

acentúa más la tendencia mercantil, industrial y obrera en el orden de la vida social.

17.—El Derecho mercantil tiene carácter especial, no sólo porque todos los contratos que el Derecho civil regula toman carácter especial cuando tienen por objeto actos y operaciones mercantiles, o cuando tienen una finalidad mercantil, el lucro, sino además porque el Derecho mercantil tiene contratos especiales, e instrumentos e instituciones especiales, que podríamos denominar exclusivamente mercantiles, tanto que sujetan siempre a la ley mercantil a los que en ellos intervienen, sean o no comerciantes. Por otra parte, confirma nuestra tesis el principio reconocido por la jurisprudencia de que las disposiciones del Código de Comercio son aplicables únicamente a los negocios mercantiles, y las disposiciones de derecho común son aplicables a falta de disposiciones expresas en el terreno mercantil. Demuestra que no es arbitraria ni antinatural nuestra división del Derecho civil en *externo* e *interno* el hecho de que en el común supletorio no lo es jamás el derecho foral, el regional de las distintas comarcas, porque éste es esencialmente interno, ya que todas sus disposiciones se refieren a la organización de la familia, al régimen de los bienes patrimoniales y a las instituciones de carácter civil privado, especiales de cada localidad, y, por decirlo así, más íntimas, más internas, mientras que el derecho común que directamente suple las deficiencias del Derecho mercantil, es el derecho de las obligaciones cuyo carácter general se manifiesta por su permanencia y su universalidad, pues es un hecho histórico que ha permanecido incólume todo el conjunto jurídico relativo a los contratos, con ligeras variantes, desde los tiempos del apogeo y de la decadencia de la antigua Roma, hasta nuestros días, y se revela por su universalidad: pues casi todos los Códigos civiles de la Edad Media y Moderna han copiado en este punto, cuando menos, el armazón del Derecho romano.

CAPITULO II

Objeto e interpretación del Derecho mercantil. — Divisiones del mismo.

18.—El objeto del *Derecho mercantil* es el estudio de los *actos comerciales* o *actos de comercio*, debiendo tenerse en cuenta que el acto de comercio a que nos referimos, y al cual se refiere el Código de Comercio (artículo 2.º), no es el acto de comerciar tal como lo entiende el vulgo.

Cuando uno habla de comercio, ordinariamente se toma esta palabra como representativa del acto de vender o de comprar con un beneficio o lucro. Cuando el agricultor vende su cosecha, comercia indudablemente; pero no efectúa un acto de comercio, según el Código. Pero no es en este sentido que la usamos aquí, como ya veremos más adelante al estudiar los actos de comercio propiamente dichos.

También debe tenerse en cuenta para comprender el alcance de este estudio que no siempre el *Derecho mercantil*, se ocupa de los *actos mercantiles* o de comercio. También regula la capacidad y la actividad de *las personas que ejecutan dichos actos*, como la naturaleza y desenvolvimiento de *organismos comerciales*, como la naturaleza y el funcionamiento de *instrumentos de comercio*.

El Derecho mercantil comprende además :

A) El *Derecho Intelectual*, o sea el derecho de los productos de la inteligencia y del espíritu en sus dos aspectos, de *propiedad literaria*, es decir, derecho sobre los manuscritos antes o después de su publicación, sobre las obras de arte, etc., y *propiedad industrial*, es decir, derecho a las invenciones de la industria, marcas, nombres, etc.

B) El *Derecho industrial* propiamente dicho, o sea el regulador de las relaciones entre patronos y asalariados, de los contratos de trabajo, accidentes de ídem, etcétera, o reglas puramente administrativas que gobiernan la industria, como son las relativas a higiene y salubridad, etc., etc.

En el campo de la sustantividad propia del Derecho mercantil, se desgajan ya con vida propia instituciones autónomas perfectamente definidas en su objeto, en su vida y en su desenvolvimiento de la vida del comercio. Así tenemos el *Derecho marítimo*, el *Derecho cambiario*, el *Derecho bancario*. Cada una de estas ramas, de por sí ya frondosas, pide prestado a otras ramas del Derecho preceptos que regulen sus matices de vida y de funcionamiento. Así tenemos que va delineándose en la vida comercial, un *Derecho penal bancario*, que regula las sanciones aplicables a ciertos delitos cometidos con motivo de los negocios de Banca y con los cuales el Estado asegura al público contra la mala fe: un *Derecho administrativo bancario*, mediante el cual el Estado, en interés de la economía pública, interviene en la gestión de las haciendas bancarias; ej., la ley de Ordenación bancaria; un *Derecho financiero bancario*, que estatuye la medida de los tributos con los cuales la Banca contribuye a los públicos servicios y a los gastos del Estado; y un *Derecho internacional bancario*, que dicta las normas relativas a los usos internacionales en materia de letras de cambio, créditos documentarios, fórmulas de embarque, instalación de sucursales, etc. Lo mismo podríamos decir del *Derecho marítimo* y respecto del *Derecho cambiario*.

19.—Puede dividirse también el Derecho mercantil en principal y supletorio, escrito y no escrito, legislado

y consuetudinario, terrestre y marítimo, codificado y no codificado, siendo tantas las divisiones como los aspectos bajo los cuales puede considerarsele.

Originariamente no cabe duda que apareció en forma consuetudinaria, y precisamente la costumbre fué su *fuerza principal*, y el *cauce* el interés general señalado por el legislador. La costumbre, como advierte muy oportunamente Alvarez del Manzano (1), en sus tres clases, reviste gran importancia en aquellas ramas del Derecho que, siendo por su propia naturaleza progresivas, se adelantan o dejan atrás al superior en sus disposiciones; por eso, principalmente, el Derecho mercantil es en alto grado consuetudinario; de tal modo caracteriza y distingue esta cualidad a aquel Derecho, que de ordinario los legisladores se consideran dispensados de enumerar la costumbre entre las reglas que rigen las variadas relaciones que del comercio proceden, sin embargo de que no puede negarse que en España la costumbre, siempre que reúna las condiciones legales, regula como la ley en gran número las relaciones jurídico-comerciales. Como observa el autor mencionado, no suelen determinar la costumbre ni fijarla con la claridad apetecible los autores, ni aun los británicos y norteamericanos, en cuyos países los usos generales del comercio revisten excepcional importancia, pues, según Sweet (2), los usos y costumbres mercantiles son las costumbres generales que se observan en una clase de negocios o ramo de comercio; así, si por el uso de los banqueros, agentes de cambio, etc., los certificados provisionales de obligaciones o acciones de cierta especie se consideran como negociables, la persona que los consignó en poder del agente o banquero no puede reclamarlos al comprador de buena fe que los adquirió de mano de éste; estos usos y costumbres, en un juicio, sirven no sólo para suplir las condiciones de un contrato que no contenga pactos contrarios a ellos,

(1) *Curso de Derecho mercantil, filosófico, histórico y vigente* (español y extranjero, por el Doctor D. Faustino Alvarez del Manzano y Alvarez Rivera; Madrid, 1890-1893, tomo primero, pág. 569.

(2) *Law Dictionary*, pág. 237, citado por Alvarez.

sino también para obtener la interpretación de aquellos que, siendo completos por sí mismos, contienen palabras usadas en sentido técnico. Para Bouvier, el uso es la práctica uniforme: este vocablo y el de costumbre se emplean indistintamente, si bien la costumbre se hubo de limitar, en su origen, a los usos locales de existencia inmemorial; los usos mercantiles, en su concepto, son medios a propósito para interpretar los contratos y conociéndose con su auxilio la intención incierta de las partes y la naturaleza y extensión de sus estipulaciones, pueden determinarse los actos de carácter equívoco y llegarse a conocer la significación verdadera de palabras y de expresiones dudosas. Y sobre este punto observa oportunamente el autor mencionado, que en las anteriores teorías hay una confusión lamentable de la *costumbre* y los *usos de comercio*, aunque, conforme a ellas, predomina en los usos el carácter de reglas de interpretación de los contratos comerciales, observándose la misma vaguedad o incertidumbre en la mayor parte de las obras de Derecho mercantil. Afortunadamente, los españoles, para tratar de este punto, no necesitamos acudir a las ilustraciones extranjeras; el Código inmortal de las Partidas nos da una norma segura y clara para trazar la línea divisoria entre la costumbre y el uso, y, por lo tanto, para conocer la verdadera naturaleza jurídica de aquella y de éste; doctrina que por su generalidad se puede aplicar muy bien en la especialísima esfera del comercio. Respecto de la *costumbre* y del *uso*, dice que *son tales, que del tiempo nasce el uso (1) y del uso la costumbre*; según la ley 1.^a, *uso es cosa que nasce de aquellas cosas que home dice e face, e sigue continuamente por gran tiempo e sin embargo ninguno*; la ley 4.^a define la costumbre como *derecho o fuero que non es cierto, el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas e en las razones sobre que lo usaron, y conforme a la ley 6.^a, fuerza muy grande ha la costumbre, cuando es puesta en razón. Ca las contiendas que los homes han entre sí de que nos faldan las leyes es-*

(1) Proemio del título segundo de la Partida I.

critas, pueden librarse por la costumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fué puesta la contienda, e aun a fuerza de ley. Otrosí, puede interpretar la ley cuando acaesciese dubda sobre ella... E aun ha otro poderio muy grande que puede tirar las leyes antiguas que fueren fechas antes que ella, pues que el Rey de la tierra lo consintiese usar contra ellos tanto tiempo como sobredicho es o mayor; de lo cual se deduce que el uso es la causa, y la costumbre el efecto; que el uso es simple práctica o repetición continuada de actos de una misma clase, y la costumbre es derecho introducido por esa misma repetición o práctica; y que el uso no es derecho, y por consiguiente, podrá interpretar, pero no derogar el derecho, y la costumbre es un nuevo derecho, e interpreta y deroga el derecho establecido. Queda, pues, el valor jurídico del *uso* limitado al de una regla de interpretación; y como tal su importancia es inmensa en el comercio, donde las variadas circunstancias que rodean a las convenciones y la extraordinaria concisión con que suelen celebrarse suscitan de continuo dudas que los Tribunales no podrían resolver, por las reglas generales de hermenéutica legal, sin el poderoso auxilio de la práctica. A propósito de lo cual, observa Alvarez del Manzano, que no encajan las definiciones ni la exposición doctrinal en la rigurosa estructura de los Códigos contemporáneos, y por eso el español de 1885 no define los usos del comercio, ni expone minuciosamente su naturaleza jurídica; pero no importa: del espíritu de sus disposiciones se infiere su conformidad con las leyes de Partida, corroborándose esta opinión por el sentido en que dichos usos figuran como elemento de nuestro Derecho mercantil (1).

Los usos del comercio están admitidos en nuestro Código, no como derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurren, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de

(1) Alvarez del Manzano, *Curso de Derecho mercantil*, página 572.

las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya, finalmente, para dar al acto o contrato de que se trata el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes, recomendándose en la *Exposición de motivos* que precedía al proyecto del mismo Código, que los Tribunales acudiesen a los usos del comercio, generalmente observados en cada localidad, los cuales les servirían de poderoso auxiliar para estimar, como explícitamente estipulado, todo lo que sea indispensable para que el contrato produzca los efectos comerciales que habían entrado en la intención de las partes. Como regla de interpretación de los actos mercantiles, en este sentido principalmente, los usos generales del comercio se admiten como elemento del Derecho comercial por el Código español de 1885, quedando la apreciación de la generalidad del uso, a falta de ley que otra cosa preceptúe, al buen criterio y prudente arbitrio de los Tribunales de justicia; empero, aunque ésta sea la respetable opinión del Sr. Alvarez del Manzano, alguna mayor extensión creo yo que tiene y debía tener el uso, que el de fijar meramente el alcance y significación de los actos mercantiles. Según el art. 2.º del Código de Comercio español de 1885, los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en el mismo Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; *en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza*; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común. Por lo tanto, los actos y contratos se regirán por los usos y a ellos deberán atenerse los Tribunales y los interesados, a menos que no haya disposición expresa en el Código de Comercio, y tal importancia le da el legislador, que asigna una preferencia a los usos, proponiendo como derecho supletorio el derecho común.

Lo que hace falta en nuestras leyes mercantiles, es el precepto relativo a la forma y manera de determinar la existencia de estos *usos del comercio observados generalmente en cada plaza*. ¿Cómo se regirían los contratos, de que no habla una palabra nuestra legislación mercantil, tales como los conocidos en Cataluña con

el nombre de *mota y participación en madera*, y otros relativos a la navegación a la parte en Mallorca, los de *trevall a mans* y otros, si no fuera la costumbre?

Esta es la verdadera madre del Derecho mercantil y el legislador no hace más que dar la sanción a sus fórmulas y reglas, y transformarlas en preceptos cuando éstos son compatibles con el interés general; por esto muchos autores definen el Derecho mercantil, la colección de leyes y costumbres que rigen una serie de actos de comercio, diferentes de los contratos civiles por su forma y sus efectos. (1).

20.—Hemos dicho al principio de este capítulo que el Derecho mercantil puede dividirse en *principal* y *supletorio*. Es el *principal*, el contenido en los Códigos de Comercio y leyes especiales mercantiles, y *supletorio*, los usos y costumbres mercantiles y el derecho común. Así también puede clasificarse en *escrito* y *no escrito*. Siendo el primero el que se halla en leyes y disposiciones que emanan de los Poderes, en las reglas de jurisprudencia que emanan de las sentencias dictadas por los Tribunales de justicia y el que aparece en los textos de los tratadistas y juriconsultos. *No escrito* es el que se halla encarnado en la costumbre constante, cuya fórmula no aparece consignada por escrito. También puede dividirse en *legislado* y *consuetudinario*, siendo el primero el que aparece consignado en leyes y otros preceptos que emanan de los Poderes, y *consuetudinario* el que no ha recibido la sanción del legislador. *Terrestre*, el que se refiere al comercio que se hace por tierra, ríos y canales navegables, y *marítimo*, el que se refiere al comercio que se hace por mar, bien que, como todas las disposiciones relativas a los buques se hallan contenidas en la parte destinada al derecho marítimo, no es extraño encontrar en éste cuanto se refiera al comercio que se hace por medio de embarcaciones, las cuales igualmente surcan las aguas del mar que las de los grandes lagos, ríos y canales navegables.

(1) Höchstler-Sacré, *Manuel de Droit commercial français et étranger*, Int. 1.

Puede dividirse igualmente el Derecho mercantil en *codificado* y *no codificado*, siendo el primero el conjunto de disposiciones que forman un todo orgánico en el orden jurídico y se encarnan en un cuerpo legal, y el segundo es el Derecho mercantil que aparece disperso en costumbres, disposiciones y jurisprudencia. Así, en Inglaterra, las verdaderas fuentes del Derecho mercantil son la *costumbre* (*Common law*) la *ley* (*Statute law*) y la *jurisprudencia* recopilada en las colecciones oficiales (*Law reports*).

21.—También puede dividirse el Derecho mercantil en *universal* y *particular*, siendo el primero el que aceptan todos los pueblos del mundo civilizado, y particular, el que es especial de cada pueblo o nación. Por razón de su carácter formal puede también dividirse en *sustantivo* y *adjetivo*, dándose el primer calificativo al derecho que regula las relaciones privadas de los comerciantes, de los actos y de las cosas de comercio, y establece principios de esencia de estas relaciones; y en cuanto al *adjetivo*, es el que establece reglas de procedimiento para la eficacia de las disposiciones de carácter sustantivo.

CAPITULO III

Del comercio. — Carácter especial que imprime a las personas, cosas y actos que con él se relacionan. Sujeción a las leyes mercantiles. — Regla general relativa a los actos mercantiles que son siempre onerosos. — La especulación, el lucro, el negocio, como las finalidades objetivas del comercio.

22.—Por lo mismo que el comercio, y todo lo que con él se relaciona, tiene un carácter especial, tiene también el Derecho mercantil un carácter especial y excepcional. Considerado el comercio desde el punto de vista jurídico, se nos manifiesta en la reunión de contratos celebrados con la intención de hacer algún lucro y que mediata o inmediatamente tiende a facilitar los cambios, y considerado filosóficamente y dentro de la economía general de la sociedad, entran en este concepto ciertas instituciones que, sin participar de la naturaleza de los contratos, son auxiliares poderosos del comercio (1), y dado que el objeto del Derecho mercantil consiste en regular directa o indirectamente ciertos contratos y fijar sus consecuencias, creemos que ha de ser, o un derecho excepcional respecto de las leyes comunes, o bien un derecho supletorio, o excepcional

(1) Véase el tomo I de esta obra.