

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.

y supletorio a la vez, teniendo en realidad este doble carácter. Por efecto de este carácter especial y excepcional, es que los negocios mercantiles deben resolverse por la legislación especial de comercio en todos los países y no por las leyes comunes, siendo indudable que en ciertos casos, y a falta de disposición concreta, pueden y deben aplicarse a éstos las prescripciones del derecho común, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de los Tribunales (1). A medida que progresa una rama del derecho, se van particularizando sus disposiciones y se va extendiendo su esfera de acción, dictándose preceptos que constituyen una especialidad dentro de otra especialidad, lo cual también se nota en el Derecho mercantil; así, por ejemplo, las cuestiones de ferrocarriles se resuelven por una ley especial, y sólo en el caso de que no estuvieren previstas en ella, puede aplicarse la legislación mercantil, o la común en su defecto (2).

23.—En el fenómeno comercio es cosa sabida que la relación económica o mercantil se convierte desde el acto de nacer o aparecer a la superficie en relación jurídica, lo que establece entre ambas un comercio tan íntimo que no pueden existir separadas un solo instante, a diferencia de lo que acontece con otras industrias, la que con preferencia nos aparece como arte y especialmente la industria agrícola, que no entra en los dominios del derecho, sino con forma material del ejercicio de nuestro derecho sobre la porción de tierra que cultivamos; pero en la industria comercial nótase la *simultaneidad del hecho jurídico y del hecho económico*, pues el mismo acto con que se contribuye a la producción de la riqueza, engendra necesariamente una relación de derecho; por esto es que al paso que las diferentes operaciones agrícolas tienen nombre especial en la ciencia agronómica, pero no en la ley, y lo propio acontece en las industrias extractiva y fabril, en el co-

(1) Recurso de casación de 12 de Julio de 1878.

(2) Véase la declaración contenida en los recursos de casación de 24 y 28 de Octubre de 1876.

mercio todas sus operaciones tienen el nombre de una institución de derecho; empero nótase que a medida que las operaciones agrícolas toman el carácter de una explotación industrial o se acentúan los actos de explotación mercantil, las relaciones jurídicas van apareciendo mezcladas en sus operaciones. Así, mientras el dueño del campo se limita a cultivarlo y a vivir de sus productos, no hay más relación jurídica que la del hombre con la cosa; pero cuando la explotación agrícola se verifica en grande escala y un propietario de extensos terrenos ensaya diferentes cultivos, y según la índole de éstos verifica diferentes contratos con sus parceros, con los que toman porciones a censo enfiteutico, con los rabasaires, con los jornaleros, etc., se originan de ahí relaciones jurídicas de diversa índole. Mas cuando el gran propietario especula por un lado el trabajo ajeno de los que directamente cultivan el suelo, con lo cual en cierto modo ya adquieren carácter mercantil sus actos; y, por otra parte, hace acopio de productos, los remite a los mercados donde son más apetecidos, y se aprovecha de las oscilaciones de alta y baja de los precios, entonces toman todos sus actos un carácter evidentemente mercantil, y en consecuencia, todas sus relaciones son evidentemente relaciones jurídicas.

Confirma nuestra tesis de la existencia de un carácter especial, en todo lo que al comercio se refiere, la particularidad de que las relaciones jurídicas en que por ocasión de la industria extractiva, agrícola o manufacturera aparecen, son: o de derecho civil o de derecho administrativo; del primero, si tienen carácter privado; del segundo, si se rozan con un interés colectivo; las que engendra el comercio son de diversas clases. También se ha hecho notar que las relaciones de derecho a que pueden dar nacimiento las otras industrias, no exigen, cuando son de carácter privado, ninguna modificación en las instituciones de derecho civil, bastando los principios de éste para regularlas, al paso que en el comercio el elemento económico, o modifica aquellas instituciones, o crea otras sin similar en la ley

civil (1); pero los autores que han hecho esta observación no han reparado quizás que el elemento económico ha modificado aquellas instituciones, y ha creado otras, no sólo en el comercio, sino en las demás industrias, y que por virtud de la influencia cada vez mayor del elemento económico, de día en día se transforman y modifican las leyes civiles, se hacen más insuficientes sus preceptos, y hay mayor necesidad de instituciones nuevas en el comercio, en la industria y en la agricultura.

Hace muchos años que la costumbre ha introducido en el mundo industrial las infinitas combinaciones del *trevall a mans* (trabajo a manos), dando lugar a contratos curiosísimos, para cuya regulación son completamente insuficientes las disposiciones del derecho civil, y la agricultura moderna exige una porción de contratos, no sólo para que las grandes explotaciones agrícolas puedan desarrollarse en forma mercantil como un negocio cualquiera montado en grande escala, sino para resolver uno de tantos problemas sociales, creando instituciones nuevas y contratos nuevos a fin de que todo hombre que desee trabajar encuentre con gran facilidad, y *sin necesidad de capital, terreno* cuyo importe pague a largos plazos y durante la vida de una o varias generaciones, *semillas, primeras materias y materiales de construcción* y otros artículos, a fin de que con el solo producto de su trabajo se transforme fácilmente en propietario, y a la vez el terrateniente que abandona sus terrenos o los deja incultos pueda ser con gran facilidad expropiado.

24.—También se ha hecho notar que no se requiere capacidad jurídica para el ejercicio de las demás industrias, pues la mujer, como el hombre, el niño como el adulto, el demente como el sano de juicio, el condenado a una pena como el hombre honrado, pueden ocuparse habitualmente en ciertas faenas, al paso que no es posible ejercer el comercio sin tener capacidad de derecho, la necesaria, cuando menos, para contratar

(1) Martí de Eixalá y Durán y Bas, *Instit. de Derecho mercantil*; año 1879, pág. 14.

y obligarse. Aun aquí se nota, empero la necesidad de establecer una gran división entre todo lo que se refiere a los actos de la vida civil interna y a los actos de la vida civil externa. Desde luego, para el ejercicio de ciertas profesiones, se requiere capacidad, y una mayor capacidad que la ordinaria para ejercer el comercio; pero tratándose de ciertos oficios mecánicos, repugna el hecho de que las leyes civiles no les reconozcan cuando menos, una *capacidad particular*. Así, tanto la mujer como el hombre, el niño como el adulto, el demente como el sano de juicio, si trabajan, si están empleados en un taller, fábrica o explotación, claro es que son aptos para ejercer aquella tarea a que se dedican, por el mero hecho de ejercerla, y no nos parece bien que la ley civil declare incapaces, en general, a los que visiblemente son capaces para hacer lo que hacen. Y aquí conviene distinguir entre aquella *capacidad general* para contratar y obligarse en los actos más trascendentales de la vida civil interna, y aquella *capacidad particular* de todos los actos de la vida civil externa, principalmente los actos de la vida económica. Al frente del Código civil externo de cada país debería consignarse el principio de que *todo el que trabaja tiene capacidad para contratar, percibir y disfrutar los productos de su trabajo, así como establecer y fijar sus condiciones*; únicamente debería el Estado, a falta de padres y curadores, intervenir en estos contratos cuando por razón de la menor edad u otras circunstancias del que ofrece su trabajo y contrata sobre el mismo, hubiese pruebas o actos que revelasen una cierta inexperiencia en el contratante que pudiese serle peligrosa y le expusiera a las rapacidades o a la explotación inconsiderada del empresario, contratista o jefe del taller.

Los actos de la vida civil externa han modificado los principios generales del derecho civil en este punto, como lo demuestran las disposiciones contenidas en todos los Códigos mercantiles del mundo, permitiendo el ejercicio del comercio a los menores de edad, originándose verdaderos conflictos por efecto de esta con-

fusión de las disposiciones del derecho civil externo e interno, pues a lo mejor, un menor de edad que ejerce el comercio y que trata y contrata y gira por millones y verifica dentro de su tráfico operaciones de grandísima trascendencia, no puede otorgar unos simples poderes ni un acto notarial, el más insignificante, porque se lo vedan los preceptos del derecho común supletorio, a los cuales ha de atenerse el Notario autorizante. Debería, pues, haber un derecho común supletorio del Derecho mercantil, que no debería ser otro que el Código civil externo.

25.—También es especial la naturaleza jurídica de las relaciones que al comercio se refieren. Pertenecen todas, o casi todas indistintamente, al derecho de las obligaciones, de tal suerte, que las de cada orden o especie, las que están enlazadas entre sí por el vínculo de su contenido u objeto, forman un todo sistemático, un organismo que las especifica como contratos o cuasi contratos, y no tienen otra naturaleza legal la compraventa, el cambio, el porteamiento, el fletamento, el préstamo común y el a la gruesa, el afianzamiento común y el especial o aval, el seguro terrestre y el marítimo, la comisión, la avería gruesa, la arribada forzosa, el naufragio, así yendo sola, como en conyoy, la nave, operaciones o efectos de operaciones propias o constitutivas del fenómeno-comercio; resultando de todo ello que las personas que se encuentran colocadas en relación jurídica se distinguen con los nombres de acreedor y deudor, expresiones técnicas con que se designa el estado especial de las dos personas que en las obligaciones figuran una enfrente de otra, cuyo estado, eminentemente jurídico, es inherente, y podríamos decir ingénito, a las relaciones que crean las operaciones mercantiles, y considerados estos actos bajo el aspecto que los examinamos, es indudable que son actos jurídicos, esto es, que crean, modifican, transfieren o extinguen derechos, tienen por punto general la naturaleza de actos libres y bilaterales; son actos voluntarios del hombre y casi siempre provienen del concurso de dos voluntades, y cuando son unilaterales (co-

mo en el caso de echazón sucede con frecuencia, porque la deliberación entre el capitán y oficiales de la nave forma una voluntad única y no siempre van los cargadores en aquélla), produce cuasi contratos, los que se fundan, como es sabido, en la voluntad presunta del obligado, y aun mejor en la equidad (1) o en un interés general; pero téngase en cuenta que, aparte de la existencia de contratos que sólo dentro de la vida mercantil viven y se desarrollan, los contratos de derecho común, cuando con el comercio se relacionan, y de actos mercantiles derivan, *cambian el carácter y la naturaleza*, pues reciben, desde luego, la influencia de la finalidad de los actos mercantiles. Por esto se ha dicho que es signo característico de ellos *el que siempre sean onerosos*, tipo que les imprime el elemento subjetivo del comercio, la especulación; por esto entiendo yo que al frente de todo Código mercantil debería consignarse el principio de que se consideraba oneroso todo acto y contrato mercantil, sea de la clase que fuere, y al efecto deberían de modificarse los artículos 304 del vigente Código de Comercio, determinando que el depositario siempre tendrá derecho a exigir retribución, como así también el 314, y sobre todo el 441, relativo al afianzamiento mercantil que se presume gratuito, salvo pacto en contrario, lo cual no es admisible, pues la palabra *gratuito* no debe sonar para nada en ninguna ley que haga referencia a asuntos mercantiles.

Igualmente debería consignarse de una manera muy clara y categórica, que toda intervención directa o indirecta de un comerciante, Empresa o Sociedad que se dedique a la especulación o al negocio de cualquier índole, o de un agente o dependiente de comercio, en asunto cualquiera que con dicho negocio tenga relación, dará derecho a una retribución, interés o lucro, según convenio, según usos de la plaza o según lo que fijen personas prácticas y entendidas en asuntos de comercio, en términos que el más sencillo encargo que

(1) Véase Savigny, *Le droit des obligations*.—Marti de Eixalá y Durán y Bas, *Instituciones de Derecho mercantil*, página 15 y anteriores.

se haga a un hombre de negocios, la mera petición del informe personal, dará derecho al comerciante a abrir una cuenta en sus libros y a cargar en cuenta a dicha persona todos los adelantos y desembolsos que haya debido verificar, y, además, una cantidad en concepto de comisión de caja, intereses o asignación personal. Es más, aun cuando el encargo que se haga a un comerciante no tenga relación con el negocio a que se dedica, ha de darles derecho a que, desde luego, abra una cuenta y cargue en ella los desembolsos, intereses de las cantidades adelantadas, y señale una cantidad por su intervención o una partida, cuando menos, por el tiempo perdido en la operación, porque el comerciante no puede perder una cantidad apreciable de tiempo que no sea en su provecho, y estimable, desde luego, en pesetas y céntimos.

26.—No sólo el comercio imprime carácter a los contratos, sino a las personas que intervienen en los actos mercantiles y a las cosas objeto de comercio. Desde luego, están sujetas constantemente a las leyes mercantiles las personas o entidades que se dedican habitualmente al comercio; pero también están o deben estar sujetas a las disposiciones del Derecho mercantil las personas que accidentalmente se dedican al comercio, y hasta las que realizan un acto aislado, que tenga relación con personas o con contratos mercantiles, concretamente por razón de las consecuencias de aquel acto aislado.

CAPITULO IV

De los actos de Comercio. — Divisiones que de los mismos pueden establecerse con referencia a las cosas, al crédito, al trabajo, al riesgo y al comercio marítimo.

27.—En el orden privado, los actos de la vida económica, corresponden a tres clases de trabajo completamente diferenciados: *actos intelectuales o artísticos* (trabajos del investigador, inventor, autor, artista), *actos mercantiles* (trabajos de comerciantes y empresarios movidos por la idea del lucro), y *actos industriales* (trabajos de creación manual y de acrecentamiento de riqueza física por la acción del obrero).

En el orden mercantil, los actos de comercio o mercantiles, son susceptibles de división genérica, tales los *naturales, esenciales y accidentales*, los *principales y accesorios*, los *contractuales, casi contractuales y delictivos* y *cuasi delictivos*, pero deben ser susceptibles de división específicamente. Y decimos deben ser, porque entendemos que no puede dejarse a la apreciación de cada cual la calificación del acto, y menos decir como dice el Código español (art. 2.º) que son actos de Comercio los comprendidos en dicho Código, y cualesquiera de naturaleza análoga, porque esta indeterminación deja ancho campo para la calificación de cuáles