

LIBRO PRIMERO

DERECHO MERCANTIL OBJETIVO

CAPÍTULO PRIMERO

Fuentes del Derecho mercantil.

§ 10. GENERALIDADES.

SUMARIO: 25. Concepto del «Derecho mercantil objetivo» en sentido estricto e idea general de las «fuentes del Derecho». 26. El Derecho civil no es fuente del Derecho mercantil. 27. La «ley mercantil» es la única fuente. No lo son la jurisprudencia, la equidad, la naturaleza de los hechos y principios generales del Derecho, ni las leyes extranjeras.

25. En dos sentidos, amplio uno, más restringido el otro, puede tomarse la frase «Derecho mercantil objetivo»: Derecho mercantil, en sentido amplio, es el conjunto de normas reguladoras de la materia comercial; y así entendido lo serán, no sólo aquellas disposiciones dictadas especialmente para regir la materia comercial, sino también los preceptos del Derecho civil o del Derecho privado común, que, promulgadas para todas las relaciones privadas en general, se aplican a la materia comercial en defecto de norma especial para las relaciones de esta clase. En sentido estricto y más exacto, constituyen el Derecho mercantil tan sólo los preceptos que rigen *directa y especialmente* la materia mercantil. Ahora bien: cuando se dice Derecho mercantil, hay que entender por tal únicamente el conjunto de normas jurídicas dictadas *expresamente* para la materia comercial: los

preceptos dictados para relaciones jurídico-privadas en general continúan conservando su carácter jurídico civil, siguen siendo normas de Derecho civil, aun cuando se hayan de aplicar también algunas veces a la materia mercantil; de igual suerte que los preceptos dictados para relaciones mercantiles mantienen este carácter aun cuando algunas veces, esto es, cuando sean derivaciones o explicaciones de normas y principios jurídico-civiles, puedan aplicarse a relaciones de índole exclusivamente civil.

Síguese de esto que el calificativo de civil o mercantil no es atribuida a una norma por su aplicación efectiva a materia civil o comercial, si no fuese originariamente *redactado a servir principalmente* a una u otra clase de relaciones.

Y esta declaración preliminar nos consiente señalar con precisión las fuentes del Derecho mercantil, y prescindir de algunas inexactitudes que alrededor de este concepto corren en la bibliografía mercantilista.

Son para nosotros fuente del Derecho en sentido propio o fuente formal del Derecho (100) la forma en que se manifiesta el precepto externamente, que como quiera que ésta varía según el órgano que la formula, puede decirse que hay en realidad tantas cuantos órganos constituyen la voluntad colectiva, de la cual es expresión la norma (101).

(100) Conocida es la distinción entre *fuerza formal* y *fuerza material* del Derecho. Como queda explicado en el texto, *fuerza formal* es el medio de manifestarse exteriormente la norma jurídica; como el Derecho objetivo es la declaración de la voluntad colectiva, Cons., principalmente, Binding: *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, pág. 107; esta voluntad colectiva puede manifestarse en distintas formas que constituyen otras tantas fuentes de Derecho, en sentido formal. En cambio, es *fuerza material* del Derecho todo elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma o regla jurídica; por ello lo es la tradición, la naturaleza de las relaciones que rige, la utilidad o la necesidad sociales, la opinión popular, etc., etc.; en tanto que las únicas fuentes formales son la ley o la costumbre. (Cons. sobre esta distinción Regelsberger: *Pandekten*, Leipzig, 1893, pág. 68; Anzilotti: *La responsabilità dello Stato nel Diritto internazionale*, Florencia, 1902, pág. 30.)

(101) Cons. sobre el concepto de *fuerza de Derecho*: Goldschmidt: *Handbuch*, págs. 302-303, que dice: «llámense fuentes de Derecho las formas en que la colectividad estatuye su derecho propio, o sea, las formas en que aparece y exterioriza el Derecho positivo; no puede admitirse, en cambio, la definición que da de ello Scialoja: *Le fonti e la interpretazione del Diritto commerciale*, en *Saggi di vario Diritto*, Roma, 1927, pág. 254, para quien la

26. Así aparece claro el error de muchos que reconocen como fuentes del Derecho mercantil las leyes comerciales, los usos mercantiles y el *Derecho civil* (102); este último no puede ser *fuerza de Derecho comercial*, por no ser medio para la creación del Derecho, sino un conjunto de normas ya formadas y promulgadas, aunque indudablemente se aplique en materia mercantil, como dice, y dice bien, el art. 1.º del Código de comercio, lo que sólo significa que en algunos casos también rige y se aplica a las relaciones mercantiles, que no es lo mismo que contribuir a la formación de preceptos de verdadero y propio Derecho comercial. E importa fijar exactamente esta función del Derecho civil para con la materia mercantil, no sólo para precisar conceptos jurídicos, sino para esquivar una confusión en que suele incurrirse al decir que el Derecho civil es fuente del Derecho comercial; porque implícitamente equivale a afirmar que éste, en algunos casos, asume el carácter de Derecho particular de comercio, y no es así: si

fuerza es la *forma de ejecución del Derecho*, porque da a entender que existe un Derecho anterior al positivo, del que éste es realización; Derecho natural racional o ideal, cuya existencia negamos resueltamente, como el mismo Scialoja (pág. 304); aun cuando en la reciente literatura jurídica italiana y de fuera de Italia se advierte un movimiento en favor de un nuevo *jus naturalis*, aunque no en el sentido de la vuelta al estado de naturaleza tan grato a los filósofos del siglo XVIII, o en el de un derecho inmutable, eterno, igual para todos los pueblos, pero siempre en el sentido de un ideal, regla soberana del orden jurídico, que brota de la conciencia humana, a la que en su evolución tiende el Derecho positivo. El exponente mayor de este resurgimiento en Italia es Del Vecchio: *Il concetto della natura e il principio del Diritto*, 2.ª ed., Bolonia, Zanichelli, 1922, y el prólogo *Sui principi generali del Diritto*, en *Arch. giur.*, 4.ª serie, I, 1921, págs. 33-91, y especialmente, págs. 53 y siguientes. Véase también Brunetti: *Le obbligazioni naturali*, en los *Scritti giuridici varii*, Turin, 1920, pág. 211, y los autores que cita. De los extranjeros, v. principalmente, entre los más notables modernos, Charmont: *Les transformations du Droit civil*, Paris, Colier, 1912, 2.ª ed., 1921; Valsesin: *Traité de Droit naturel*, Paris, 1922; Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, 4 vols., Paris, 1914-1924; Nast: *L'irréductible Droit naturel*, en *Annales de Droit comm.*, 1920, págs. 143 y siguientes; Landsberg: *Zur Einigen Wiederkehr des Naturrechts*, en *Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1925, XVIII, fasc. 3.º; Momigk: *Wie stehen wir heute zum Naturrecht*, ibid, 1926, XIX, fasc. 3.º

(102) Entre los escritores alemanes, Behrend: *Lehrbuch*, págs. 85 y 86; Randa: *Handelsrecht*, I, pág. 27; Véase entre los italianos, Vivante: *Trattato*, I, núms. 2 y 20 y siguientes; Franchi: *Manuale*, pág. 20; Navarrini: *Man. elem.*, página 49, y *Trattato teorico-pratico*, I, núm. 55.

alguna vez se aplica a relaciones comerciales, siempre se emplea como tal Derecho civil, o sea, en concepto de Derecho común de las relaciones privadas.

Para fijar cuál sea la posición del Derecho civil respecto a la materia comercial, basta, en realidad, recordar que el Derecho mercantil contiene la especial reglamentación jurídica de las relaciones mercantiles como tales; la regulación jurídica de las relaciones mercantiles como relaciones entre particulares o privadas hay que buscarla siempre en el Derecho civil. Hasta donde alcance la norma especial, reguladora de las relaciones mercantiles, consideradas éstas como clase especial de relaciones privadas, es ella la que debe aplicarse; cuando desfallezca, aparece el Derecho civil que rige las relaciones de todas clases de índole privada, y entre ellas, por tanto, las mercantiles.

El Derecho común se aplica a materia regida por normas especiales o excepcionales, cuando se carezca de precepto especial, y precisamente porque es Derecho común, no porque se transforme en Derecho particular o especial; por consiguiente, para resolver cuándo el Derecho civil es aplicable en materia comercial hay que resolver primeramente si no existe norma especial jurídica mercantil para la relación comercial; problema sencillo de interpretación.

27. Como quiera que, por las razones expuestas, hay que excluir de entre las fuentes del Derecho mercantil al Derecho civil, aun cuando se recurra a él frecuentemente en materia comercial, no restan otras ante el Derecho mercantil, sino las tradicionales y únicas en el Derecho moderno: la ley, regla emanada del Estado, mediante sus adecuados órganos, y la costumbre, que es la que procede directamente de la colectividad y se manifiesta tácitamente con la observancia efectiva de los coasociados. Pero como, por los motivos que pasamos a exponer, tampoco la costumbre es una verdadera y propia fuente del Derecho mercantil, no hay para éste otra única e inmediata que la Ley mercantil (103).

En cambio, no reputamos fuente de Derecho en general, por tanto, tampoco del Derecho mercantil, la jurisprudencia, la equidad, la na-

(103) La doctrina moderna discute si lo mismo puede decirse en general, en cuanto a las demás ramas del Derecho; pero esto no nos interesa, porque en el Derecho mercantil hay razones especiales para prescindir de la cuestión de carácter general. Véase a continuación el § 31.

turalidad de los hechos, los principios generales del Derecho, ni las leyes extranjeras (104).

a) La jurisprudencia, o sea la actividad teórica y práctica de los juristas, no es fuente de Derecho, aun cuando sea instrumento necesario excelente para el conocimiento del Derecho; porque esa actividad no tiene por objeto crear nuevas normas jurídicas, sino estudiar, interpretar y aplicar el Derecho vigente (105).

b) La equidad. En opinión de Scialoja, hoy dominante, es el derecho de un caso particular: en muchas disposiciones legales, como, por ejemplo, los artículos 463, 578, 1.124, 1.652 y 1.718 del Código civil, en el artículo 10 de la ley de 3 de abril de 1926 sobre las relaciones colectivas del trabajo, se invoca la equidad; mas en estos casos, aparte de que son excepcionales, la ley no quiere formular un precepto invariable y permanente para ciertas clases de relaciones que pueden en la práctica ofrecerse con variadísimos caracteres, sino que autoriza al juez para regularlos según las peculiares circunstancias del caso. Por consiguiente, la fuente de Derecho no es la equidad, sino la sentencia del juez; pero aun desde este punto de vista lo es en un sentido restringidísimo y muy especial en cuanto, si bien la ley autoriza al juez para resolver, habiendo en cuenta las circunstancias del caso, según su prudente arbitrio, esta resolución sólo es aplicable a aquel asunto, no a otro (106).

(104) Ha pasado ya a la Historia lo de la multiplicidad de las fuentes del Derecho mercantil. Los antiguos mercantilistas acogían numerosas fuentes; pero poco a poco ha ido reconociéndose que para el Derecho mercantil también queda reducido a la costumbre. Cons. Mossa: *I problemi fondamentali del Diritto commerciale* (discurso preliminar), en *Riv. di dir. comm.*, 1926, I, 234.

(105) Sobre la autoridad, valor de la doctrina y la jurisprudencia, véase Fadda y Bensa: *Note delle Pandette del Windscheid*, págs. 129 y siguientes. Acerca de la facultad del juez para crear el Derecho, v. Rocco: *La sentenza civile*, Torino, 1906, págs. 152 y siguientes; idem: *L'interpretazione delle leggi processuali*, extracto del *Arch. giur.*, 1906, pág. 18 y autores en ellos citados, a los cuales hay que agregar: Coviello: *Dei moderni metodi di interpretazione della legge*, S. Maria Capua Vetere, 1908; Polacco: *Le cabale legali*, en *Atti dell'Istituto veneto*, 1908; Ferrara: *Poteri del legislatore e funzioni del giudice*, en *Riv. di Dir. civ.*, 1911; Brugli: *L'analogia del Diritto ed el così detto giudice legislatore*, en *Dir. comm.*, 1916; Stier-Somlo: *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, Tubinga, 1903; Kantorowicz: *Aus der Vorgeschichte des Freirechts*, 1925.

(106) Cons. V. Scialoja: *Del Diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880; Fadda: *L'equità e il metodo nel concetto di giureconsulti romani*, Macera-

c) *La naturaleza de los hechos*, esto es, la índole de las relaciones sociales que rige el Derecho mercantil, son, según hemos visto, un guía indispensable y seguro para conocer el Derecho vigente; es un factor importantísimo de elaboración del precepto legal porque señala las exigencias a que el Derecho debe dar satisfacción, pero en sí mismo es incapaz de *crear* la norma jurídica, y no puede, por tanto, ser fuente formal del Derecho. El opinar en contra (107), equivale a reconocer un Derecho superior al positivo, un a modo de nuevo Derecho natural, ideal o racional (108).

d) *Los principios generales del Derecho*, entendidos en el único sentido que cabe hacerlo, o sea, en el de *principios generales del Derecho positivo*, son reglas ya descubiertas, mediante el procedimiento de generalización de la analogía jurídica. Para esta generalización ulterior, que va más allá de la analogía de la ley y del Derecho, se procede, naturalmente, por grados, y recorriendo los principios generales de cada una de las ramas jurídicas (principios generales del Derecho civil, del penal, del administrativo, etc.), que constituyen el objeto de la *Parte general* de cada una de estas disciplinas jurídicas, hasta llegar a los *principios generales del Derecho positivo entero*, cuyo estudio pertenece a la Ciencia general del Derecho o Teoría general del Derecho. Así comprendidos, claro está que los principios generales del Derecho no constituyen formas *nuevas*, y menos aún pueden ser *fuentes de Derecho*: son reglas ya comprendidas implícitamente en el sistema jurídico (109).

ta, 1881; Fadda y Bensa: *Note alle Pandette del Windscheid*, págs. 136 y siguientes; A. Scialoja: *Le fonti*, págs. 60 y 61; Micelli: *Sul principio di equità*, en *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, vol. II; Donati: *Sul principio di equità*, Perugia, 1913; Osilia: *L'equità nel Diritto privato*, Roma, 1923.

(107) Así Adickes: *Zur Lehre von der Rechtsquellen insbesondere über Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquelle*, Cassel, 1872, págs. 22 y siguientes; Behrend: *Lehrb.*, págs. 71 y 85; Goldschmidt: *Handbuch*, págs. 301 y siguientes; Thöl: *Handelsrecht*, § 15, 2; Vivante: *Trattato*, I, n. 25; Geny: *Interpretation et sources*, págs. 178 y siguientes.

(108) Véase Rocco: *Interpretazione delle leggi processuali*, pág. 171; A. Scialoja: *Le fonti e l'interpretazione*, n. 36, págs. 304 y siguientes; Franchi: *Commentario*, pág. 6, n. 7; Regelsberger: *Pandekten*, pág. 68; Anzilotti: *La responsabilità dello Stato*, pág. 30; Navarrini: *Trattato elem.*, I, pág. 30, ídem: *Trattato teorico e pratico*, n. 56; v. también Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, I, pág. 152; Cons. también Asquini: *La natura dei fatti come fonte di Diritto*, en *Arch. giur.*, 1921, 129.

(109) Sobre los principios generales, V. Scialoja: *Del Diritto positivo e della equità*, pág. 24; Fadda y Bensa: *Note*, págs. 128 y siguientes; Rocco:

e) *La ley extranjera*: también ésta ejerce la función doble de servir para *interpretar* el Derecho italiano, si en éste no han sido acogidos los principios que encierra aquélla; y además puede servir para la *reforma* legislativa al percibir, y para satisfacer las exigencias nuevas de la vida mercantil; pero como carecen de autoridad en Italia, ni integran el Derecho positivo nuestro, ni son fuente formal de Derecho en Italia.

§ 11. LA LEY MERCANTIL.

SUMARIO: 28. Nociones generales. Diversas clases de leyes mercantiles.— 29. Leyes civiles que asimismo son aplicables en asuntos de comercio; leyes civiles cuya aplicación invoca el Código de comercio; supuestas normas de Derecho privado común.—30. Leyes mercantiles en particular: a) Código de comercio; b) leyes especiales; disposiciones de otros Códigos; cuándo son comerciales.

28. Ley comercial es la regla emanada de los órganos del Estado, en quienes reside la función legislativa, destinada a regular la materia mercantil. Como ya en parte hemos podido ver, hay dos clases de leyes mercantiles:

a) Hay leyes que regulan *exclusivamente* la materia mercantil, normas excepcionales que son otras tantas anulaciones de preceptos de Derecho civil, que rigen únicamente en asuntos comerciales y que ni aun por analogía pueden ampliar su aplicación a relaciones civiles. A esta clase de leyes pertenecen cuantas disposiciones regulan relaciones que no pueden ser más que mercantiles, como, por ejemplo, la

Intorno al carattere del Diritto commerciale, pág. 17; A. Scialoja: *Le fonti*, n. 49, pág. 324. Ya hemos señalado la reciente tendencia, sobre todo entre nuestros filósofos del Derecho, hacia los conceptos del jus-naturalismo; véase principalmente: Del Vecchio: *Sui principli generali del Diritto*, ya citado para este autor, los principios generales del Derecho constituyen los principios del Derecho natural; cons. también sobre el particular; Brunetti, en *Riv. di Dir. comm.*, 1922, II, 436; Asquini: en *Arch. giur.*, 1921, 129; Cogliolo: en *Diritto commerciale*, 1924, I, 161, que reconoce asimismo la existencia de normas universales, que son el presupuesto de las codificadas; Pacchioni: en *Arch. giur.*, 1924, XCI, 133, para quien en un amplio sentido hay que remontar a los principios más generales de la ciencia del Derecho. Contra la opinión jurídico naturalista, v. Brugi: *I principli generali di Diritto e il Diritto naturale*, en *Arch. giur.*, 1923, págs. 160 y siguientes; Scaduto: *Sull'identificazione dei principli generali di Diritto*, Perugia, 1926.

letra de cambio, el *rapport*, los asuntos marítimos, el depósito en los almacenes generales (110) y cuantos rigen relaciones que pueden ser también civiles (por ejemplo, la venta, prenda, mandato), estatuyen reglas especiales para los mismos cuando revisten carácter comercial.

b) Hay leyes que rigen principal y directa, aunque no exclusivamente, materias mercantiles, encierran reglas que, aun cuando no hayan sido dictadas para cosas de comercio, son, sin embargo, especiales aplicaciones de principios más generales y que en el Derecho civil tienen otras aplicaciones particulares, pudiendo, por ello, reputarse comunes a lo civil y a lo mercantil; normas susceptibles de ampliación analógica del campo comercial al civil. A esta clase de leyes comerciales pertenecen cuantas disposiciones rigen relaciones que también pueden ser civiles (correspondencia telegráfica, celebración de contratos, mediación) en virtud de normas derivadas y aplicaciones de principios contenidos ya en el Derecho civil.

29. No hay más que estas dos clases de leyes mercantiles: aquellas que, aunque se apliquen a cosas mercantiles, no regulan principal y directamente éstas, no lo son; y por eso las disposiciones del Código y de otras leyes civiles que se aplican a cosas mercantiles a falta de precepto jurídico comercial escrito o consuetudinario (art. 1.º del Código de comercio), carecen del carácter de leyes comerciales.

Tampoco lo son los preceptos del Código y otras leyes civiles a que se remite el Código de comercio o las demás leyes mercantiles; apelaciones frecuentes, como las que hacen al 67 del Código de co-

(110) A. Scialoja (*Le fonti*, n. 40, pág. 310, dice que estas normas no son de Derecho excepcional, sino de Derecho común, aun cuando después convenga en que fuera de la materia mercantil no son aplicables. Serían de Derecho común si, regulando instituciones exclusivamente mercantiles, no existiesen en el Derecho civil reglas correspondientes que pudieran desempeñar el oficio de normas de Derecho común. Su inaplicabilidad en materia civil sólo dependería de que las instituciones que regula no existan como instituciones exclusivamente civiles: el razonamiento es ingeniosísimo, pero inexacto, a nuestro juicio. Presupondría esto que esas sedicentes relaciones objetivamente mercantiles fuesen creación del Derecho mercantil, de suerte que, si no estuviesen regidas por éste, no podrían reconocerlas ni regularlas en el Derecho civil; cosa muy dudosa, cuando menos. En el Derecho civil hay siempre normas aplicables a estas relaciones que son precisamente el Derecho común de ellas, en tanto que el Derecho mercantil es para ellas un Derecho excepcional o especial, y tan cierto es, que en estas relaciones, a falta de Derecho mercantil, se aplican los preceptos del Derecho civil.

mercio, al 1.165 del Código civil; la del 107 del primero, al 1.720-1.723 del segundo; la del 365, al 1.757 y siguientes; la del 773 al 1.995 y siguientes; el 916, apartado primero, al 2.123 y siguientes. Pero estas invocaciones no sirven para transformar el precepto de Derecho civil en ley mercantil; su eficacia es más limitada; la de anular parcialmente lo dispuesto en el art. 1.º, que atribuye fuerza obligatoria a los usos en el campo mercantil (111); es decir, que con esa apelación dejan de aplicarse los usos y entra a serlo inmediatamente el Derecho civil en cosas de comercio a falta de norma legislativa mercantil. Ciertamente, en parte, es igual la eficacia práctica a lo que ocurriría si se hubiera de reputar mercantiles los preceptos invocados; pero no es exactamente lo mismo; subsiste esta diferencia: que la analogía referente a las verdaderas y genuinas leyes mercantiles deberá prevalecer siempre sobre la del Derecho civil, invocado como subsidiario, que no prevalecería si se tratara de verdaderas leyes mercantiles (112). Por lo

(111) La opinión sostenida en el texto de que las leyes civiles a que se remiten las mercantiles no pueden reputarse de esta naturaleza, pudo emitirla antes A. Scialoja: *Fonti*, núm. 6, págs. 257 y 258; en igual sentido, véase Grasso, en *Dir. comm.*, 1916, II, pág. 255, y Tumedei, en *Riv. di Dir. comm.*, 1924, II, págs. 3 y sigs. Sin embargo, a nuestro juicio, hay que señalar con más precisión el fundamento y alcance del principio (así, por ejemplo, Scialoja, en cuanto a la eficacia práctica, no distingue entre leyes comerciales y civiles, invocadas por el primero. En contra, la doctrina muy extendida, v. en Vivante: *Trattato*, I, núms. 4 y 21; Franchi: *Commentario*, número 5; Bolaffio: *Commento*, pág. 49; Navarrini: *Tratt. teor.-prat.*, I, número 43; Gasca: *Tratt. della compra-vendita*, 2.ª ed., 1914 (1), I, núm. 373, y la jurisprudencia citada por Scialoja, *op. cit.*, pág. 259, núm. 3.

(112) Hay que pensar en que la interpretación analógica sólo procede cuando esté regulado en la ley el caso en cuestión; si éste estuviese previsto en la ley mercantil y preceptuase que le es aplicable una cierta disposición del Código civil, ella es la que debe intervenir, y prescindirse de la interpretación analógica, puesto que falta el supuesto necesario de intervención de ésta. El caso de que el texto habla se refiere a la hipótesis de que la remisión hecha por el Código de comercio al Código civil sea para un caso distinto al cuestionado; y en este supuesto procedería erróneamente el intérprete que ampliase así como así, y por analogía, los preceptos del Código civil, sólo porque a éstos los remite el de comercio para caso distinto, sin averiguar previamente si puede, por analogía, obtenerse de la ley mercantil una regla más apta para resolver el caso no previsto. Queda desvanecida, por consiguiente, la objeción de Navarrini, en su *Trattato teorico-pratico*,

(1) Hay edición española, publicada en esta misma Biblioteca de la *Revista de Derecho Privado*, 2 vol.