

D) *Investigación sistemática o dogmática.*—Llamamos así a la que trata de llenar las lagunas de la ley induciendo, mediante la ampliación analógica de la norma escrita, otras más generales no escritas, y estableciendo así principios y reglas generales, bien para una determinada materia, bien para una rama dada del Derecho, ya, por último, a todo el campo jurídico. Esta investigación (90) tiene grandísima, mejor dicho, preponderante importancia en el ámbito del Derecho mercantil; aun prescindiendo de las reglas jurídicas mercantiles, que únicamente de un modo circunstancial comprende el Código de comercio, pero que son consecuencia o desenvolvimiento de principios contenidos ya en el Derecho civil, las normas genuinamente mercantiles son pocas y fragmentarias por cuanto regulando únicamente la materia mercantil, por su naturaleza misma, no contienen sino una regulación parcial de las relaciones privadas mercantiles; es decir, que las rigen como relaciones comerciales y no como relaciones privadas. El carácter fragmentario del Derecho mercantil está reconocido explícitamente en la ley; el artículo primero del Código de comercio declara ya que el Derecho mercantil escrito y el consuetudinario son incompletos, no comprenden la disciplina jurídica entera de las relaciones mercantiles, supone corrientes estos casos, y provee a ellos en la forma que indica: «en materia comercial se observarán las leyes mercantiles. Cuando no haya entre éstas disposición aplicable se observarán los usos mercantiles... A falta de ellos se aplicará el Derecho civil». Véase con esto la amplitud que se da en el ámbito del Derecho mercantil a la investigación dogmática; de suerte que la primera función del mercantilista, después de agotada la interpretación gramatical y lógica del precepto de la ley mercantil, es acudir al procedimiento de generalización analógica, e inducir del conjunto de leyes y costumbres comerciales todos los posibles principios y reglas

ses del Código de Napoleón, V. Geny: *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*, París, 1899, pág. 23 y siguientes; cuanto deo dicho en esta obra de los civilistas, puede aplicarse a los mercantilistas franceses pertenecientes a la segunda mitad del siglo XIX. Manara es, entre nosotros, el más eminente representante de este método en Derecho mercantil; V. especialmente de este autor *Sull'odierna importanza del Diritto commerciale e sul metodo per istudiarlo*, extracto del *Circolo giuridico*, Palermo, 1885, así como *Gli atti di commercio*, Prefacio.

(90) Esta investigación llámase *sistemática* o *dogmática*, porque se dirige a reconstruir todo el sistema del Derecho vigente y suministrar los principios generales o fundamentales (dogmas) que lo informan.

generales de carácter específicamente comercial (91); pero esto no basta para disciplinar todas las relaciones mercantiles, según hemos visto, y entonces hay que recurrir al Derecho civil. Esta segunda tarea es más difícil porque el mercantilista no sólo tiene que desempeñar la función de civilista, sino con frecuencia ir más allá de donde iría el civilista mismo, ya que es frecuentísimo el caso de que ante relaciones nuevas en transformación continua, como sucede con las relaciones comerciales, aparezcan insuficientes las normas expresas del Derecho civil, y haya necesidad de usar del procedimiento de generalización inherente a la extensión analógica e ir más allá de lo requerido para regular las más sencillas y permanentes relaciones de la vida civil. Ciertamente que la ley civil—en relación con la materia mercantil—es más deficiente e incompleta, para lo que no sea materia propiamente civil, por dos razones: porque no contiene un adecuado régimen de las relaciones mercantiles, y, además, porque a virtud de las transformaciones rápidas que se realizan en la vida mercantil, para los asuntos de comercio, esas leyes civiles están comparativamente anticuadas y atrasadas; y sin que este juicio signifique falta de respeto hacia la obra, muy digna, verdaderamente, de nuestra codificación civil, no hay duda de que el Código de 1865 refleja condiciones de vida casi arcaica, comparada con la situación actual moderna del comercio y la industria italianas. Y cuanto mayor es el alejamiento entre los preceptos escritos y las relaciones llamadas a regular, tanto menos íntima es la analogía entre los casos regidos y los nuevos que hay que regular, y tanto mayor la necesidad que hay de ampliar la investigación hasta encontrar principios y normas bastante generales para que sirvan a los casos no comprendidos en el régimen; progresiva generalización que, en materia tan nueva como el mercantil, puede a veces llevar fuera del campo mismo del Derecho civil para inducir principios generalísimos de normas dictadas en otras ramas del Derecho. Debe, pues, el mercantilista, mediante un paciente trabajo de inducción, recoger conceptos y normas generales, no sólo en el campo del Derecho mercantil propiamente dicho, sino también en el del civil, y aun llegar a señalar principios generalísimos que sean comunes a todo el sistema jurídico; y sólo mediante este trabajo de inducción y generalización podrá regularse, merced a normas extraídas del Dere-

(91) Sobre la posibilidad de inducir, por analogía de las leyes y costumbres comerciales, normas más generales y aun principios generales de Derecho mercantil, v. más atrás, § 13.

cho positivo, la variedad infinita de casos que origina la multiforme y siempre distinta actividad del tráfico (92).

Las cuatro clases de investigación que brevemente hemos descrito, suministran los elementos necesarios, no sólo para el estudio del *Derecho mercantil positivo vigente*, que constituye el objeto principal de la ciencia del Derecho mercantil, sino también para el estudio de las reformas que han de hacerse en el derecho constituido, estudio que también forma parte de la misión del mercantilista. Realmente la investigación *exegética* y la *dogmática*, descubriéndonos por completo el Derecho vigente, nos permiten conocer sus diferentes deficiencias; la investigación *técnica* y *económica* nos muestran lo que al Derecho exige la indole de las relaciones comerciales; y la investigación *histórico comparativa*, nos ilustra acerca de la forma en que las demás legislaciones han atendido a estas exigencias.

En suma, que los dos fines de la ciencia del Derecho mercantil, o sea, el conocimiento del derecho vigente y la preparación del derecho del porvenir, no pueden alcanzarse sino mediante las cuatro clases de investigación que acabamos de indicar.

#### § 8.º DIVISIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL.

SUMARIO: 19. División que suele hacerse. Su crítica. División que adoptamos.

19. Del Derecho mercantil, como ocurre con toda ciencia, hay varias divisiones. Las más en boga en Francia corresponde esencialmente a la seguida por el Código de comercio, que divide el Derecho mercantil en cuatro partes: una *Parte general* que trata de las fuentes, de los actos de comercio, de los comerciantes, de las sociedades mercantiles, de las obligaciones y contratos mercantiles, tanto en general como en particular; una segunda que dedica al *Derecho marítimo*; la tercera, a la *quiebra*, y la cuarta, a las *acciones* y al *procedimiento mercantiles*.

En Alemania, distinguen habitualmente *Derecho mercantil propiamente dicho*, del *Derecho marítimo* y del de *cambio*, porque allí la quiebra es una institución común a comerciantes y no comerciantes,

(92) Del procedimiento de generalización peculiar de la extensión analógica, V. cuanto decimos más adelante, a propósito de la *interpretación en el Derecho mercantil*.

y aunque autónoma, consideran que forma parte del Derecho procesal civil, y la nombran derecho de concurso.

Durante muchos años ha prevalecido en Italia la división seguida por la doctrina francesa, pero hace poco hay tendencias a seguir más bien el sistema alemán y excluir de los tratados de Derecho mercantil propiamente dicho, el marítimo y el de quiebras (93), o únicamente el Derecho marítimo (94).

En cuanto a la división del Derecho mercantil en sentido estricto, puede decirse, en sustancia, que prevalece la división de la materia correspondiente a la clásica división romana: *personas, cosas, obligaciones* (95).

No sería propio de este lugar la crítica profunda de estas distintas divisiones, la tradicional seguida por el Código, carece de carácter científico; y creemos que tampoco corresponde a un concepto exacto científico la división que excluye de la exposición del Derecho mercantil, materias que, como sucede en Italia, no sólo regula el Código de comercio, sino que son objetivamente mercantiles, como la quiebra, verdadera institución de comerciantes, y el Derecho marítimo, que rige un ramo importantísimo del tráfico mercantil. Excluir uno u otro, o los dos, al tratar del Derecho mercantil, porque el estudio de la quiebra corresponda al procedimiento y el del Derecho marítimo al administrativo, nos llevaría, si procediéramos con lógica, a incorporar la exposición del Derecho mercantil en sentido estricto a la del Derecho civil; y si reconocemos la oportunidad de estudiar separadamente el Derecho mercantil, no puede dejar de incluirse en él cuanto doctrina forma parte del mismo tradicionalmente y que en sustancia recae sobre un conjunto de normas jurídicas reguladoras de materias objetivamente mercantiles. Y en cuanto a la división tripartita en *personas, cosas y obligaciones*, adviértase que es una división que, aunque muy usada entre los civilistas, está con justicia ya abandonada, y que no es además muy correcto, en el orden lógico y sistemático, contraponer las obligaciones, clase *especial* de relaciones jurídicas, a las personas y a las

(93) El *Trattato di Diritto commerciale*, de Vivante, no comprende el Derecho marítimo, ni la quiebra.

(94) Como el *Trattato elementare* y el *Trattato teorico-pratico*, de Navarrini, el *Traité élémentaire de Droit commercial*, de Thaller, no comprende el Derecho marítimo; ello prueba que Francia también ha sido influida por la división alemana.

(95) Distinción seguida por Franchi en su *Manuale di Diritto commerciale*, Turín, 1890-1896; por Marghieri: *Manuale di Diritto commerciale*, Nápoles, 1907, y por Vivante: *Trattato*, 2.ª y sucesivas ediciones.

cosas, que son *elementos* de las mismas; y que, a propósito de *elementos* comunes a todas las relaciones, se hable de dos clases especiales de éstas, como los derechos personalísimos y los derechos reales. A mi juicio, dada la naturaleza del Derecho mercantil y su posición respecto al civil, no hay más remedio que adoptar para la ciencia del Derecho mercantil la división misma que siguieron los pandectistas y es hoy corriente en el campo del Derecho civil. Si nuestro derecho es Derecho privado y derecho especial o excepcional, claro es que debe haber un perfecto paralelismo entre la sistematización del Derecho privado común o civil y la del Derecho mercantil; y así como en aquél hay una Parte general y una Parte especial, la primera de las cuales trata del derecho objetivo y de las relaciones jurídicas *en general*, ocupándose la segunda de las relaciones jurídicas en particular, cabe en el Derecho mercantil, una *introducción* que hable de la *ciencia del Derecho mercantil*, de su objeto, su función, su método, que deba ocuparse del Derecho mercantil objetivo en general y de las relaciones del mismo, también en general, para ir después en la parte especial o estudio de cada clase de relaciones jurídicas. He aquí, por lo tanto, sistemáticamente, la división que seguimos para la ciencia del Derecho mercantil:

## PARTE GENERAL:

- A) *Introducción: Ciencia del Derecho mercantil* (noción, objeto, método).
- B) *Derecho mercantil objetivo* (división, fuentes, interpretación, contenido).
- C) *Relaciones jurídicas comerciales en general*:
  - a) naturaleza y clases (derechos personales, derechos reales, derecho de obligación);
  - b) elementos:
    - α) sujetos (persona natural y jurídica);
    - β) objetos o cosas (distinción de las cosas; distintas clases de cosas; muebles e inmuebles; fungibles y no fungibles; simples y compuestas; con valor en sí mismas o que representan un valor);
  - c) nacimiento, modificación y extinción (hechos y actos jurídicos mercantiles):
    - a) hechos jurídicos voluntarios (actos jurídicos comerciales).
      - αα) actos lícitos. Teoría de los negocios jurídicos mercantiles;
      - ββ) actos ilícitos;

- β) hechos jurídicos involuntarios: singularmente el transcurso del tiempo. Teoría de la prescripción;
- d) *cumplimiento de los derechos*.

## PARTE ESPECIAL:

- A) *Derecho de las personas*:
    - a) Estado de comerciante. Derechos y obligaciones personales de los comerciantes;
    - b) la persona física comerciante;
    - c) sociedades mercantiles.
  - B) *Derechos reales*:
    - a) propiedad;
    - b) posesión;
    - c) Derechos reales de garantía.
  - C) *Derecho de obligaciones*:
    - a) obligaciones mercantiles en general. Principios especiales de las obligaciones mercantiles;
    - b) obligaciones que nacen de negocios jurídicos unilaterales; singularmente de la emisión de títulos de crédito; letra de cambio;
    - c) obligaciones nacidas de los contratos:
      - α) contratos del comercio terrestre (venta, transporte, seguros, depósito, prenda, cuenta corriente, operaciones de bolsa y de banca, mandato, etc.);
      - β) contratos del comercio marítimo (venta de buques, hipoteca naval, construcción, armamento, flete, seguro, préstamos a la gruesa, etc.);
    - d) Obligaciones nacidas de actos ilícitos;
    - e) Obligaciones que nacen de otros hechos jurídicos;
    - f) Cumplimiento de las obligaciones. Quiebra y Privilegios.
- Objeto del presente tomo y exposición de la *Parte general*.

## § 9.º BIBLIOGRAFÍA DEL DERECHO MERCANTIL.

SUMARIO: 20. I) Desenvolvimiento de la ciencia del Derecho mercantil desde la primera mitad del siglo XIX a nuestros días: ciencia del Derecho mercantil en la primera mitad del XIX.—21. Progreso de la ciencia en Alemania.—22. Progreso de la ciencia en Italia.—23. II) Indicación de las obras generales cuya consulta es más útil.—24. Breve noticia bibliográfica.

20. I) Durante la primera mitad del siglo XIX, a Francia corresponde indudablemente la preferencia científica, legislativa y jurisprudencia-

dencial del Derecho mercantil. Ya indicamos la difusión grande de su *Código de comercio* de 1807, que bien en su forma primitiva, bien reproducido con pocas diferencias, llega a casi toda Europa y a los Estados de la América del Sur. No es que expresase un pensamiento jurídico original; todo lo contrario: el Derecho sancionado por él y respecto a Francia, era creación predominantemente extranjera, y para hablar con más propiedad, preferentemente italiana. Decía, y decía bien, uno de los más geniales mercantilistas franceses, Fremery, en la Historia del Derecho mercantil, que, sea cualquiera el punto de que se arranque, se llega siempre a Italia; pero las instituciones y los principios elaborados en las ciudades italianas medievales que pasaron a Francia en los siglos xv y xvi, hallaron en el Código de comercio de Napoleón, y en la suerte de las armas y de las ideas francesas, vehículo para conquistar el mundo.

En los cincuenta primeros años del siglo, el trabajo científico y práctico fué en Francia de importancia y fecundo; su jurisprudencia, admirable por lo sólido y práctico del sentido, suministró materiales preciosos y constituyó la base de un espléndido movimiento doctrinal. Mientras en Alemania ardía aún la lucha entre los partidarios de la escuela histórica y de la filosófica, y por contraste aguardaba el Derecho mercantil la aurora de un renacimiento fecundo, en Francia, sabiamente manejados los métodos histórico, exegético y dogmático, fraguaban la sólida base de la ciencia mercantil francesa. Las fuentes históricas del Derecho mercantil habían sido exploradas diligente y agudamente por Pardessus y Fremery; Vincens, mediante la experiencia de la vida comercial, ilustraba los principios jurídicos; Massé trata profunda y sólidamente el Derecho mercantil vigente desde el punto de vista dogmático y sistemático; Pardessus resume breve y magníficamente la doctrina mercantilista contemporánea; Bravard-Veyrières, sutil y profundo crítico, corregía y renovaba la doctrina entera dominante en el campo del Derecho del tráfico, y un vastísimo material de estudios y de investigaciones se acumulaba en monografías, comentarios, diccionarios y revistas jurídicas; en una palabra: que la ciencia francesa del Derecho mercantil en los cincuenta primeros años del siglo se había prodigado magníficamente en todos los campos, dejando huellas imborrables en algunos de ellos, y en cuanto al Derecho marítimo y a la quiebra, por ejemplo, hoy mismo no ha envejecido.

En cambio, en Alemania no fueron muy propicias las circunstancias para el estudio del Derecho mercantil en casi toda la primera mitad del siglo xix; no sólo hasta la redacción de la Ordenanza cambia-

ria de 1847 faltaron totalmente tentativas de codificación del Derecho mercantil, sino que tampoco hubo un desenvolvimiento científico que pudiera compararse lejanamente al que logró el Derecho privado, civil o común. Entre la multiplicidad de estudios e investigaciones provocadas sobre todos los campos del Derecho por la escuela histórica, quedó olvidado únicamente el Derecho mercantil, y éste careció de estudio propio en la literatura científica, siendo expresado con brevedad en los manuales de Derecho civil; en cuanto a las Universidades, se estudiaba como parte del Derecho privado alemán en un curso de pocas semanas.

Más grave, sin embargo, era aún la situación en Italia, porque tanto la ciencia como la enseñanza del Derecho privado yacían abandonadas en la primera mitad del siglo xix, aun cuando no faltaron, ciertamente, chispazos en estos tiempos de decadencia; mas la continuidad de nuestra gloriosa tradición jurídica quedó interrumpida con la promulgación del Código francés y se paralizó la elaboración nacional del Derecho privado.

Por eso no es maravilla el que los estudios de Derecho mercantil, que en Italia habían disfrutado de épocas brillantísimas, quedasen reducidos a copias serviles, y con frecuencia incongruentes, de mal digeridas doctrinas francesas: si en las diferentes partes de Italia regían Códigos, traducción o imitación del *Code de commerce*, nada más natural que la riquísima y espléndida jurisprudencia francesa lo absorbiera todo e imposibilitara que surgiese una escuela nacional de Derecho mercantil. Cuando cerraba el siglo xviii con los nombres que aun hoy honrosamente se recuerdan, de Azuni, De Jorio, Baldasseroni, a contar desde los primeros años del xix hasta 1850, y salvo quizá el tratado de Cesarini, no hallamos una sola obra de Derecho mercantil cuyo recuerdo hoy valga la pena. En realidad, aun entre personas competentes, son pocos los que conozcan los nombres de Reale, Zucadelli, Salvi, Castelli, Corti, Dallushek, Castellano, Portula, Sassi y Montagnini, Paroletti, Albertazzi y Prasca, Bronzini, que escribieron tratados, comentarios, diccionarios sobre el Derecho mercantil y que, con justicia, yacen en olvido.

Y en estas condiciones comienza el período histórico que vamos a estudiar especialmente: predomina la ciencia y la legislación francesa, muy tierna pero próxima ya a la madurez la ciencia alemana del Derecho mercantil, exhausta y todavía lejana la esperanza de renacimiento de la un día gloriosa doctrina mercantilista italiana.

21. De suerte que así como la época anterior pudo, con justicia, denominarse época francesa, de la que vamos a hablar merece titularse alemana.

Por muchas razones estaba esta nación excelentemente preparada para un esplendoroso desarrollo del Derecho mercantil. Renacen los estudios jurídicos, debido especialmente a los partidarios de la escuela histórica, y esto debía reflejarse necesariamente en los estudios de Derecho mercantil. Contaba ya la ciencia jurídica alemana, en el campo de Derecho privado, con nombres como Savigny, Puchta, Hugo, Mittermayer, Beseler, y aunque no podía distraer su atención hacia el campo hasta ahora olvidado, pero tan prometedor, del Derecho mercantil, las necesidades prácticas de primer orden les empujaban a ello. El comercio alemán se desenvolvía briosamente y exigía le prestaran atención los legisladores y juristas; se inicia, por consiguiente, la nueva era del Derecho mercantil alemán con grandísimo vigor entre 1840 y 1850, y el acto más importante y significativo de esta época fué, indudablemente, la redacción y publicación de la ley de Cambios de 1847, obra legislativa admirable por la perfección técnica, e importante por el significado político, por cuanto en tiempos de división política afirmaba solemnemente la unidad del pensamiento jurídico alemán; de esa ley puede decirse que logró fortuna mejor que la del mismo Código de comercio francés, porque lenta, pero seguramente, ese sistema de cambio alemán ha dado la vuelta al mundo y todavía en fecha reciente triunfaba en la Conferencia de La Haya, que al elaborar un proyecto de ley de Cambios uniforme, reprodujo en sus líneas fundamentales los principios de la Ordenanza germánica de 1847.

En tanto que la legislación comercial alemana erigía tan admirable monumento, la ciencia tudesca del Derecho mercantil comienza a constituirse, a impulso, especialmente, de Enrique Thöl. Aun hoy maravilla, y sólo cabe explicarlo teniendo en cuenta el desenvolvimiento notable a que había llevado a la ciencia alemana el estudio de la historia y sistema del Derecho de Pandectas, el que Thöl hubiera pasado de un salto desde los fragmentarios, ocasionales y breves escritos que le precedieron, a crear un cuerpo orgánico de doctrina como el que contiene su tratado de Derecho mercantil, cuyo primer volumen apareció en 1841: casi de la nada creó el Derecho mercantil alemán a base esencialmente romanista, y con rigurosa lógica supo deducir de aquel milenarismo cuerpo de doctrina jurídica, principios aptos para gobernar los novísimos caracteres del movimiento mercantil.

No faltaron críticas al procedimiento, pero en realidad era el único que podía emplearse en aquel instante; faltaba la base sólida de una

legislación reciente, y era harto natural y necesario el esfuerzo de utilizar el Derecho romano para adaptarlo a la disciplina jurídica de las nuevas relaciones surgidas del tráfico; se le reprochó el olvido de la investigación histórica y no haber contado suficientemente con los factores económicos en la reconstrucción del Derecho mercantil vigente; y esa censura, que inició antes que nadie el gran émulo de Thöl, Goldschmidt, y que se repitió después, peca, a nuestro juicio, de injusta. La investigación histórica es útil y necesaria cuando se trata de interpretar normas jurídicas producto de una larga evolución, y éste no era el caso de Thöl, quien más que interpretar normas existentes, tenía que crear una disciplina jurídica nueva para una serie de relaciones que el Derecho romano vigente a la sazón ni conocía ni regulaba. Ciertamente que era utilísimo el estudio de la naturaleza objetiva de las relaciones cuya disciplina jurídica se trataba de fijar, y Thöl no desconoció nunca la importancia de semejante investigación técnica y económica acerca de la naturaleza de las relaciones que necesitaban regularse; sólo dijo que ello era el principio, pero no el objeto directo de la investigación jurídica, y el resultado de su obra demostró que había emprendido el verdadero camino. A Thöl hubo de reconocérsele no sólo el mérito de fundador de la ciencia alemana de Derecho comercial, sino la de haber construido un organismo tan sólido de doctrina jurídica, que ocupó casi el lugar de la ley hasta promulgarse el Código general de comercio alemán, y aun en la misma redacción de éste, para cuya preparación sirvió la obra de Thöl, ejerció un decisivo influjo el docto mercantilista.

En tanto que a Thöl, cargado de años y de ciencia, benemérito en ésta y en la práctica, se le saludaba como el príncipe de los mercantilistas alemanes, un juvenil profesor de la Universidad de Heidelberg, Levin Goldschmidt, fundó una revista de Derecho mercantil, célebre después, en la que se colocaba resueltamente contra la tendencia dominante, cuyo jefe era Thöl; tendencia que consistía en servirse para el estudio del Derecho vigente, si no de un modo exclusivo, principal, del elemento sistemático, y de atender, sobre todo, a la investigación de los principios directivos o dogmas del Derecho positivo; frente a Goldschmidt, sostuvo la necesidad de reconstruir las fases sucesivas del desarrollo de las instituciones de Derecho mercantil, oponiendo al método del «aislamiento dogmático» de Thöl, el método «genético» (96). Y nosotros, que hoy miramos como jueces imparcia-

(96) Acerca de la polémica entre Thöl y Goldschmidt, v. pág. 86, nota 2, de la obra de éste.