

Los nuevos aspectos de los fenómenos que ya están regulados exigen un particular y profundo estudio de los hechos sociales regidos por el Derecho mercantil, para averiguar cuál sea el verdadero contenido actual de la norma; de suerte, que es muy interesante en este aspecto el estudio de los fenómenos económicos que rigen el Derecho mercantil, cuya evolución altera profundamente con frecuencia el significado y valor de la norma establecida, cuando no había realizado esa evolución.

Los nuevos fenómenos que no están previstos y regulados implican, por un lado, el estudio de su naturaleza económica y de las exigencias que al Derecho se piden, y, por otra parte, un trabajo de interpretación sutil para llenar las lagunas que presenta el Derecho mercantil vigente respecto a ellos.

Y este punto merece atención especial.

39. El Derecho mercantil es un Derecho lleno de lagunas, eminentemente fragmentario, y el mismo artículo 1.º del Código lo confiesa cuando prevé el caso normal de ellas y señala la forma de remediarlas: «En materia mercantil se observarán las leyes comerciales; en los casos no previstos por éstas, se observarán los usos comerciales...; a falta de todo ello, se aplicará el Derecho civil.»

La frecuencia de estas lagunas da interés grandísimo a un grave problema de interpretación: el de la ampliación analógica en el ámbito del Derecho mercantil.

Lo fragmentario de las reglas de Derecho mercantil dificulta mucho y exige un trabajo delicado del intérprete. En un campo en que lo corriente es la laguna, la aplicación de las normas ofrece toda la amplitud, pero también todas las dificultades del Derecho sin codificar.

Al asumir este difícil cometido, el mercantilista, que habrá tenido que impregnarse de la realidad de los fenómenos sociales, necesita adquirir la rigidez y austeridad del jurista, y sólo a este precio puede encuadrar sólidamente la resolución del caso no regulado en el sistema del Derecho vigente y esquivar las soluciones puramente ideales, perjudiciales a la certidumbre del Derecho y condenadas a morir al mismo tiempo que el prestigio del que las patrocinó.

Dos problemas nos ofrece esta delicada investigación: ¿cuándo existe esa laguna y cómo debe llenarse? El primero, aun cuando no se plantea con claridad, es prácticamente importantísimo y no muy fácil resolver. Vemos que en casos aparentemente análogos al menos, se interpreta como una laguna el silencio de la ley mercantil, que habrá

de salvarse con los usos o el Derecho civil, bien como *disposición tácita o implícita* que excluya el uso de las fuentes subsidiarias. Así sucede con el silencio del Código acerca de la capacidad para realizar actos singulares de comercio que no sean los de los artículos 10 y 14, derogado este último, y que se interpreta como laguna, estimando regulada esa capacidad por el Derecho civil. En cambio, el silencio del Código sobre la posibilidad de comenzar a ejercer el comercio en nombre de un menor de edad, se reputa prohibición tácita, desechando la aplicación del artículo 220 del Código civil. De igual suerte se estima como una laguna el silencio del Código sobre el ejercicio del comercio por parte de los inhabilitados, que se salvará acudiendo al Derecho civil. En cambio, el silencio del mismo Cuerpo legal sobre la capacidad de la mujer comerciante para realizar actos que se opongan a los intereses del marido, y antes de promulgarse la ley de 17 de julio de 1919, número 1.176, que derogó la necesidad de la autorización marital, hubo quien lo interpretó como reconocimiento pleno de la capacidad de la mujer, en tanto que otros lo consideraban como laguna que había de suplir el artículo 136 del Código civil. Por último, lo mismo ocurre con el silencio del artículo 44 del Código de comercio, que enumera los requisitos formales necesarios para realizar los actos enumerados en el artículo 1.314 del Código civil, tenido como laguna por algún intérprete, y que implicaba la aplicación del artículo 1.314 en materia mercantil también; en tanto que otros consideraban aquel silencio como disposición tácita o implícita sancionadora del principio de libertad de formas en materia mercantil que excluía toda apelación al Código civil, y otros muchos ejemplos que pudieran citarse. Son muchas las cuestiones que dividen a la doctrina y jurisprudencia en el campo del Derecho mercantil, cuya raíz está en la diversidad de concepto que tienen los intérpretes acerca de las lagunas de la ley mercantil; y yo estoy convencido de que no puede decirse que existen lagunas en la ley, y lo que afirmo de ésta puede igualmente hacerse de los usos, siempre que del conjunto de normas jurídicas mercantiles pueda inducirse, por analogía, la norma adecuada para disciplinar el caso no regulado expresamente. Según el artículo 1.º del Código de comercio, se aplican los usos cuando las leyes no proveen; es de aplicar el Derecho civil si las leyes mercantiles *no proveen* y *no existe* una regla consuetudinaria; de suerte que no cabe afirmar que la ley escrita no diga cuándo hay posibilidad de la extensión analógica.

40. No es que con la analogía se creen normas nuevas, sino que se esclarecen las existentes, dentro del sistema, mediante un procedi-

miento consistente en inducir del precepto expreso para el caso regulado, un precepto más general del presupuesto, y, por tanto, querido tácitamente por el legislador, que comprende el caso regulado y el que no lo está. Esta norma general, implícita en la norma especial expresa, es indudablemente un *precepto*, y precepto que, deducido de las normas del Derecho mercantil escrito, impide que se apliquen, bien los usos, bien el Derecho civil, y si se deduce de los primeros, impide también que se pase al Derecho civil.

Una observación de naturaleza exegética que confirma esta interpretación surge, por lo demás, también, cotejando el artículo 1.º del Código de comercio con la tercera de las disposiciones preliminares del Código civil; éste, que realmente enfoca el caso de ausencia de precepto *expreso*, emplea la fórmula «siempre que una cuestión no pueda resolverse mediante *precisa* disposición legal», lo que quiere decir mediante una disposición expresa; el 1.º del Código de comercio dice únicamente que se aplicará la costumbre «cuando la ley mercantil *no disponga*», y que se aplicará el Derecho civil «*a falta* de usos mercantiles». Por consiguiente, se exige, en realidad, en el primero, la falta de una disposición explícita, y en el segundo, la falta de una disposición *cualquiera explícita o implícita*, o sea, que pueda inducirse por analogía. Y no me parece justa la objeción que se hace a este concepto de lagunas en el Derecho mercantil diciendo que «debe estimarse el conjunto de disposiciones legales y usos mercantiles como un todo organizado y completo de normas aplicables mediante la interpretación autorizada por el artículo 3.º de las disposiciones preliminares, porque quedaría ineficaz lo dispuesto en el artículo 1.º del Código de comercio, que prohíbe la aplicación del Derecho civil, ya que los principios generales mercantiles son el resultado de un conjunto sistemático de reglas que, teóricamente al menos, deben bastar para llenar una laguna cualquiera» (146). Me parece que no es necesario juzgar el conjunto de leyes y usos comerciales como un todo sistemático de normas para asegurar que no puede decirse comprobada la existencia de una laguna que haya de ser salvada acudiendo al Derecho civil, si antes no se agota la interpretación analógica. Cabe la analogía tanto cerca de la ley como del Derecho, y aun, a mi juicio, también para los principios generales, aunque sea en una legislación tan fragmentaria como la mercantil; porque nadie ha dicho que en un conjunto de normas, aunque sea insistemático, mediante la analogía, no puedan obtenerse normas generales comunes a la totalidad, y utilizables para las mate-

(146) Véase Scialoja: *Fonti* cit., n. 47, pág. 319.

rias enteras reguladas por éste. Y, en efecto, hay principios generales de Derecho mercantil conocidos comúnmente desde hace mucho tiempo; recordemos, por ejemplo: «ninguna prestación se presume gratuita»; «el dinero se presume siempre fructífero»; «en caso de duda, debe aceptarse la solución que favorezca y facilite la circulación»; «nadie puede contratar válidamente en beneficio de un tercero», y otros muchos, que prueban que el Derecho mercantil tiene sus principios generales, como los tienen asimismo el Derecho civil, el administrativo, el penal, el procesal, etc. (147).

Por lo tanto, cabe que preceda la aplicación de las normas inducidas, por analogía, de las leyes comerciales y los principios generales del Derecho mercantil, a la aplicación del civil, sin que padezca el artículo 1.º del Código de comercio, porque, no obstante la analogía y los principios generales, en las leyes mercantiles, y más aún en los usos comerciales, habrá siempre lagunas bastantes para necesitar frecuentemente acudir al Derecho civil.

Cierto que la previa tarea del mercantilista consistirá en poner a contribución, primero, las leyes mercantiles, después las costumbres comerciales, para deducir, por analogía, mediante el procedimiento de generalización, cuantas normas sea posible de carácter directamente mercantil. Pero esta tarea primera no excluye otra más difícil, consistente en salvar las lagunas ya descubiertas, mediante la aplicación del Derecho civil; tarea ardua porque el mercantilista, no sólo tiene que asumir la función de civilista, sino ir más lejos aún que éste; es cosa muy frecuente que ante relaciones sociales en evolución constante, como las relaciones mercantiles, aparezca la insuficiencia de las normas expresas del Derecho civil, y haya necesidad, mediante el proceso de generalización inherente a la extensión analógica, de avanzar más allá de cuanto se ha menester para regir las más sencillas y permanentes relaciones de la vida civil, porque estas leyes civiles son, indudablemente, y con respecto a la materia mercantil, más deficientes e incompletas de lo que pudieran ser para el servicio de la materia propiamente civil, debido a dos causas: porque no encierran una regulación adecuada a las relaciones mercantiles, y, además, porque en la transformación rápida de la vida mercantil, para la materia de comercio, es comparativamente mucho más antigua; y no es pecar de irreverencia con la obra verdaderamente insigne de nuestra codificación civil decir que el Código de 1865 refleja condiciones de vida verdaderamente arcaica ante el estado moderno del comercio y de la

(147) Véase Scialoja: *Fonti*, n. 49, pág. 324.

industria. Ahora bien; cuanto más profunda sea la discrepancia entre las normas escritas y las relaciones que deben regir, menos íntima será la analogía entre el caso regulado y los nuevos por regular, y esto implica que el proceso de extensión analógica necesario para aplicar la ley envejecida a los casos nuevos es más complicado y exige más delicadeza; la busca en vía de inducción y generalización de la norma adecuada para regular los casos nuevos, debe tomar por base, no una sola o algunas normas singulares, sino un número considerable de ellas, tantas cuantas se necesiten para señalar una categoría de casos lo suficientemente amplia que comprenda el nuevo, y análoga a otra categoría que comprenda casos alguno de los cuales se halle expresamente regulado; y únicamente entonces, con la aplicación del procedimiento de la analogía *iuris*, es cuando del caso singular regulado se puede deducir, primeramente, la regla general aplicable a la clase entera, y luego, de ésta, mediante nueva generalización, remontarse a otra regla más general todavía, comprensiva, no sólo de los casos de esta clase, sino también de aquella otra que no se ha regulado expresamente. Pues bien; esta progresiva generalización en materia tan nueva como la mercantil, puede, a veces, llevar fuera del campo mismo del Derecho civil, y conducir al descubrimiento de normas y principios generalísimos aplicables a distintos campos del Derecho objetivo, y aun comunes a todo el régimen jurídico (148).

He aquí, por consiguiente, cómo las mismas exigencias prácticas de aplicación e interpretación del Derecho exigen más que en otro alguno, en el campo del Derecho mercantil, el empleo amplio y frecuente del proceso de generalización, que lleva consigo la extensión ana-

(148) Como se desprende de cuanto queda dicho en el texto, doy por demostrado que las posibles lagunas que puedan existir en el ordenamiento jurídico, tal cual aparezcan de las fuentes formales del Derecho (que en realidad queda reducida a una, la ley), deben salvarse mediante normas deducidas del propio sistema legal. Estoy conforme con la más numerosa y autorizada opinión de la plenitud de ordenamiento jurídico, y la regla de que las posibles lagunas del Derecho escrito se colman mediante el proceso de generalización, propio de la analogía. Véase sobre esto, especialmente: Donati: *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milán, 1920; Fadda y Bensa: *Note alle Pandette*, de Windscheidt, I, pág. 129 y sigs. Coviello: *Manuale di Diritto civile*, pág. 82 y sigs.; Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, I, pág. 224 y sigs.; Simoncelli: *Inst. di Diritto privato*, 3.ª edic., Roma, 1921, pág. 84; Barassi: *Ist.*, pág. 41; Dusi: *Ist.*, I, pág. 55; Windscheidt: *Pand.*, I, § 23, pág. 107; Gierke: *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, § 18, página 141; Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892,

lógica. El mercantilista, mediante un sabio trabajo de inducción, debe obtener conceptos y normas generales, no sólo en el campo del Derecho mercantil propiamente dicho, sino también en el del civil, y aun unir al descubrimiento de principios generales comunes a todo sistema jurídico. Sólo mediante este trabajo de inducción y de generalización podrá regular, mediante normas deducidas del derecho constituido, la variedad infinita de casos que engendra la multiforme y variada siempre actividad mercantil (149).

página 372 y sigs., y, antes de todos, Savigny: *Sistema del Diritto romano attuale*, trad. Scialoja, I, Turín, 1886, pág. 296 y sigs. La opinión contraria, que reconoce la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, y cree deben completarse con elementos extraños al Derecho positivo (singularmente del *Derecho natural*), lo propugnan desde fecha reciente autores muy notables. V. especialmente: Del Vecchio: *Sui principj generali del Diritto* ya citado; Brunetti: *Scritti giuridici vari*, III, Turín, 1920, pág. 1 y sigs., 30 y siguientes, 50 y sigs.; *Il Diritto naturale nella legislazione civile*, en *Riv. di Diritto comm.*, 1922, I, pág. 437 y sigs.; Pacchioni: *I principj generali di Diritto*, en *Arch. giur.*, 4.ª serie, vol. VII, 1924, pág. 133 y sigs.; R. Luzzatto: *Su l'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Ferrara, 1922; Gény: *Méthodes d'interprétation et sources*, cit., vol. I y II, *passim*; Gangi: *Il problema delle lacune nel Diritto privato*, en *Arch. giur.*, 4.ª serie, vol. V (1923), pág. 137 y siguientes. Esta afirmación se funda en principios jurídicos, políticos y filosóficos, que yo niego resueltamente, entre ellos, el reconocimiento de un derecho no estatal, opuesto al concepto moderno de Estado, y su completa soberanía aun en el cambio de formación de la regla jurídica. V. en este sentido, y muy acertadamente, Ascarelli, en *Arch. giur.*, 1925, pág. 240.

(149) Cons. Vivante: *Trattato*, I, núm. 5; Bolaffio: *Comm.*, pág. 37; D'Amelio: *Codice di commercio*, págs. 13-14; Degni: *L'interpretazione della legge*, Nápoles, 1909. En contra: A. Scialoja: *Fonti*, cit., núm. 44; Ghini: *Brevi osservazioni sull'interpretazione della legge nel Diritto commerciale*, en *Filangieri*, 1906, págs. 192, y, por último, De Semo, en *Il Diritto comm.*, 1925, páginas 1 y sigs. Acerca de si es más o menos aplicable a relaciones singulares mercantiles un determinado precepto del Código civil, abunda la jurisprudencia; pero son resoluciones de casos particulares de las que no pueden inducirse criterios generales sobre la cuestión que se discute en el texto; sobre todo abunda en ésta, como hemos notado, el carácter diverso de las varias disposiciones del Código civil. Así, por ejemplo, el Trib. de cas. de Roma, en sentencia de 12 noviembre 1907 (*Foro ital.*, 1908, 16), hubo de declarar que es aplicable a la venta mercantil de inmuebles la rescisión por lesión (artículo 1.529, Cod. civ.), (en igual sentido: Cass. Turín, 27 marzo 1915, *Riv. di Diritto comm.*, 1915, II, 520). A. Scialoja, en una nota publicada en el *Foro italiano*, loc. cit., aplaude el fallo y dice que con él la Corte de casación ha recogido su opinión sobre la interpretación y rechazado la posibilidad de

acudir a la analogía antes de aplicar el Código civil. No me parece exacta la deducción, porque hay variedad de opiniones entre nuestros escritores acerca de la aplicabilidad de la acción necesaria a la venta mercantil, y discuten su mayor o menor compatibilidad con el carácter de las operaciones mercantiles. Pueden verse sobre ello: Marghieri: *Corso di Diritto comm.*, II, 1268; Sraffa, en *Riv. di Dir. comm.*, 1915, II, 520, que la niegan; Bolaffio: *Comm.*, número 33; Navarrini: *Trattato*, cit., II, 501; Tartufari: *Della vendita e del riporto*, en *Comm.* de la Utet, vol. III, 5.^a edic., núm. 79 y sigs.; Chironi, en *Riv. di Dir. comm.*, 1916, I, 261, etc., en sentido opuesto. Este escritor último afirma ser de Derecho público el precepto relativo a la rescisión por lesión, y todo ello prueba que no planteo el problema general de interpretación al aludido fallo, y, por tanto, no tiene autoridad sobre el principio general.



CAPITULO II

Contenido del Derecho mercantil.—Materia de comercio
(Teoría de los actos de comercio).

§ 14.—ACTOS DE COMERCIO.

SUMARIO: 41. Indicación de las relaciones sometidas a las leyes mercantiles. Enumeración de los actos de comercio. Carácter demostrativo de la enumeración.—42. Si existe un concepto unitario del acto de comercio. Opinión dominante. Clasificación usual de los actos de comercio en objetivos y subjetivos; crítica de esta clasificación. Investigación que hay que hacer para fundarla. *Estudio analítico de los actos de comercio*: A) 43. Actos de comercio, así calificados en razón de su naturaleza intrínseca.—44. 1.º Actos de mediación en el cambio de mercancías y de inmuebles. Compra para revender y reventa.—45. 2.º Actos de mediación en el cambio de dinero a crédito: operaciones de bolsa.—46. 3.º Actos de mediación en el cambio de trabajo. Empresa. Estudio de cada empresa en particular: a) Empresa de suministros; b) de edificaciones y construcciones; c) fabril; d) de espectáculos públicos; e) editora tipográfica y librería; f) de transporte de personas y de cosas; g) de comisiones, agencias y oficinas de negocios. Concepto general de empresa.—47. 4.º Actos de mediación en el cambio de riesgos. Seguros. Mecanismo de los seguros. Fundamento de su carácter mercantil. Crítica de la opinión corriente.—B) 48. Estudio de otros actos mercantiles a causa de su conexión con una actividad mercantil: a) operaciones mediadoras en negocios mercantiles; b) depósitos motivados por el comercio: cuenta corriente, cheque bancario con causa mercantil; c) seguro de cosas, objeto o establecimientos de comercio; d) compra y venta de participaciones o acciones de sociedades mercantiles; e) contratos y obligaciones de los comerciantes; f) *rappor*t y *deport*; g) letra de cambio; h) operaciones relativas a la navegación; i) depósito en los almacenes generales.—49. Régimen de los actos de comercio por su conexión: a) casos en que hay que probar la conexión; b) casos en que se presume; c) casos en que la conexión se declara *ope legis*.—50. *Concepto general del acto de comercio* tal cual