

Capítulo 1

LA HISTORIA DE LA DUPLICIDAD LEGISLATIVA CIVIL Y MERCANTIL

1. EL DERECHO MERCANTIL EN ROMA

1.1. Inexistencia de un Derecho Mercantil en Roma

En la doctrina aparece generalizada la idea de la inexistencia de un Derecho Mercantil en Roma, entendido, como en la actualidad, en el sentido de rama especial del ordenamiento jurídico. Y esto pese a que el desenvolvimiento del comercio y de la actividad mercantil en Roma fue extraordinariamente intenso y floreciente, sobre todo hacia el siglo III aC. cuando se convierte en una potencia política y económica.

En Roma no se conoce una palabra técnica para designar el comercio. Así “*Negotiatio*” se utiliza tanto para designar el gran comercio como para una operación aislada; “*Mercatura*” sólo indica el comercio de mercancías en sentido estricto. No existe un “*Ius mercatorum*”, como en la Edad Media, ni distinguen entre acto civil y acto de comercio.

Ahora bien, aunque se considere que no existió un Derecho Mercantil “especializado”, lo cierto es que existen instituciones exclusivamente utilizadas para atender a las necesidades que se derivaron del tráfico económico, comercial o industrial. En este sentido, en el Digesto encontramos las siguientes leyes relativas a diversos aspectos del Derecho Mercantil: “*De lege Rhodia de Jactu*”, Lib.14, tomo 2º; “*De nautico foenore*”, Lib. 22,tít.2; “*Nautae, Caupones, Stabularii ut recepta restituant*”, Lib. 4, tít. 9; “*Furti adversus nautas...*”, Lib. 47, tít. 5; “*De exercitoria actione*”, Lib. 14, tít. 1; “*De institoria actione*”, Lib. 14, tít. 3; “*De tributaria actione*”, Lib. 14, tít. 4; “*Locati conducti*”, Lib.19, tít. 2; “*De lege Julia Annona*”, Lib. 48, tít.12; “*De Nundinis*”, Lib 50, tít. 11; “*De incendio ruina naufragio*”, Lib. 47,tít. 9.

También se conocen ya en Roma algunos de los caracteres comunes a las instituciones jurídicas mercantiles, entre otros, el principio de solidaridad, el de la presunción de onerosidad aparece en Roma al transformarse el mutuo, que es gratuito, en el “*Foenus*” siempre retribuido. Las obligaciones se materializan en los “*Chirographa*” o instrumentos de las obligaciones constituidas por los peregrinos y que son títulos comerciales. El procedimiento comercial se simplifica para rendir justicia rápidamente a los comerciantes mediante la actuación del Pretor. Y, por último, el formalismo de los primeros tiempos de Roma en la perfección de los contratos se suaviza, al introducirse el concepto de *bona fides* pasando a formas de contratación más libres, como sucede en los contratos consensuales, reales o innominados, sin necesidad de llevar a cabo toda una serie de actos formales que eran propios del procedimiento romano de las *legis actiones*.

Pese a todo esto, y a la opinión de algunos autores¹ lo cierto es que la generalidad de la doctrina considera que no puede hablarse en Roma de un Derecho especial Mercantil, por diversas razones, entre otras las alegadas por los siguientes autores:

THALLER² lo atribuye principalmente a la falta de organización corporativa mercantil, no es necesario que los hombres de negocios buscasen una defensa en los gremios que les era proporcionada por un sistema comprensivo de administración de justicia, mediante la actividad del Pretor; por su parte HUVELIN³ considera que la razón de que no se formase un sistema jurídico mercantil autónomo radica en que el sistema del Imperio universal impidió que el ordenamiento del comercio se desarrollase como un Derecho Internacional de mercado, esto es, Roma conquistaba los países con los que establecía relaciones comerciales, y como consecuencia de esto las convenciones o tratados bilaterales de *commercium* cedían el paso a las concesiones unilaterales de *commercium* y así el significado de este se transformó.

¹ Entre ellos destacamos a FADDA, quien considera que, pese a la inexistencia de un Derecho Mercantil como Derecho especial en Roma “...*los romanos tuvieron un concepto sustancialmente exacto de la especialidad del Derecho Mercantil y conocieron la noción de acto de comercio*”. “*Gli istituti commerciali del Diritto romano*”. Nápoles 1903, párrafo 45.

² THALLER, E.: “*De la place du commerce dans l’Histoire Générale*”. *Annales de Droit Commercial*. 1982.

³ Citado por JIMÉNEZ DE PARGA, R.; HUVELIN escribe: “...*Sin duda el Derecho comercial romano se habría separado del civil si hubiera continuado desenvolviéndose en las condiciones en que había nacido, es decir, como un Derecho Internacional del mercado. Pero no ha continuado porque el derecho del mercado ha devenido un derecho privado interno... El Derecho Mercantil especializado no existe más que allí donde ha podido desarrollarse como Derecho Internacional*”. Párrafo transcrito de la obra: “*Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación*”. *Estudios de Derecho Mercantil en honor del Prof. Rodrigo Uría*. Edit. Civitas. Madrid 1978, pág. 318.

Ninguna de estas dos explicaciones puede aceptarse como cierta.

Por una lado, en cuanto a la interpretación de THALLER y su afirmación de que en Roma no existieron los gremios, puede puntualizarse: primero, que no es exacto que en Roma no hubiese corporaciones mercantiles o artesanas ya que su existencia esta documentalmente probada; y, segundo, que si bien es cierto que el Derecho Mercantil tiene estrechos contactos con el Derecho interno de las corporaciones, no es indispensable para la existencia de un Derecho Mercantil separado un régimen comercial gremial.

Por otro lado, la afirmación de HUVELIN de que la existencia de un Derecho Mercantil especializado está ligada a su posibilidad de desarrollo como Derecho Internacional es cuando menos equivocada, idea que es compartida en el mismo sentido por el Prof. GOLDSCHMIDT⁴.

Nosotros consideramos que HUVELIN, en cierta medida, lo que hace es invertir los términos; no es que el Derecho del comercio adquiera sustantividad propia cuando se internacionaliza, sino que cuando aparece un Derecho propio para satisfacer las necesidades del tráfico este ha tendido a unificarse internacionalmente.

Dejando a un lado estas explicaciones sobre la inexistencia de un Derecho especial Mercantil, podríamos decir que la unidad romana del Derecho privado descansa, compartiendo la opinión de GOLDSCHMIDT⁵, en su naturaleza esencialmente dinámica, en sus excepcionales condiciones de acomodación y flexibilidad, en la perfección de sus construcciones doctrinales y en su sistema de aplicación pretoriana, o lo que es lo mismo que cuando el ordenamiento jurídico común cubre las necesidades del tráfico económico no se deja sentir la necesidad de un Derecho Mercantil.

En consecuencia esta autor considera que el ámbito del Derecho Mercantil es muy reducido allí donde sean suficientes para el comercio las formas más simples del Derecho Civil o donde los principios adecuados al comercio hayan penetrado en el Derecho Civil de tal modo que haya escasos motivos para la formación de un Derecho especial, opinión compartida por la inmensa mayoría de

⁴ Citado por RUBIO, J.; GOLDSCHMIDT afirma: “...en el mismo Derecho Romano la evolución de las instituciones jurídico-mercantiles muestra en realidad un proceso inverso. El Derecho privado aparece más completo e idóneo para toda clase de relaciones en la época clásica que en la de mayor universalidad del Imperio, coincidiendo con la cual se abre camino junto al Derecho imperial definitivamente codificado, un Derecho particular, Derecho consuetudinario local y provincial que se mantiene vivo como Derecho especial en la práctica de las clases mercantiles”. “Sobre el concepto de Derecho Mercantil”. R.D.M. 1947, nº 12, pág. 326.

⁵ Citado por JORDANO BAREA, J.B., en su obra: “Derecho Civil y Derecho Mercantil”. R.D.PR.. Marzo 1964, pág. 175.

la doctrina, que considera el Derecho Mercantil como un producto o categoría histórica, surgida de la necesidad del tráfico, cuando el Derecho Civil resulta insuficiente para resolver las nuevas exigencias.

Siguiendo con esta línea argumental podríamos considerar que la separación histórica entre Derecho Civil y Derecho Mercantil no fue obra del capricho ni obedeció a criterios dogmáticos, sino que fue impuesta por la misma realidad histórica-económica⁶.

De lo dicho, la conclusión que se deduce no es sólo la carencia de un Derecho especial en Roma, denominado Derecho Mercantil, sino la falta de necesidad del mismo⁷.

Ante un ordenamiento general que se adapta a las exigencias del tráfico, no tiene sentido ni razón de existir un ordenamiento especial. En consecuencia, el Derecho especial Mercantil se constituirá posteriormente como respuesta obligada a las nuevas necesidades surgidas en la Edad Media.

Ahora bien, si es un hecho que, gracias a la extensión progresiva del poderío de Roma, la mayor parte del tráfico universal ocurría en los dominios del gran Imperio romano, y que el hecho de ser capital de un Estado dominador de todos los pueblos y plazas comerciales de la época hizo a Roma un gran centro de negocios, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que el fenómeno comercial adquirió gran importancia en el mundo romano, y, sin embargo, negamos la existencia de un Derecho Mercantil especial en Roma, se imponen las siguientes preguntas: ¿Por qué? ¿Cómo hace frente el pueblo romano a las necesidades derivadas del comercio? Y, las respuestas nos las ofrecen la creación de unas instituciones encuadradas en el ámbito del *IUS GENTIUM*, o derecho nacido para

⁶ Esta idea es defendida, entre otros, por los siguientes autores: GIRÓN TENA J., en relación con el tema de la separación histórica entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, afirma: "...a ningún jurista romano de cualquiera de las épocas que se suelen distinguir se le ocurrió sistematizar un Derecho Mercantil, y que en el sistema de fuentes del Derecho Romano no había lugar para un cuerpo autónomo destinado a la materia mercantil según ésta se delimita hoy". En su obra "El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho Comparado". A.D.C. 1954, Vol. III., pág. 708.

Citado por JORDANO BAREA, J.B., ROCCO escribe: "...el Derecho Romano se nos presenta perfectamente apto para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil tal cual surge de la obra maravillosa del Pretor". Op. Cit., nota nº 5, pág. 175.

⁷ En este sentido, GARRIGUES, J., estima innecesaria en Roma la existencia de un Derecho Mercantil como especial para el comercio, así escribe: "...en Roma no se sintió la necesidad de un Derecho especial para el comercio sencillamente porque el sistema romano de Derecho Civil ofrecía bastante flexibilidad para satisfacer las especiales necesidades del comercio. El desdoblamiento de un "Ius civile" y un "Ius honorarium" hizo posible acoger este último, mediante la actividad del Pretor; aquellas exigencias que el Derecho Civil, rígido y formalista, era incapaz de satisfacer". "Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", R.D.M., 1959, nº 71, pág. 45.

las necesidades del comercio, pero que no constituyó una rama autónoma sino que se generalizó pasando a formar parte del *Derecho Romano*⁸.

Veamos en que consiste este “*Ius gentium*”.

1.2. El “*Ius gentium*” como una de las etapas de la evolución histórica del Derecho Romano

En la evolución del Derecho Romano cabe distinguir, de forma estricta, tres fases: la fase del *Ius civile*, la del *Ius gentium* y la del Derecho heleno-romano o bizantino.

Por el objeto de nuestro estudio vamos a fijarnos exclusivamente en la etapa histórica del “*Ius gentium*” ya que puede considerarse, en este momento, el derecho propio del comercio.

La fase del *Ius gentium* se extiende desde el final de la segunda guerra púnica –201 a. C.– hasta la muerte de Alejandro Severo –235 d. C.–, cuando cesa el predominio de Roma y de Italia.

En Roma y, en general, en el mundo antiguo existía el principio de la “personalidad del derecho”, es decir, el derecho de cada comunidad sólo tiene vigencia para los ciudadanos de la misma.

El Derecho Romano no se aplicó a todos los que habitaban en territorio romano, sino que regía sólo para los ciudadanos romanos. Estos vivían según su derecho nacional lo mismo si residían en Roma que fuera de ella, establecidos en las provincias. Así, se condiciona el ejercicio de los derechos privados a la condición de ciudadano; sólo el ciudadano de un pueblo podía tener en él plena capacidad jurídica y de obrar, adquirir y enajenar derechos y alcanzar tutela judicial con arreglo al sistema jurídico del pueblo al que pertenece⁹.

Este sistema no presentó graves inconvenientes hasta que la intensificación de las relaciones de los romanos con los súbditos de otros países como consecuencia del auge comercial de Roma, obligó a adoptar medidas para tutelar los

⁸ En este mismo sentido, se expresa ASCARELLI, T., citado por JIMÉNEZ DE PARGA, cuando afirma “...nos ha enseñado la semejanza de función entre el Derecho Mercantil en el moderno Derecho y el “*Ius gentium*” romano”. Op. Cit., nota nº 3, pág. 320.

⁹ Esta misma idea la podemos encontrar en KASER, M., cuando escribe: “...che si indica come principio della personalità del diritto, ognuno viene giudicato, ovunque egli si trovi, in base al diritto del popolo a cui appartiene. Un contratto concluso fra un romano e un peregrino non poteva, però, essere giudicato per ognuna delle parti secondo il diritto proprio dell'altra”. Párrafo transcrito de su obra “Storia del Diritto Romano”. Gisalpino. Istituto Editoriale Universitario. Milano 1992, pág. 140.

intereses de éstos en territorio romano, puesto que se plantea el problema de qué derecho aplicar en las relaciones comerciales de Roma con otros pueblos, ya que los extranjeros carecían de la ciudadanía romana.

A los *extranjeros* que se rigen por su propio derecho en sus comunidades de origen, cuando afluyen a Roma en sus relaciones con los ciudadanos romanos o en sus relaciones entre sí, no les era aplicable el *Ius civile*, carecían de capacidad para realizar válidamente los actos jurídicos reconocidos por el mismo, y salvo que se encontraran protegidos por un tratado especial que les confiriera el derecho de hospitalidad (*hospitium*), no podían por ejemplo, ser titulares de un derecho de propiedad reconocido por el *Ius civile* ni celebrar los actos solemnes para adquirirla, ni contraer obligaciones a través de la *stipulatio*, ni contraer matrimonio con efectos reconocidos por el *Ius civile*, ni hacer testamento o heredar con validez ante el mismo.

Para intentar solucionar esta situación, en un principio, Roma celebró tratados de comercio y amistad que van reconociendo a los ciudadanos de países extranjeros la capacidad de negociar y la defensa de sus derechos ante los Tribunales, otorgándoles el *Ius commercii* que les equipara en la esfera patrimonial con los romanos y el *Ius conubii* que les permite contraer matrimonio con ciudadanos romanos.

Sin embargo, estos derechos no se extendieron a todos los extranjeros, las numerosas conquistas incorporan a la comunidad romana nuevos extranjeros no privilegiados que viven y negocian dentro de Roma con sus usos y negocios jurídicos propios, es decir, los que regían en sus pueblos de origen.

También los romanos, cuando el ejercicio del comercio les llevaba a países extranjeros, por necesidad y como consecuencia del principio de personalidad del derecho, tuvieron que adaptarse al derecho local.

Con objeto de facilitar las relaciones comerciales con los extranjeros se crea, progresivamente, un conjunto de normas sencillas, no formalistas, basadas en el sentido común, aplicables a todo hombre libre sin referencia a su nacionalidad¹⁰.

Estas normas tienen su origen, según ÁLVAREZ SUÁREZ¹¹:

“— *En los usos comerciales.*

¹⁰ La misma argumentación la podemos encontrar en la obra de BIONDI B., al afirmar: “...*In relazione alla progressiva espansione territoriale e allo sviluppo del commercio, si sente la necessità di un ordinamento unitario, applicabile a tutti i sudditi dello Stato, cives e non cives, soprattutto nei rapporti commerciali...*”. “Il diritto romano. Storia di Roma”. Instituto di studio romani. 1957, pág. 136.

¹¹ ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: “Apuntes de Derecho Romano”. Edit. Delegación de Derecho del SEU. Madrid 1944, pág. 63.

— *O en el propio Derecho Civil romano, que, en determinados casos, pres-
tó principios y algunas instituciones jurídicas al Derecho de gentes.*

— *O en Derechos civiles extraños, que facilitaron en muchos casos reglas
utilizables (más bien que instituciones jurídicas completas)."*

A la formación de este conjunto de normas contribuyó también en gran medida el *Praetor Peregrinus*, creado en el año 242 a.C. para encargarse, de la administración de justicia entre *peregrini* y más adelante entre peregrinos y romanos.

Es este sistema jurídico el que ha recibido la denominación de "*Ius gentium*".

El concepto de "*Ius gentium*" lo encontramos en GAYO¹² quien en sus Instituciones comienza con un conocido texto, que ha pasado íntegro tanto a las Instituciones como al Digesto de Justiniano, donde define el "*Ius gentium*" diferenciándolo del "*Ius civile*". Así para Gayo, todos los pueblos civilizados se rigen por su propio derecho (*Ius civile*) y en parte por el derecho común a todos los hombres (*Ius gentium*) lo que no quiere decir que éste no sea civil.

De su definición puede deducirse que los romanos consideraron como fundamento del derecho de gentes, la "*naturalis ratio*", idea que procede de la filosofía griega entendida en el sentido de orden natural de las cosas, lo que provoca que ante situaciones análogas se hallen soluciones análogas, o lo que es lo mismo, al ser un conjunto de normas basadas en el orden natural de las cosas, tendrán un contenido semejante para todos los pueblos con independencia de su nacionalidad; por esta razón es un derecho aplicable a todos y que facilita la resolución de los conflictos en los que están presentes ciudadanos pertenecientes a distintos pueblos.

En cuanto a los caracteres del "*Ius gentium*", siguiendo el esquema establecido por ÁLVAREZ SUÁREZ¹³ serían los siguientes:

a) Son normas jurídicas directamente aplicables; es decir, no son normas destinadas a regular la vigencia de otros ordenamientos jurídicos, no son normas de Derecho Internacional privado sino normas sustantivas, destinadas a regular situaciones concretas.

¹² Citado por MIQUEL, J.: GAYO define el "*Ius Gentium*" de la siguiente manera: "*Omnes populi, qui legibus aut moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur, nam quod quisque populus ipse sibi Ius constituit, id ipsius proprium est, vocaturque Ius civile quasi Ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque Ius gentium quasi quo iure omnes gentes utuntur, populus itaque Romanus partim suo proprio, partim commune omnium hominum iure utitur*" Gayo I.1. "Derecho privado romano". Edit. Pons. Madrid. 1992, pág. 38.

¹³ ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: Op. Cit., nota n^o 11, págs. 68 y 69.

b) Sus normas son elásticas, flexibles y sin formalidades. Se desplaza la importancia del ritual por la voluntad y por la buena fe, se introduce la forma escrita y el principio de libertad contractual. Los efectos de los actos jurídicos ya no derivan de la realización exacta de una serie de gestos sino de la voluntad y de la *bona fides* que como considera LOMBARDI¹⁴ supone uno de los valores fundamentales del hombre romano.

Esta flexibilidad es característica de este nuevo derecho surgido para dar cobertura a las necesidades surgidas del tráfico comercial¹⁵.

c) Aunque en un principio sólo se aplicaban a las relaciones jurídicas entre extranjeros o entre extranjeros y ciudadanos romanos, terminan aplicándose también a las relaciones entre ciudadanos romanos, debido a que sus instituciones jurídicas ofrecían mayores facilidades para el tráfico. El ciudadano romano se sometía al imperium del magistrado encargado de aplicar el *Ius gentium*, esto es, al Pretor peregrino y al proceso propio del mismo, el *proceso formulario*, prefiriéndolo al proceso de las *legis actiones*.

En el *proceso formulario*, no precisaban las partes repetir unas determinadas fórmulas procesales preestablecidas, sino que manifestaban libremente ante el Pretor el contenido de sus pretensiones. Éste redactaba entonces una fórmula escrita adecuada al caso y al mismo tiempo nombraba un Juez privado (*iudex*) con la misión de dictar sentencia tras examinar la cuestión de hecho. Por tanto, está dividido en dos fases, la que se desarrolla ante el Pretor, que se ocupa de la cuestión de hecho y la que se desarrolla ante el Juez, que se ocupa de la cuestión de derecho.

Este proceso que en un principio sólo estuvo destinado a las relaciones con los extranjeros, en el 130 a. C. fue permitido por la *Lex Aebutia* también para los romanos. Y se establece como obligatorio para todos como consecuencia de la *Lex Julia* del año 17 a.C. que derogó el procedimiento de las *legis actiones*.

Desarrollando este carácter, vemos que como consecuencia de la aplicación del Derecho de gentes a los ciudadanos romanos en sus relaciones entre sí, se produce una corriente de influencia recíproca entre el *Ius civile* y el *Ius gentium*.

Por una parte, muchas de las instituciones y principios del *Ius gentium* pasaron a formar parte del Derecho Romano, a través del Edicto del Pretor, el cual formula

¹⁴ Citado por PARICIO, J.: "Historia y fuentes del Derecho Romano". Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1994, pág. 104.

¹⁵ En esta idea incide LEGAZ, citado por JORDANO BAREA, cuando escribe: "*Este Derecho de gentes es el Derecho de las transacciones civiles y mercantiles que se verifican entre extranjeros o entre romanos y extranjeros. Este Derecho no podía estar sujeto a formas rígidas y solemnes... surgía directamente en el desarrollo del comercio jurídico y posteriormente, obtenía consagración, reconocimiento y protección en el edicto pretorio...*". Op. Cit., nota nº 5, pág. 176.

verdaderas normas jurídicas inspiradas en el Derecho de gentes que terminan convirtiéndose en costumbre y por tanto siendo absorbidas por el Derecho Civil romano. A su vez, éste facilitó normas y principios al Derecho de gentes: esta recepción se produjo por la celebración de tratados de amistad y comercio con los pueblos extranjero, otorgándoles, como ya hemos mencionado, en algunos casos el *Ius commercii*, lo que determinaba la presencia del extranjero en negocios del *Ius civile*.

El proceso de recepción mutua no se produce en el ámbito doctrinal sino en la esfera de su aplicación práctica, y como ésta tuvo lugar casi exclusivamente en el campo de la contratación, las instituciones afectadas por el mismo son todas de Derecho contractual y patrimonial.

Dentro de las instituciones del Derecho de gentes recibidas en el Derecho Civil romano podemos destacar:

- Los contratos consensuales (que se perfeccionan por el mero consentimiento sin necesidad de solemnidad alguna) como son, la compraventa (Dig., 19,1,1,2), el arrendamiento (Dig.,19, 2,1; Ulp. I, 2), el mandato (Dig., 2, 14, 7, pr 1), la sociedad (Gayo, 3, 154).
- Los contratos reales (no necesitan para su perfección más formalidad, que el hecho de que uno de los contratantes haya realizado ya su prestación, siempre que la otra parte se haya comprometido a ejecutar por su parte otra): mutuo o préstamo de cosa fungible, con transmisión de su propiedad (Gayo,3,132; Tito Livio, 32,2,2), comodato (Dig., 2, 14, 7,pr.1), depósito (Ulp. I,1;II, 2), prenda y el precario (Dig., 63, 26, 1, 1) la permuta (contrato real innominado: Dig., 48, 88, 15).
- La tradición como medio de adquirir la propiedad de las cosas *nec mancipi*.
- El principio de repetición de la cosa que se posee con enriquecimiento injusto (Dig., 25, 2, 25; Dig., 12, 6, 47).

En cuanto a las instituciones del Derecho Civil recibidas en el Derecho de gentes tenemos:

- La stipulatio (negocio verbal: Gayo, 3, 92-93).
- La acceptilatio (modo de extinguir obligaciones: Dig., 46, 4, 8, 4; Inst., 3, 29, 1).
- El contrato literal (que también era aplicable a los peregrinos: Gayo, 3, 133).
- El principio por virtud del cual es necesario el pago del precio para que se traspase la propiedad de cosas *venditae et traditae* (es decir, las cosas transmitidas por tradición precedida de un contrato de compraventa: Dig., 14, 4, 5, 18; Inst., 2, 1, 41).

- El Derecho de gentes no recibió, salvo excepciones muy puntuales, instituciones de otros derechos civiles extranjeros. Por lo que se puede afirmar, que este Derecho de gentes no es la parte común de los distintos derechos civiles de los diversos pueblos, sino más bien es un derecho creado por el Pretor peregrino para solventar las necesidades del tráfico entre ciudadanos romano y extranjeros, como muy bien lo define ARANGIO RUIZ¹⁶ al decirnos que “*El Ius gentium fue un Derecho creado por el praetor peregrinus para atender las necesidades del tráfico comercial entre romanos y extranjeros, y que tiene como fuente las costumbres del comercio, las cuales se formaron, en parte, de instituciones de Derechos extraños, especialmente griegas, como el foenus nauticum y en las averías y, en la mayoría de los casos, creando instituciones con personalidad propia, sin entronque directo con ninguno de estos derechos, como en los contratos consensuales. Pero –rasgo general– domina sobre ellos, precisamente por su carácter de independencia, el principio de la buena fe que aún hoy caracteriza al tráfico mercantil*”.

Esta definición de Arangio Ruiz, puede hacernos pensar en un paralelismo entre el *Ius gentium* y el Derecho Mercantil especial que, como veremos, surge como tal en la Edad Media.

Así, si es un derecho surgido sobre todo para reglamentar las relaciones comerciales entre ciudadanos romanos y extranjeros (generalizándose después a las relaciones entre ciudadanos), desarrollado por un funcionario especial y dotado de una jurisdicción propia, es evidente, que se dan todos los requisitos necesarios para el nacimiento de Derecho especial Mercantil, y sin embargo, no fue así. Y no lo fue, como ya hemos indicado al comenzar esta exposición, porque el *Ius gentium* no se desarrolla al margen del *Ius civile*, sino que lo complementa, surge para adaptar éste a las nuevas exigencias y termina unificándose con él, a través del Derecho honorario.

En consecuencia, en Roma no existen los condicionamientos históricos necesarios para que surja un Derecho Mercantil como derecho especial.

Condicionamientos históricos que se dan en la Edad Media, etapa histórica, donde se sitúa la aparición y comienzo del desarrollo del Derecho Mercantil, como derecho especial, frente al Derecho Civil, como común. Y, etapa en la que la justificación dada por la doctrina sobre la aparición y fundamento del Derecho Mercantil se basa en su claro y expreso carácter histórico, de manera que, fueron las diversas circunstancias históricas las que determinan su aparición.

¹⁶ Citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, U.: Op. Cit., nota nº 11, pág. 67.