



CAPÍTULO III

Nacimiento, modificación y extinción de las relaciones jurídico-mercantiles.—Los actos jurídico-mercantiles.

§ 20.—CONSIDERACIONES GENERALES.

SUMARIO: 71. Consideraciones generales. Especialidad del régimen de los hechos jurídicos en materia mercantil.

71. Hemos dicho que las relaciones jurídicas nacen, modifican y extinguen a consecuencia de la realización de un hecho llamado hecho jurídico (265); y los hechos productores de la creación, modificación o extinción de una relación jurídico-mercantil se pueden denominar «hechos jurídico-mercantiles».

De éstos, en general, no hay una teoría propia, y ello revela, más que nada, el carácter fragmentario del Derecho mercantil. Pocas son las normas de carácter general en materia mercantil derogatorias sobre actos y hechos jurídicos de las disposiciones de Derecho civil, y muy difícil construir una teoría general orgánica con el régimen especial que el Derecho mercantil da a cada hecho o acto jurídico; por consiguiente, habremos de limitarnos a mencionar aquellos puntos especiales de la teoría de los hechos jurídicos en que el Derecho mercantil presenta particularidades señaladas, u ofrece interés especial para las aplicaciones más importantes que de ella se hacen en materia comercial.

(265) *Bibliografía*: Acerca de la doctrina general de los actos jurídicos, consúltense las obras generales: Gianturco: *Sistema*, § 49; Chironi y Abello: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, págs. 351 y sigs.; Coviello: *Manuale di Diritto civile*, § 97; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, § 24; Windscheid: *Pandette*, I, § 67 y 68; Regelsberger: *Pandette*, I, § 129; Bierling: *Juristische Prinzipienlehre*, vol. II, Tubinga, 1898, § 20; Enneccerus: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburgo, 1888-1889, págs. 152 y siguientes.

Sabido es que los hechos jurídicos se dividen en:

A) *Actos humanos*, es decir, *actos que dependen de la voluntad del hombre*, y que a su vez se subdividen:

a) *Actos lícitos*, o sean, actos del hombre encaminados a un fin reconocido por el Derecho. Estos actos lícitos se subdividen a veces en

α) *Negocios jurídicos*. Declaraciones de voluntad, a las que la ley asigna efectos jurídicos.

β) *Acciones humanas* productoras de un estado de hecho a que la ley asigna efectos jurídicos, como las edificaciones, plantaciones, tomas de agua.

En esta última clase de actos jurídicos cabe incluir los estados de hecho que motivan aquellos efectos jurídicos conocidos con el nombre *prescripción*, porque precisamente en ésta, como después veremos, hay un contenido negativo (el desuso de un derecho) o positivo (disfrute de hecho de un derecho), que, prolongado por un cierto tiempo, causa, respectivamente, la pérdida o adquisición del derecho.

b) *Actos ilícitos*, o sean, los actos del hombre encaminados a un fin prohibido por el Derecho, y que al realizarse originan consecuencias jurídicas perjudiciales para el que los ejecuta, es decir, que contrae una *responsabilidad*.

B) *Hechos independientes de la voluntad humana*, o sean, *hechos del mundo exterior*. El nacimiento, la muerte, el granizo, el naufragio, pérdida fortuita de la cosa, el aluvión, etc.

En materia mercantil, el régimen de los hechos jurídicos ofrece singularidades de cierto interés, sobre todo en los negocios jurídicos y en la prescripción.

SECCION I.—NEGOCIOS JURIDICOS MERCANTILES (266)

§ 21.—LA FORMA EN LOS NEGOCIOS JURIDICOS MERCANTILES.

SUMARIO: 72. Consideraciones generales. Principio de libertad de forma y sus excepciones.—73. Negocios completamente formales: compra y venta de bienes inmuebles, contrato de ajuste de la tripulación; negocios rela-

(266) *Bibliografía*: Acerca de la teoría general de los negocios jurídicos, Chironi y Abello: *Trattato di Diritto civile italiano*, pág. 369; Coviello: *Manuale di Diritto civile*; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, § 25;

tivamente formales: letra de cambio, préstamos a la gruesa o riesgo marítimo, contratos a plazo en bolsa; actos constitutivos de sociedades mercantiles.—74. Otros negocios jurídicos que deben constar por escrito según el Código de comercio. Efectos que produce la inobservancia de la forma.—75. Actos enumerados en el artículo 1.314 del Código civil; en cuál de ellos es necesaria la forma escrita, bajo pena de nulidad.—76. Negocios formales por voluntad de las partes.

72. Forma de los negocios jurídicos no es el medio empleado efectivamente por la parte para declarar su voluntad, porque entonces serían formales todos ellos; la forma consiste en el medio señalado por la ley para que se manifieste la voluntad en determinados casos. Los hay primeramente en que ésta deja en libertad de elegir el medio para esa manifestación, y hay otros en que la ley predetermina este medio; en el primer caso tenemos el negocio jurídico libre de forma o *no formal*, y en el segundo, de forma no libre o *formal* (267).

La libertad de formas es el principio general del Derecho civil, porque, habiendo reconocido el derecho moderno la autonomía de la voluntad privada como principio general, o sea, la regla de que toda declaración privada de voluntad, siempre que se encamina a un fin lícito, vincula jurídicamente al declarante sin necesidad de que el derecho determine previamente el fin, la consecuencia lógica de ello ha sido el reconocimiento de la absoluta libertad de elección de los me-

V. Scialoja: *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma, 1885; Fadda: *Teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1909; Segre: *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il Diritto romano e il nuovo Diritto germanico*, en *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1900; Scialoja (Antonio), en *Studi di Diritto privato*, Roma, 1906, pág. 3; Isay: *Die Willenserklärungen*, en *Thatbestände des Rechtsgeschäfts*, 1899; Margike: *Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte*, 1901; *Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, 1907; Ennecerus: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburgo, 1889; Kinkel: *Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund*.

(267) *Bibliografía*: Vivante: *Trattato*, IV, § 116, págs. 66 y siguientes; Navarrini: *Trattato*, vol. II, págs. 197 y siguientes; Rocco, en *Riv. di Dir. comm.*, 1903, II, 19; Coppa-Zuccari: en *Foro it.*, 1900, I, 11, 29; acerca de la forma de los negocios jurídicos en general, Windscheid: *Pandette*, I, § 72; Casimo: *Saggio sulla forma degli atti giuridici in materia civile e commerciale*, en *Arch. giur.*, 1896, 423; Ferrarini: *La forma degli atti giuridici*, Módena, 1898; Loewe: *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 1899; Völderndorff: *Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechte*, 1857; Frei: *Zur Lehre von der Form der Rechtsgeschäfte*, 1906; Franz: *Die Formbedürftigen Rechtsgeschäfte des Reichsprivatrechts*, Leipzig, 1907.

dios para manifestar esa voluntad, a cuya gradual conquista de libertad de formas han cooperado válidamente el progreso de la cultura, la multiplicación de las relaciones económicas, la seguridad del cumplimiento del derecho derivada de la consolidación de la autoridad pública y de la justicia estatal. Y en materia civil hay un principio general de derecho que reconoce que la voluntad puede declararse en cualquier forma; esto no impide que, cuando exista un texto legal terminante que imponga en un caso particular una cierta forma, se dé el negocio formal; casos que son relativamente numerosos en el Derecho civil, pero siempre excepcionales, y, por tanto, de interpretación estricta.

En materia mercantil, ese principio de libertad de forma rige igualmente y con un gran fundamento económico, y, por tanto, de aplicación jurídica más amplia; porque, para las relaciones mercantiles, la sencillez de formas es exigida, por un lado, con motivo de la rapidez en que se desenvuelven y cruzan las relaciones económicas, y lo facilita, además, el grado superior de cultura, la costumbre de puntualidad y confianza recíprocas, difundidas ampliamente en el mundo comercial, que constituyen una verdadera necesidad para que viva y se desenvuelva el comercio; de suerte, que en nuestro derecho son limitadísimas las excepciones al dicho principio de libertad de la forma.

De igual suerte que en el Derecho civil, en el mercantil son dos las formas exigidas comúnmente: el *documento privado* y el *instrumento público*, en que la declaración de voluntad se recoge y consigna por escrito por un funcionario público; hay una formalidad especial que en materia mercantil tiene un gran campo de aplicación, y es el timbre que hay que adherir al documento en que esté redactada la escritura.

Hay en Derecho mercantil, como en Derecho civil, dos clases de negocios formales según la naturaleza de las consecuencias jurídicas que la ley une a la inobservancia de la forma. En primer lugar, ocurre algunas veces que la ley ordena una determinada forma bajo *pena de nulidad*; es decir, que declara ineficaz jurídicamente la voluntad expresada en forma distinta; otras veces, no declara ella totalmente ineficaz dicha declaración, pero asigna a ésta, cuando no se expresa en la forma prescrita, menor eficacia jurídica que a la manifestada en forma legal; la inobservancia en ambos casos repercute en la eficacia jurídica del negocio y causa la ineficacia total del primero y la parcial del segundo.

73. Seis son tan sólo los negocios jurídicos formales mercantiles, y de éstos únicamente dos lo son absolutamente formales, o sean:

1.º *Compra y venta de bienes inmuebles*; el último apartado del artículo 44 del Código de comercio invoca expresamente el cumplimiento en materia mercantil de las formalidades requeridas por el artículo 1.314 del Código civil, o sea, la escritura pública, bajo pena de nulidad.

2.º *Contratos de ajuste de la tripulación*, que es el contrato de arrendamiento de obra de la marinería de un buque, el cual, bajo pena de nulidad, según el artículo 522, debe constar por escrito y celebrarse ante la autoridad local de Marina, o del cónsul en país extranjero; de modo que, no sólo exige que se consigne por escrito, sino que ha de constar precisamente en un documento público; la causa de esta exigencia legal se halla, por un lado, en el deseo de protección a la gente de mar, y, por otro, en la necesidad de documentar de un modo indudable un negocio jurídico a que van unidas importantes consecuencias, tanto de derecho público como por los deberes especiales de disciplina que se exigen a la tripulación de la nave.

Son *relativamente formales*, o sea, ineficaces en parte, sólo cuando carezcan de la forma exigida, los negocios siguientes:

1.º *Letra de cambio* (artículos 251 y 254 del Código de comercio), que debe extenderse en papel timbrado, y, además, contener ciertos datos, señalados por la ley; formalismo rigurosísimo, porque, no sólo se exige la escritura, sino además, y *a priori*, el contenido de lo que ha de escribirse; la inobservancia de estas formas no se sanciona con la ineficacia total del negocio, sino con su ineficacia como tal letra de cambio, o sea, como negocio productor de efectos especiales jurídicos inherentes a la letra; mas, de todas suertes, surte los propios efectos de todo negocio jurídico.

2.º *Contrato de préstamo a la gruesa o riesgo marítimo*; que consiste en un mutuo con interés de índole especial, en que al mutuante se le reembolsa con el producto de las cosas que a este fin se designan (el buque, el flete o la carga, o parte del buque, del flete o de la carga), a condición de que buque y carga lleguen sin novedad a puerto; según el artículo 590, debe consignarse por escrito, porque, de no hacerlo, el negocio se resuelve en un mutuo común y sólo produce los intereses legales.

3.º *Los contratos de venta a plazos en la Bolsa*, en que los contratantes especulan con las diferencias entre la cotización que en el día tienen los títulos y la que puedan obtener transcurrido un cierto plazo: según las leyes de 14 de junio de 1874 y 13 de septiembre de 1876, se deben consignar por escrito en hojas timbradas que se venden en las dependencias de Hacienda, porque de otra suerte, y a semejanza de

los contratos corrientes de juego y apuestas, no dan al acreedor derecho para acudir a los Tribunales, es decir, que sólo engendran una simple excepción y no una acción. El régimen a que han sometido estos contratos las leyes posteriores de 20 de marzo de 1913, número 272, sobre el régimen de Bolsa, y la ley fiscal sobre estos contratos, aprobada por Real decreto de 30 de diciembre de 1923, número 3.278, es distinto; la falta de forma prescrita no anula ahora el contrato ni le priva completamente de todos sus efectos jurídicos; la limitación es solamente temporal; no pueden ejercitarse las acciones en juicio hasta que no se haya satisfecho el impuesto y la multa (arts. 51 de la primera ley citada y 13 de la segunda); pero, una vez probado el pago, queda expedita la vía judicial (268).

4.º *Actos constitutivos de sociedades mercantiles*.—Tanto las sociedades colectivas como las comanditarias simples mercantiles necesitan constituirse por escrito, y la escritura debe contener ciertos datos señalados por la ley, y además entregar un extracto de ella en la Secretaría del Tribunal a cuya jurisdicción pertenezca el domicilio social, para transcribirlo y fijarlo en los lugares que indica el artículo 90 (artículos 87, 88, 90 del Cód. de com.). La constitución de las sociedades en comandita y anónimas debe constar en escritura pública ante notario, y contener especiales datos, y librar copia literal de ella a la Secretaría del Tribunal, para que, una vez autorizada por éste, y mediante providencia, se transcriba y fije en la forma indicada en el artículo 90 (artículos 87, 89 y 91 del Cód. de com.); la falta de estas formalidades no motiva la nulidad total del acto constitutivo, aunque aminora su eficacia, porque la sociedad colectiva o en comandita simple, constituida irregularmente, puede ser disuelta a petición de un socio, y los suscriptores de acciones en la comandita de esta clase, y anónimas, quedan desligados de las obligaciones contraídas, a más de que hay opiniones autorizadas que afirman que la falta de cumplimiento de las formalidades impide que la sociedad adquiera personalidad jurídica.

74. Además de estos negocios indiscutiblemente formales, hay otros en que ofrece duda este carácter.

En un primer grupo de ellos están cuantos, según el Código de comercio, deben consignarse por escrito, pero a cuya afirmación no agrega sanción alguna específica para el caso de incumplimiento

(268) Consúltense Ap. Génova, 7 julio 1916 (*Foro Ital.*, 1916, 1.391); Ap. Milán, 6 marzo 1923 (*Mon. trib.*, 1923, 627). Consúltense también Cass. Florencia, 13 enero 1923 (*Dir. comm.*, 1923, 180).

de tal formalidad, y ese grupo es numerosísimo. En ese caso está el contrato de seguros (art. 420 del Cód. de com.), el de prenda (451 de ídem), el de construcción de buques (481 de ídem), el de hipoteca sobre el buque (485 de ídem), el de flete (547 de ídem); de modo que puede haber duda acerca de los efectos de la inobservancia de un precepto legislativo que exige la escritura; y en estos casos, ¿habrá que estimarla como un elemento esencial del contrato, y, a falta de él, será total o parcialmente ineficaz? La duda la resuelve el art. 53, que textualmente dice que, cuando el Código de comercio requiera la prueba por escrito, no es admisible la de testigos sino en los casos en que permita el Código civil, y eso significa que la falta de escritura produce simplemente la consecuencia de limitar los medios de prueba, y no la de excluir la de testigos; ya veremos a continuación cómo la ley mercantil (art. 44) deroga las disposiciones restrictivas del Cód. del Cód. civ. y autoriza al juez, en materia comercial, para admitir la prueba testimonial en todos los casos. Ahora bien: este precepto general del Código de comercio sufre una limitación en los casos en que la ley mercantil prescribe la escritura sin agregar sanción específica alguna; la sanción general, por consiguiente, de la inobservancia de esas normas es volver a las disposiciones restrictivas del Código civil, sea, a la exclusión de la prueba de testigos.

Evidentemente, semejante sanción no convierte estos negocios en formales; pero la exclusión de la prueba de testigos influye en la validez y no en la eficacia del negocio; será más difícil ésta, pero siempre posible, empleando aquellos otros medios admitidos en nuestra legislación, salvo los testigos, para convencer al juez de la existencia de un hecho jurídicamente conocido, como son la confesión, el interrogatorio, el juramento (no las simples presunciones o indicios que están excluidos siempre que se rechaza la prueba de testigos, art. 1.354 del Código civil).

75. Más complicada es la cuestión en otro grupo de casos, o sea en todos aquellos actos que, a tenor del 1.314 del Código civil, han de consignarse por escrito, bajo pena de nulidad; actos que en materia civil tienen indudable carácter formal, y son:

1.º Los contratos de transmisión de bienes inmuebles o de bienes muebles y derechos susceptibles de hipoteca, salvo las disposiciones relativas a la deuda pública;

2.º Los contratos en que se constituyan o modifiquen servidumbres prediales, o derechos de uso o de habitación, o transmitan el ejercicio del derecho de usufructo;

3.º La renuncia a los derechos enumerados en los dos epígrafes anteriores;

4.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por más de nueve años;

5.º Los contratos de sociedad cuyo objeto sea el disfrute de bienes inmuebles, cuando la duración de ellas sea indeterminada o exceda de nueve años;

6.º Los actos constitutivos de renta, tanto perpetua como vitalicia;

7.º Las transacciones;

8.º Los demás actos especialmente señalados por la ley.

De todas estas clases de actos, el Código de comercio sólo tiene en cuenta una: la de compra y venta de bienes inmuebles, respecto a los cuales, y según el último apartado del art. 44 del Código de comercio, «trige lo dispuesto en el 1.314 del Código civil»; de suerte, que la compra y venta de bienes inmuebles son, indudablemente, negocios formales en materia mercantil también, y en tal concepto los hemos estudiado en otro lugar.

Pero ¿qué diremos de los demás actos que enumera el citado 1.314 a quienes no alude el Código de comercio? ¿Habrá que reputarlos formales también en materia mercantil, y aplicarles en este campo igualmente el tan repetido art. 1.314 del Cód. civ.? Se discute, pero, a nuestro juicio, la solución más correcta es negativa; no olvidemos que este último artículo citado no es aplicable en materia mercantil sino cuando la ley comercial lo invoque expresamente, y sólo lo hace respecto a la compra y venta de inmuebles.

Esta nuestra opinión encuentra un sencillo, pero importante apoyo en lo que sigue. Hay un principio general, que alienta en todo el sistema legal, de que las declaraciones de voluntad privadas se pueden producir en cualquier forma: este principio sancionador de la libertad de formas no consta expresamente en ningún artículo de la ley, pero induce del sistema entero y de la historia del derecho positivo vigente; y no cabe duda de que, para oponerse a él, es preciso una disposición especial que exija determinada forma en un negocio jurídico, o sea que hayamos de considerarlo formal. Si existe en materia civil el principio de libertad de formas, con mayor razón debe imperar en materia comercial; una de las características de este derecho es su antiformalismo; por tanto, la repetida libertad de formas debe tenerse como principio de Derecho mercantil, y ante él es muy significativo el silencio del Código de comercio, que no es una laguna que haya que llenarse con el Código civil, sino una disposición implícita que envuelve la exclusión de toda formalidad.

Al hablar de la interpretación (§ 12) hemos visto que no son lagunas los silencios todos del Derecho mercantil, sino que hay que distinguir entre silencio y silencio, y reconocer sólo la existencia de aquellas que puedan motivar la aplicación del Derecho civil a los solos casos en que la interpretación analógica y la busca de principios generales subsiguiente no permitan aclarar la norma o un principio de Derecho mercantil sancionado implícitamente; por lo tanto, en nuestro caso, el silencio de la ley mercantil no es una laguna que haya de salvarse merced al Derecho civil, sino simplemente una remisión tácita indudable al principio general de la libertad de forma. Acudir al artículo 1.314 del Código civil está fuera de lugar, porque, en todos los casos en que el Código de comercio no disponga otra cosa, debe imperar el principio general de libertad de formas; esto aparte de que es muy significativo el que el Código de comercio haya acudido al tan repetido artículo para citar uno solo de los actos formales que enumera, o sea, la compra venta de bienes inmuebles; si, por tanto, el Derecho mercantil invoca el Derecho civil, pero limitada-mente, esa limitada invocación ha tenido que ser consciente y no puede verse en ello una laguna, o sea, un olvido; opinión que sólo unos pocos impugnan, y con razones muy endeblés (269).

Se dice, primeramente, que el Código de comercio sólo atiende a la compra y venta de bienes inmuebles, y calla por completo respecto a los demás contratos que enumera el artículo 1.314 del Código civil; ahora bien: en virtud del artículo 1.º del Código de comercio, ante el silencio de la ley mercantil, y en el caso especial del artículo citado, se aplica el Derecho civil. Pero ya hemos visto lo falaz de estas razones, de que todo silencio de la ley mercantil debe ser considerado como laguna que habrá de llenar el Derecho civil, porque de esta suerte queda completamente excluida del ámbito de nuestro Derecho la interpretación analógica y la investigación de los principios generales, quedando reducida la interpretación a una mezquina y pedestre exégesis; hemos refutado ya esta doctrina, de la que se hace una aplicación infeliz a la materia, porque, en primer lugar, no es verdad que no puedan existir normas jurídicas mercantiles por encima de disposiciones expresas, sino todo lo contrario, puesto que en ésta, como en todas las demás ramas del Derecho, cabe interpretarlas con auxilio de todos los elementos de la interpretación literal, lógica y

(269) Manara: *Atti di commercio*, Turín, 1887, págs. 211 y siguientes; Giorgi: *Obbligazioni* (7.ª ed.), III, números 244 y 245, pág. 221; Parodi: en *Giur. Ital.*, 1903, I, 1, 405.

analítica, y únicamente cuando ya los hayamos agotado inútilmente es cuando podemos declarar la existencia de una verdadera laguna y recurrir al Derecho civil (270).

Después se dice que el silencio del artículo 44 sobre la forma de los negocios mercantiles carece de significación, porque este artículo contiene disposiciones relativas a la prueba en materia comercial, y únicamente en el último apartado, por evidente error de método, varía de asunto y se ocupa de la forma; pero se añade que para la separación existente entre las instituciones de la forma y de la prueba, el principio de libertad de ésta, sancionado por el artículo 44, no implica realmente el principio de libertad de formas. A esto contestaremos que la inaplicabilidad del artículo 1.314 en materia comercial se desprende, no de que el artículo 44 sancione la libertad de prueba, sino precisamente del silencio de la ley mercantil respecto a la forma de los actos de que se ocupa el dicho 1.314; silencio que ya de por sí, e independientemente de lo que la ley dispone acerca de la prueba, significa el reconocimiento de la libertad de esas formas. Por lo demás, no cabe duda de que el principio de libertad de prueba, reconocido expresamente en el artículo 44, nos proporciona una nueva razón en favor de nuestra tesis; porque, si la ley declara que en materia mercantil es libre la prueba, supone, evidentemente, que también es libre la forma, porque la observancia de esta última se refiere a la validez jurídica del negocio, y no puede probarse sino lo que existe jurídicamente; de suerte que es inexacto el principio de separación entre la forma y la prueba, tal como lo exponen nuestros impugnadores. Forma y prueba son dos instituciones distintas, aun cuando la forma sea un requisito para la validez y eficacia jurídicas del negocio, y que la prueba tienda a la probanza ante el juez de un negocio jurídico existente y válido; pero diferenciación no es separación, sino, al contrario, forma y prueba tienen puntos de contacto y se influyen recíprocamente. En primer lugar, en los negocios formales realiza una doble función la forma: sirve para la constitución del Derecho y para probarlo, y así, en aquellos negocios en que se exige que consten por escrito, exhibiendo el documento en que consta celebrado el negocio, no sólo se prueba con ello la observancia de la forma necesaria para que exista, sino también se suministra la prueba de éste; en segundo término, como lo que en manera alguna puede probarse tampoco puede prácticamente tener eficacia jurídica, es evidente que, si se reconocen sólo ciertos medios probatorios determinados y se excluyen otros, al

(270) Véase más atrás, § 12.