmen», de un ejercicio comercial que «nach Art und Umfang» se organizaba «in kaufmännischer Weise», que «por su índole y volumen» requería «una explotación de sus negocios en forma organizada»<sup>72</sup>. El legislador, para abarcar la complejidad de la economía industrial, ya no creía suficiente una sencilla enumeración de actos basada en el intercambio, en la compra para vender. Constatava, al contrario, que con el tiempo la economía capitalista había ido caracterizándose más por la propensión a anudar, enlazar, unir actos, personas, negocios, obligaciones y derechos de diferente naturaleza, que no por las características de negocios aislados, siguiendo dinámicas mucho más complejas y articuladas del comercio en sentido económico, acentuando sobre todo el momento de la producción industrial, generando estructuras económico-jurídicas caracterizadas por la multifuncionalidad de los actos, por la complejidad de la máquina organizativa, por la extensión de la actividad comercial, por la cooperación y la integración de grupos humanos<sup>73</sup>.

Para determinar el ámbito de vigencia del nuevo Código, consecuentemente, se hacía necesario asumir como punto de referencia al sujeto, cuya naturaleza comercial habría podido inferirse de la existencia de una estructura organizada, además que del ejercicio de actos tipificados<sup>74</sup>: al lado del usual criterio de la enumeración, previsto por el §. 1<sup>75</sup>, el legislador alemán, por lo tanto, preveía, retomando y desarrollando un criterio ya utilizado en el art. 835

---

<sup>72</sup> J. GIRON TENA, *El concepto del Derecho Mercantil*, cit., p. 776. Se reenvía a F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso*, cit., pp. 299-311. Sobre la historia y el proceso de formación del HGB véase W. SCHUBERT, *Die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897*, en *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, herausgegeben von W. Schubert, B. Schmiedel, C. Krampe, Frankfurt am Main, Klostermann, Band 1, *Gesetze und Entwürfe*, 1986, pp. 1-30.

<sup>73</sup> Léase la relación ilustrativa al HGB, publicada en *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, cit., Band 2.1, *Denkschriften, Beratungen, Berichte*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1987, pp. 5-7.

<sup>74</sup> Muy clara sobre este punto la reconstrucción de S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1/1988, pp. 37-40.

<sup>75</sup> §. 1: «Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. <sup>II</sup> Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat: 1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden; 2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; 3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie; 4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte; 5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer; 6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter; 7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler; 8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; 9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht».

del Código suizo de las obligaciones de 1883, la forma organizada del sujeto, la organización requerida por el carácter y la dimensión de un «Unternehmen»<sup>76</sup>.

El baricentro de la disciplina legislativa, en consecuencia, se trasladaba de los actos de comercio al comerciante, de una referencia objetiva (los «Handelsgeschäfte») a una referencia subjetiva (el «Kaufmann» organizado)<sup>77</sup>, con el resultado, en primer lugar, de estimular la reflexión sobre el estatuto organizativo del sujeto, sobre la manera y la forma con las cuales el «Kaufmann» habría ejercido una actividad empresarial, sobre la naturaleza de un «Unternehmen». Empezaba, en la doctrina austro-alemana, con Isay, Pisko, Ohmeyer, Müller-Erzbach, Geller, un itinerario reflexivo dirigido a individuar jurídicamente esta noción de «Unternehmen», a aprehender la relación entre derecho y economía («der Zusammenhang von Wirtschaft und Recht»)<sup>78</sup>, a definir la noción de «Unternehmen» prestando al derecho los contenidos de la sustancia económica<sup>79</sup>, a componer en un único mosaico las teselas dispersas en las leyes especiales, a inferir del derecho vigente una disciplina del «Unternehmen» coherente y orgánica, a edificar el nuevo derecho de la economía, el «Wirtschaftsrecht», alrededor de la noción de «Unternehmen»<sup>80</sup>.

Conforme a las nuevas tendencias sociales, historicistas y jurisprudenciales, el punto de partida no era el código, ni la ley o la norma, sino la realidad económico-social, que tenía que ser leída e interpretada por el jurista, auténtico intermediario entre derecho y sociedad: como no son «los muros sino los soldados quienes defienden una ciudad», habría sintetizado en una tardía imagen Müller-Erzbach (1874-1959), así no son «las leyes sino los hombres quienes determinan el nivel cultural y jurídico de una nación»<sup>81</sup>. Desde este punto de vista, bien sumergido en las entrañas económicas de la sociedad, resultaba claro que el «Unternehmen» no era el bien de un individuo, un comerciante, un propietario; no era explicable según la lógica del individualismo, según las categorías de la propiedad y de los contratos, según la filosofía sencilla del derecho napoleónico, porque era una realidad compleja, consistía en una

---

<sup>76</sup> §. 2: «ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des §. 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen».

<sup>77</sup> «Das Handelsrecht» –conforme a lo subrayado por C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, cit., p. 2963–«ist wieder ein Sonderrecht für Kaufleute geworden».

<sup>78</sup> K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt*, Wien, Manzsche, 1906, pp. 5-6. Véase T. RAISER, *Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Berlin, Gruyter, 1969.

<sup>79</sup> P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, Müller, 1965, pp. 121-139.

<sup>80</sup> Se reenvía a propósito de este itinerario a F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso*, cit., pp. 299-355, y *Percorsi storico-giuridici dell'impresa*, cit., pp. 83-131.

<sup>81</sup> R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, Mohr, 1928<sup>2/3</sup>, p. 48.

organización que entrelazaba intereses transversales, enlazaba personas, cosas, bienes, lugares, actos, obligaciones, relaciones<sup>82</sup>. Bastaba reflexionar sobre el hecho de que la existencia, y todavía más la extinción de un «Unternehmen» habría determinado no solamente la vida del titular, sino la de «muchas personas (trabajadores, empleados, campesinos)»<sup>83</sup>, provocando además la disolución de un patrimonio de experiencias, de un valor absoluto que no pertenecía solamente al empresario, sino a los trabajadores y a la comunidad entera<sup>84</sup>.

Como la familia en la economía agraria y mercantil de la Edad Media, el «Unternehmen» absorbía la contribución de los individuos, representaba una «unidad económica», una «Wirtschaftseinheit», que fundía y combinaba de manera sinérgica las prestaciones económicas de sus miembros, conservando su identidad y su vitalidad, su capacidad y su funcionalidad, aunque se hubiese transformado o extinguido uno de sus componentes<sup>85</sup>. El «Unternehmen» implicaba «etwas Einheitliches», una idea de totalidad, unidad, complejidad<sup>86</sup>; era un conjunto de personas, bienes, relaciones, derechos, valores, con tal de que fuese claro que no era la suma de estas partes, «die Summe dieser Bestandteile», sino «die Organisation» que estaba por encima de éstas, las tenía unidas y las dirigía hacia la misma finalidad económica<sup>87</sup>. El «Unternehmen» era una «Rechtseinheit», una unidad jurídica, «eine organisatorische Idee», una obra de arte, una creación genial, un producto del espíritu<sup>88</sup>.

Se derrumbaba por primera vez, gracias al profundo trabajo de excavación de los juristas, la visión atomística, molecular e individualista del derecho mercantil; se terminaba, para decirlo con las palabras de uno de los protagonistas de esta aventura científica, «mit der atomistischen Auffassung des Unternehmens als eines bloßen Konglomerats von Sachen und Rechten», con la concepción atomística del Unternehmen como un mero conglomerado de cosas y derechos<sup>89</sup>.

El jurista trasladaba la noción de «Unternehmen» de la esfera económica a la jurídica, buscaba y encontraba en la legislación vigente una larga serie de disposiciones que

---

<sup>82</sup> R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, Vahlen, 1910, p. 1.

<sup>83</sup> K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 6.

<sup>84</sup> R. MÜLLER-ERZBACH, *Die Erhaltung des Unternehmens*, en «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht», 61, 1908, pp. 361-364. Es la base de la concepción de la empresa como «réalité humaine» (P. DE WOOT, *La Fonction d'Entreprise*, cit., pp. 33-41), del «Unternehmen» como lugar de encuentro de los intereses de diferentes grupos, de una «interessenpluralistische» constitución de la comunidad empresarial (H.W. KÖHLER, *Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform*, en «Juristenzeitung», 1956, pp. 137-142).

<sup>85</sup> R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 5.

<sup>86</sup> Un efectivo «Sinneinheit des Unternehmens», como ilustrado por P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., p. 120.

<sup>87</sup> K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 10.

<sup>88</sup> R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24.

<sup>89</sup> R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 37.

comprobaban cómo la noción jurídica de «Unternehmen» ya existía <sup>90</sup>: las normas que contemplando la transferencia de «ein bestehendes Handelsgeschäft» reconocían al causahabiente el derecho a continuar utilizando la «Firma» (§. 22 del HGB) y que preveían la responsabilidad por todas las obligaciones preexistentes (§§. 25, 26 y 27 del HGB; §§. 55 y 56 de la *Gewerbeordnung* austriaca); las normas que vinculaban el destino de la marca al del «Unternehmen, für welches die Marke bestimmt ist» (§. 9 del *Gesetz* austriaco de 6 de enero de 1890) o que disponían la transferencia del derecho sobre la marca sólo con la del ejercicio comercial al cual era inherente (§. 7 del *Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen* alemán de 12 de mayo de 1894); las normas que permitían la transferencia de una patente única y exclusivamente junto con la del «Betrieb» (§. 5 del *Patentgesetz* alemán de 7 de abril de 1891); la norma que disponía la transferencia del contrato de seguro junto con la transferencia del «Unternehmen» (§. 151 del *Versicherungsvertragsgesetz* de 30 de mayo de 1908); las normas que, en el caso de quiebra o de ejecución forzosa, cuidaban la administración de «gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablisements, Handelsbetriebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen»<sup>91</sup> (§§. 341 ss. de la *Executionsordnung* austriaca de 27 de mayo de 1896), previendo la posibilidad de proseguir el ejercicio del «Geschäft» (§§. 142 y 148 de la *Concursordnung* austriaca de 25 de diciembre de 1868)<sup>92</sup>.

Una vez que tenía localizado e identificado el «Unternehmen» en el ámbito del derecho, la ciencia jurídica lo analizaba en dos direcciones conexas, como parámetro de referencia y como objeto de un peculiar derecho subjetivo: por un lado lo representaba como objeto de derechos y del tráfico negocial, definiéndolo como algo distinto de sus partes, con un valor superior al procedente de la suma de las partes individuales, un valor dependiente de la clientela, de las potencialidades de productividad y de ganancia<sup>93</sup>; por otro lado configuraba un nuevo derecho subjetivo, el nuevo «Recht am Unternehmen», que era diferente, algo distinto tanto del derecho de propiedad sobre las partes de la empresa como de los derechos individuales de la persona del comerciante (identidad, nombre, reputación, honor)<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Para un estudio más exhaustivo se reenvía, una vez más, a F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso*, cit., pp. 324-341, y *Percorsi storico-giuridici dell'impresa*, cit., pp. 104-118.

<sup>91</sup> L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung zu Firma, Schild und Warenzeichen*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, pp. 9 y 132-171.

<sup>92</sup> O. PISKO, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien, Manzsche, 1907, p. 137.

<sup>93</sup> L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 21-22, y O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 17-18. Sobre las posibles manifestaciones del valor unitario del «Unternehmen» G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen*, cit., pp. 548-558.

<sup>94</sup> Véase sobre todo R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., *passim*.

Después de la Primera Guerra Mundial, frente al significativo incremento de la densidad y de la importancia de la legislación industrial<sup>95</sup>, una segunda generación de juristas (Wieland, Oppikofer, Jessen, Husserl, Jacobi, Hedemann, Passow, Gieseke, Gierke), en sintonía con el valor constitucional asumido por la esfera económica, podía proponer y edificar, alrededor de esta noción de «Unternehmen», un nuevo ámbito disciplinar, el nuevo derecho de la empresa, el «Unternehmensrecht»<sup>96</sup>.

Dentro de su estructura económica compleja, el concepto jurídico de empresa se articulaba ahora en torno a elementos diferentes, reflejaba, fuera de «uno schema giuridico unitario», «un fenomeno economico poliedrico, il quale ha sotto l'aspetto giuridico non uno, ma diversi profili in relazione ai diversi elementi che vi concorrono» («imprenditore», «attività imprenditrice», «patrimonio aziendale» y «azienda», «istituzione»)<sup>97</sup>, asumía varios significados según las circunstancias, los intereses y los objetivos (patrimonio, organización, comunidad, actividad, sujeto), se convertía en una figura «pluridimensional» y polifacética, un «Aleph», para decirlo en palabras de Borges, un punto que se ve desde todos los puntos y que asume una forma diferente según el punto de observación.

En el nuevo contexto de contaminación entre derecho privado y derecho público, pronto utilizado de manera instrumental por la política corporativa de los regímenes autoritarios, el «Unternehmen» se convertía en un paradigma funcional para los diferentes sectores del ordenamiento jurídico<sup>98</sup>: el derecho fiscal, el derecho del trabajo, el derecho mercantil, el derecho de las sociedades, el derecho patrimonial, el derecho de quiebras, el derecho de la expropiación. Un paradigma colectivo y complejo, origen del proceso de «industrialización del Derecho mercantil», a través del cual el «Derecho de determinados actos» se transformaba en un «Derecho de la economía organizada en forma de empresa»<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> E. HEYMANN, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts*, Marburg in Hessen, Elwert, 1921.

<sup>96</sup> H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1927.

<sup>97</sup> A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, en «Rivista del diritto commerciale», 41, 1943, I, pp. 1-20.

<sup>98</sup> M. BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 136-148. Perduraban, no obstante, formas de la «teoría atomística» y de la «descripción simplista» de la empresa, como ha notado A. ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *Empresa*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo VIII, Barcelona, Seix, 1956, pp. 409-410.

<sup>99</sup> A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Código de Comercio*, cit., pp. 48-50. Léase F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso*, cit., pp. 356-376, y la reconstrucción histórica de A. POLO DIEZ, *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, Estudio preliminar a *Leyes mercantiles y económicas*, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pp. V-LXXVI.