

LIBRO PRIMERO

El derecho mercantil en su esfera de acción

CAPITULO PRIMERO

La materia y las leyes mercantiles

§ 5.—LA MATERIA COMERCIAL

Sumario.—1. La materia comercial.—2. Orden de las fuentes.—3. Cuáles son las leyes comerciales.—4. Relaciones entre el Código de comercio y el civil.—5. Las leyes mercantiles no son leyes de excepción y no se interpretan restrictivamente.—Estas tienen en general carácter *supletorio*.

1. La «materia comercial» comprende las personas y los negocios que hacen pasar las mercancías de quien las produce a quien las consume, y que provocan con ello una subida del precio (1). Dichas personas tienen el nombre jurídico de comercian-

(1) De los trabajos preparatorios resulta este amplio significado de la frase «materia de comercio»: véase Acta XXVII, núm. 115. La Comisión preliminar presentó este artículo: «Los negocios comerciales están regidos por las leyes y los usos particulares del comercio y por el Código civil». El Presidente ALLIANELLI lo justifica así: «Se ha considerado que no basta hablar de contratos que no son las únicas fuentes de las obligaciones comerciales, y por esto se ha creído que debía de sustituirse la palabra «negocio» que, igual al *negotium* latino, tiene un significado muy vasto, y en consecuencia el nuevo artículo debería colocarse al principio del Código». Empero la expresión «negocios comerciales» da lugar a la siguiente observación de MANGINI (núm. 116): «Como las leyes comerciales se refieren no sólo a las relaciones de derecho que derivan de las contrataciones comerciales, sino además a las personas de los comerciantes bajo el punto de vista de su capacidad jurídica y de las consecuencias de las obligaciones comerciales, se manifiesta el deseo de una fórmula más comprensiva que excluya toda duda posible». A esa consideración (continúa el Acta) se asocia CARNAZZA, quien recuerda que el art. 1 de la parte 5.^a del Código del antiguo Reino de las Dos Sicilias (*leyes de excepción*) expresamente declaraba que «la ley de comercio se refiere o a las personas de los comerciantes o a los actos de comercio ejecutados por cualquier indi-

tes, y los negocios el nombre jurídico de actos de comercio. Al lado de aquellas y de estos, otras personas auxiliares y otros actos accesorios cooperan a la función intermediaria, y siguiendo la regla que extiende a lo accesorio la naturaleza de lo principal, también estos últimos actos y personas auxiliares forman parte de la «materia comercial». Son personas auxiliares del comerciante los gerentes, los administradores de Sociedades, los síndicos de las quiebras; son actos accesorios, los negocios del mandato, de depósito o de garantía, como la prenda, la hipoteca, la fianza, que concurren para verificar o garantizar una operación mercantil.

El Código no ha determinado completamente cuáles son los actos, las personas y las cosas que forman la materia de comercio, pero trata de ello en varios lugares, a medida que va dictando la disciplina. Habla especialmente en los artículos 3 y 4, para determinar los negocios de comercio; en los artículos 8 y 76 para especificar quiénes son comerciantes. No obstante, amplía después el significado a otros casos, por ejemplo, al mandato (art. 349), a la prenda (art. 454). Otras leyes especiales venidas después del Código, ampliaron la serie de los actos de comercio; así la ley de 20 de Marzo de 1913 incluye entre los actos objetivos de comercio todas las operaciones a plazo referentes a los títulos de crédito (art. 47); la ley de 15 de Julio de 1888 sobre las Cajas de Ahorro aplicada también a los Montes de Piedad (ley de 4 de Marzo de 1898, art. 1.º), declara que todas sus operaciones activas

vienen aun no comerciantes. Debiendo la disposición del art. 89 estar colocada frente al Código entero y no ya en el solo título relativo a los contratos comerciales, parece oportuno que se diga que la regla allí señalada debe ser aplicada tanto a los *negocios* comerciales, como a las personas de los comerciantes. A consecuencia de las observaciones del Presidente (ALIANELLI), según las que tampoco la expresión que ha sido propuesta consigue el propósito a que tiende, porque el Código de comercio regula también las relaciones jurídicas de los que no son comerciantes que ejecuten actos de comercio, y por el contrario, olvida los negocios puramente civiles de aquellos que por profesión habitual ejercen el comercio, la Comisión acepta la propuesta de MANCINI, quien desea que a las palabras *negocios de comercio*, sustituya una fórmula más general que aluda sin distinción a la *materia comercial*; y rechaza la propuesta de CARNAZZA-PUGLISI en el sentido de que la ley se limite a hablar de comerciantes y de negocios comerciales».

BOLAFFIO define la materia de comercio (núm. 3): «las relaciones que derivan de actos que la ley considera comerciales». Esta definición resulta incompleta debido a un esfuerzo de concisión, pues deja a un lado las *personas y las cosas* que constituyen materia de comercio independientemente de los actos a que dan origen (véase nota 4).

MAGRI, *Le materie commerciali nella legislazioni Ital.*, Bologna, 1910, pág. 7, en una indagación rica en sutiles observaciones críticas considera imposible una definición perfecta de la materia comercial, porque ésta carece de homogeneidad en sus elementos.

están reguladas por el Código de comercio (art. 22). Consiguientemente se puede afirmar que los confines de la materia comercial tienden a una continua extensión, sea porque la serie de actos de comercio es demostrativa o sea porque ésta se va ampliando a medida que se publican nuevas leyes especiales.

2. El sistema de las leyes aplicables a la materia comercial está constituido por la combinación de las leyes mercantiles, los usos de comercio y el Derecho civil. La primera fuente a que se debe recurrir para regula dicha materia son las leyes mercantiles; a falta de ellas se recurre a los usos; y faltando también estos se aplica el Derecho civil. Sin embargo, el legislador ha modificado en algunos casos este orden, unas veces anteponiendo la regla consuetudinaria a la del Código de comercio, otras dando la primacía sobre ambas a la del Código civil. Pero si el propio legislador no ha modificado expresamente la jerarquía establecida en el art. 1.º ésta vale como una regla absoluta para el intérprete de la ley (1).

3. Las leyes mercantiles, exceptuado el nombre de *Código de comercio*, no son designadas, por el legislador con un calificativo o una contraseña que determine su naturaleza y su función comercial, sino que derivan su carácter mercantil de la materia que encierran, de su contenido. Para decidir si una ley o una disposición de ley particular es mercantil se precisa una indagación preliminar, es decir, examinar si sirve para regir una relación perteneciente a la materia comercial; y en esta indagación se deberá considerar principalmente el Código de comercio, que determina cuáles son los actos y las personas que tienen carácter mercantil (2). Por tanto este Código da la clave para saber qué

(1) Art. 1, Código de comercio. El Código ha derogado expresamente este orden poniendo en primera línea los usos en los artículos 30, 36, 69, 336, 337 y 387 y colocando en primer lugar el Código de comercio con los artículos 53, 58, 67, 70, 107, 365, 773, 916. Esta graduación de las fuentes vale como una regla positiva para el intérprete, no como un consejo o una recomendación. Por lo tanto, no debe seguirse la opinión de FRANCHI, pág. 25: «que no existe un criterio positivo para la graduación de las fuentes, y que todo está confiado a la prudencia del intérprete».

(2) La definición de la «materia comercial» tuvo en el pasado una importancia principalmente procesal, para determinar la jurisdicción de los Jueces comerciales; ahora interesa sólo para determinar si la controversia debe resolverse con las leyes comerciales (Código de comercio, arts. 1, 47, 48, 479, 917; Código de comercio, art. 1.232, 1.831; Código de procedimiento civil, art. 91, 485, número 1. Véase las tentativas hechas para alcanzar un concepto más preciso, de la materia comercial por BOLAFFIO (*Commento*, edic. 2.ª, núm. 3 y sig.). Su definición (véase la nota precedente) es demasiado limitada, porque la materia comercial no

disposiciones contenidas en otras leyes son de índole comercial.

Muchas leyes mercantiles de Derecho privado se encuentran esparcidas en otras leyes, sobre todo en el Código civil, y precisamente porque son leyes mercantiles prevalecen sobre los usos.

a) Son normas de Derecho mercantil aquellas que de un modo expreso se refieren a los comerciantes y a los negocios de comercio (1).

b) Aquellas en que el Código civil habla de *mercancías* (por ejemplo, artículos 1.450 y 1.451) porque las cosas toman el nombre de mercancía cuando son objeto de la actividad comercial (2).

c) Aquellas normas del Código civil que están expresamente derogadas en lo que respecta a alguna de sus disposiciones parciales, pues el presupuesto de la derogación parcial es la eficacia de la regla en la parte no derogada. Así, las reglas del Código civil sobre la condición resolutive son reglas de Derecho mercantil, porque están derogadas parcialmente, ya que sólo se le suprime al Juez la facultad de conceder una dilación al que no cumple (art. 42).

4. Con una exageración que subvierte todo el sistema de nuestro Derecho privado, deteniendo la función reguladora del uso, se ha querido considerar como leyes mercantiles todas aquellas disposiciones que aparecen en el Código civil para regular las obligaciones (del art. 1.097 al 1.337). El art. 1.113 del Código civil no da un solo punto de apoyo a esta doctrina, porque al decir que las reglas propias de las contrataciones comerciales están establecidas por el Código de comercio, puede comprender tanto las generales como las especiales. Pero, sea cual fuere el valor de esta manera de argumentar, lo indudable es que aunque dicho ar-

comprende sólo las relaciones jurídicas, sino también las personas (art. 8) y su capacidad (art. 9-20) y las cosas (art. 3, núms. 1, 4, 14, 15). Más exactamente, según el texto: FRANCHI, *Comm.*, núms. 1-5; GOLDSCHMIDT II, § 43 y *System des Handelsrechts*, edic. 3.ª, § 18; BEHREND, § 15; ENDEMANN'S *Hand.* I, § 18, págs. 93; VON HAHN, *Comm.*, art. 1, § 1.º.

(1) Código civil, arts. 284, 1.231, 1.232, 1.325, 1.328, 1.329, 1.341, 1.513, 1.327-46, 1.726, 1.831, 1.890, 1.956, 1.958, 2.139; Código procedimiento civil, arts. 91, 485, núm. 1; Código mar. merc., arts. 32, 33, 56, 73, 75, etc.

(2) Véase las razones aducidas en defensa de esta opinión en la doctrina de las mercancías, vol. III, 4.ª ed., núm. 897; Tribunal Roma, 31 de Diciembre de 1907; *Palacio de Justicia*, 1908, 44; Casación Roma, 14 de Noviembre de 1893; *Monitore*, 1894, 526; Contr. Casación Florencia, 23 de Diciembre, de 1901; *Temi veneta*, 1902, 61; BOLAFFIO, *all. A SCIALOJA. Le fonti e l'interpretazione del diritto commerciale*, Perugia, 1907, núm. 7.

título del Código civil debiese interpretarse en el sentido que combatimos, fué derogado por la ley especial y posterior, o sea el artículo 1 del Código de comercio, el cual dió a los usos una fuerza superior a la del Código civil, condenando a éste a ceder a aquellos el puesto en toda la materia de comercio, tanto en las disposiciones generales como en las especiales. Si las reglas establecidas en el título IV constituyesen reglas específicas de Derecho mercantil, habría que creer que el legislador mercantil se ha olvidado de esta disposición fundamental, cuando es lo cierto que en algunos casos particulares llama expresamente la atención sobre las reglas generales contenidas en el mencionado título IV (1).

5. Las leyes mercantiles, a menos que no tengan un específico carácter excepcional, (art. 4, disp. prelim.) son capaces de extensión analógica; por consiguiente, antes de recurrir a la fuente subsidiaria de los usos y del Derecho civil se deberá agotar la fuente primordial del Código de comercio (2). Si el art. 1 del Código de comercio dijese «a falta de una norma expresa se aplica la fuente subsidiaria», esta última, sin disputa, debería colmar la laguna del Código. Pero el Código dice únicamente que a falta de leyes mercantiles y de usos se aplica el Derecho civil, y las leyes, según el art. 3 de la disp. prelim. se refieren, no sólo a los casos que caen concretamente dentro de los términos legislativos, sino también a los que entran en estos por razón de analogía. Si la aplicación análoga no fuese empleada antes de recurrir a la fuente subsidiaria, se daría preferencia a los usos y al Código civil (a este último generalmente) en contra de la disposición analógica del Código de comercio, alejando la materia comercial de su disciplina legislativa más congruente y específica tal cual le es dada por este último Código. Al no poderse llevar a cabo la

(1) Así hizo el Código de comercio en los arts. 44, 67, 708, etc. ¿Qué razón habría tenido el legislador para llevar algunas normas del Código civil, si según el art. 1.103 de este Código las reglas generales del título IV fueron ya consideradas todas como leyes mercantiles? Conforme con el texto, FRANCHI, *Com.*, núms. 5, 16; A SCIALOJA, núm. 8. Sostienen la doctrina combatida en el texto: BOLAFFIO, *Com.* I, 2.^a edic., núm. 7, págs. 27, 32; VIGNI, *Tem. veneta*, 1898, 329; SRAFFA, *Jurisprudenza Ital.*, 1898; parte IV, pág. 360; Ap. Florencia, 3 de Enero de 1914; *Foro*, 178.

(2) Contrario al texto, A. SCIALOJA, *Le fonti*, núms. 44, 46. Aunque la opinión contraria al texto haya prevalecido a menudo durante la Edad Media, hoy se admite generalmente que debe recurrirse a la interpretación por analogía antes de recurrir a la fuente subsidiaria; véase SAVIGNY, *Tratado de Derecho romano*, 530; WINDSCHEID, §. 22, al final; GOLDSCHMIDT, §. 34, 37; PACIFICI-MAZZONI, *Instit.*, tít. 1, sección 1, núm. 3; BOLAFFIO, núm. 8; ROCCO en los *Riv. dir. com.*, 1903, 11; pág. 20, y en los *Studi per le onoranze*, a V. SCIALOJA, pág. 536.

aplicación analógica del Código de comercio y de los usos antes de aplicar el Código civil, faltaría una norma de ley que permitiere la vuelta a aquel Código y por tanto, donde estuviesen agotadas las disposiciones expresas del Código de comercio y de los usos, se iría a parar definitivamente al Derecho civil (*a falta se aplica el Derecho civil*), el cual tendría una interpretación analógica con exclusión del Código de comercio que es, sin embargo, la fuente principal en las controversias comerciales.

6. Las leyes mercantiles tienen en principio un carácter *supletorio*, no *imperativo*, es decir, valen solamente ante el silencio de los contratantes, quienes pueden derogarlas en sus convenios. Ciertamente, la existencia de grandes empresas, a menudo federadas entre sí, hace temer los abusos de la libertad contractual en daño de los consumidores y de los obreros obligados a soportar la ley impuesta por los contratantes; pero, esto no obstante, al indagar si la ley es de naturaleza supletoria o imperativa, el intérprete no debe olvidar que el legislador ha hablado hasta ahora con un espíritu de libertad contractual.

Falta por lo general un signo seguro para distinguir las leyes supletorias de las imperativas. La técnica del derecho no ha hecho progreso alguno sobre este problema en las leyes mercantiles: el problema se encuentra en el mismo punto en que se encuentra en el Derecho civil. Diremos aquí que, por regla general, deben considerarse como leyes imperativas aquellas concernientes a los derechos eventuales de terceros, por ejemplo, las que regulan la circulación de las mercancías y de los títulos de crédito, y el ordenamiento exterior de las Sociedades.

§ 6.—Los usos (I)

Sumarios.—7. Importancia de los usos.—8. Definición.—9. Requisitos de los usos: la práctica mercantil.—10. Valor del reconocimiento judicial del uso.—11. La conciencia de una

(1) *Bibliografía.*—VIVANTE en *Archivio giuridico*, vol. XXIX (1883), págs. 234-278 en *Monitore dei Tribunali*, 1889, 468; 1891, 537; en *Foro Italiano*, 1891, 530; CALAMANDREI, *Gli usi del commercio italiano*, Florencia, 1889; RIGOBON, *Saggio sugli usi mercantili della piazza di Bari, Trani*, 1900; *La Rivista di diritto comm.* que desde 1903 reproduce sistemáticamente todas las colecciones de los usos que han sido publicadas por nuestras Cámaras de comercio; Francia, Ley de 13 de Junio de 1866 sobre los usos comerciales y sus trabajos preparatorios; PABON, *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes de la place de Bordeaux et des places voisines*, París, 1888. Alemania, ESCARRA, *De la valeur de juridique*



regla obligatoria.—12. Varias especies de usos: *generales y escalas; generales y especiales*.—13. Misión del uso.—14. El uso no debe ser contrario a las leyes mercantiles.—15. Ni al orden público.—16. Reglas de interpretación.—17. Prueba del uso.—18. *Los usos interpretativos*.—19. Su disciplina jurídica es esencialmente la de los usos legislativos.

7. El Código de comercio no ha recogido en sus artículos todo el derecho vigente. Algunos institutos quedaron entregados a su propia vida libre y espontánea, bien porque no se hubiese delineado todavía claramente su perfil jurídico, bien porque en la múltiple variedad que ofrecían no se pudiese apreciar su aspecto uniforme. Otras veces la ley se ha limitado a fijar las líneas principales de un instituto, dejando a los usos el cuidado de regular más detalladamente los efectos que de aquél se derivan. Los usos tienden principalmente a suplir estas lagunas inevitables de la ley y su dominio se va naturalmente extendiendo a medida que el Código va quedando incompleto, inmovilizado en medio de la continua evolución de los hechos económicos.

En las relaciones contractuales, que son el mayor número, los usos comienzan a afirmarse en los contratos con cláusulas, expresas al principio, después sobreentendidas; emigran de una plaza a otra, de un ramo del comercio a otro; y cuando después, reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, han conquistado un carácter general, son a menudo acogidos en las leyes. Así el mayor número de reglas de índole supletoria consagradas por el Código es de origen consuetudinario.

8. Los usos mercantiles son *normas de derecho constituidas mediante la observancia uniforme y constante de los comerciantes*: en esa observancia está la razón de su legitimidad. Cuando una regla de derecho se aplica en virtud de su necesidad, no se debe buscar en el uso la razón de la fuerza legislativa, sino en la naturaleza de las cosas, y debe aplicarse sin esperar otra prueba. Así la regla según la cual, en los contratos entre comerciantes, la cosa debe ser de cualidad mercantil, o aquella otra que otorga al comprador la propiedad de los recipientes (por ejemplo, de

de l'usage en droit commercial, en los *Anales*, 1910, 97; BRINCKMANN, *Das Gewohnheitsrecht in gemeinen Civilrecht und Civilprocess, und die Handelsnuancen*, 1847; NOBACK, *Die Handelsnuancen in Chemnitz*, 1857; LABAND, *Die Handelsnuancen in Zeitschrift*, XVII, pág. 466-511; HAGEN, *Die Nuance und Treue und Glauben im Verkehr*, 1894; BEHREND, § 18; COSACK, § 23; LEHMANN, *Lehrbuch*, § 9; LEHMANN y RING, *Comm.* sobre § 346 del nuevo Código de comercio alemán que limita la eficacia del uso a las solas relaciones de los comerciantes entre sí. Más completamente que todos: GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, II, § 35.



las botellas necesarias para la reventa), son reglas impuestas por la naturaleza de las cosas, que valen como Derecho positivo vigente desde el primer día en que son necesarias (*manifesta haud indigent probatione*) (núm. 25).

9. *Requisitos del uso.*—a). El uso debe ser observado de un modo uniforme por un cierto tiempo: una norma de derecho aplicada de modo diferente, o una sola vez, no adquiere fuerza obligatoria, porque no se apoya sobre aquel común consentimiento que es el fundamento jurídico del uso (1).

El Magistrado juzga en cada caso con plena soberanía si el ejercicio del uso ha sido suficiente para que pueda admitir su existencia (2). Las reglas de los glosadores y de los canonistas acerca del número de años necesarios a la creación de una costumbre válida, no son aplicables a la vida actual y especialmente al comercio, donde la intrincada actividad que el tráfico nos ofrece, en los mercados, en las Bolsas, en los puertos, madura y reforma prontamente los usos. Es cierto, sin embargo, que para formar un uso general entre dos plazas lejanas, se empleará una serie de años y de casos mayor que para formar un uso relativo a los negocios que se concluyen dentro de la misma plaza.

Uno o más casos contrarios no bastarán a excluir la existencia del uso si los actos uniformes forman la línea dominante (3). Un

(1) La escuela histórica alemana, excesivamente idealista, guiada por SAVIGNY, *Trattato di diritto romano*, lib. I, C. 2, § 7 y sigs. y por PUCHTA, *Instituc. Introd.*, vol. I, núm. XXII, seguida recientemente por STORBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, § 22, y entre nosotros por VANNI, *Della consuetudine*, página 16 y sigs. y según parece también por FRANCHI, *Comm.* pág. 12, considera la práctica como la simple manifestación de una máxima jurídica anterior que preexiste en el convencimiento del pueblo. Una corriente realista ha combatido esta teoría y ha hecho prevalecer el justo concepto en cuya virtud no debe considerarse la observancia del uso como una simple consecuencia del derecho preexistente, sino como un elemento efectivo e imprescindible para la formación del derecho consuetudinario, el cual no puede formarse sino por una serie de actos idénticos sucesivamente repetidos. Véase IHERING, *Geist des röm., Rechts*, vol. II, 540; UNGER, *System des oesterr. allgem. Privatrechts*, I § 2; WINDSCHEID, I, § 15, nota 2; GOLDSCHMIDT, § 35, nota 18; SERAFINI, *Istit. e storia del diritto rom.*, Introd. § 3; BIANCHI, *Diritto civile*, I, núm. 31.

(2) FORTI, *Istit. di dir. civ.*, Firenze, 1863, I, § 22; BIANCHI, *Dir. civ.*, I, número 31; AUBRY e RAU, *Introd.*, § 23; WINDSCHEID, S 16; GOLDSCHMIDT, § 35; *Acta com. minist.*, núms. 115, 117; *Relazione*, MANCINI, parte I, art. 1, pág. 24. Véase Cas. Torin, 23 de Agosto de 1876, *Monit.*, 1876, I, 124; Cas. Roma, 25 de Abril de 1878; *Foro Ital.*, 1878, I, 160; Cas. Nápoles, 20 de Febrero de 1877; *Legge*, 1877, I, 336; Cas. Florencia, 18 de Enero de 1915; *Foro ven.*, 1915, 257.

(3) Véase núm. 17, VI. Los escritores clásicos Italianos eran rigurosos en este punto: «El uso, estilo y hábito quedan siempre excluidos cuando de la práctica aparece un uso contrario, etiam de un uso y único actor, *Casaregis*, Disc. 173,

pacto expresado conforme al uso no excluye la existencia de éste, porque surgiendo el uso de cláusulas contractuales, estas pueden ser repetidas por inercia, como cláusulas de fórmula, sobrevividas a la necesidad de insertarlas. Un pacto expreso contrario al uso podría constituir una razón para creer que los contratantes tienen la convicción jurídica de que dicho uso existe; si sintieron la necesidad de derogarle, ello indica que le conocían. En esta materia de apreciación analítica el Juez es soberano (núm. 17, nota 38).

10. El reconocimiento judicial del uso sirve para facilitar la prueba en los juicios sucesivos. Pero estos no concurren nunca a formarle, porque el uso se desarrolla exclusivamente en la práctica de los comerciantes y debe estar ya maduro cuando el Magistrado le reconoce. La doctrina que no admitía la existencia de un uso que no hubiese sido reconocido en juicio se ha considerado como un absurdo. En efecto, aceptándola, haría falta negar la existencia de todos los usos que, siendo notorios y ciertos, no fueron jamás llevados ante los Tribunales. Es más, si la aceptásemos, tendríamos que renunciar en absoluto a hacer valer cualquier uso ante el Magistrado porque al encontrarse éste frente al caso de aplicar por primera vez un uso en juicio, no podría nunca producir en su propio favor un precedente reconocimiento judicial (1).

11. b) El uso debe ser observado como una regla de Derecho vigente y por tanto con la convicción de que no se le puede violar impunemente (*ex opinione juris atque necessitatis*) (2).

núm. 11; disc. 175, núm. 74; *Card de Luca, De jurisd.*, disc. 3, núms. 6-8; *MENOCCHIO, De jurisd.*, libro III, cap. 11, § *Requiritur quatio*. Pero sobre las huellas del derecho romano la doctrina moderna ha extendido el campo de la apreciación del Juez; *WINDSCHEID*, traduc. de *FADDA y BENSA*, I, pág. 16, nota 2: «el uso debe haber sido uniforme, o sea que los actos del uso no deben ser desvirtuados por actos de no uso, o por actos de uso contrario»; *GOLDSCHMIDT*, § 35, núms. 21 y 22; *RIVIERE, Repet. écrites*, pág. 11; *BANELETTI, Consuetudine, Riv. diritto pubblico*, 1913, I, pág. 148; Ap. Casale, 20 de Mayo de 1914; Cas. Florencia, 10 de Marzo de 1887; *Temi*, véase 158.

(1) Esta era la opinión sustentada en la glosa de muchos doctores, pero abandonada hoy en día; véase *FORTI, Istit. di dir. civ.*, § 20; Corte de Apelación Florencia, 3 de Enero de 1862; *Giurispr. italiana*, XIV, 2, 311; Casación Nápoles, 20 de Febrero de 1877; *Legge*, 1877, 336, a la que muchos repertorios atribuyen erróneamente la opinión combatida en el texto; Casación Florencia, 8 de Febrero de 1883; *Temi veneta*, 1883, 259.

(2) Corte de Apelación, 8 de Mayo de 1874, *Giurisprudenza torinese*, XI, 614; Casación Florencia, 18 de Abril de 1895; *Temi veneta*, 270; Corte de Apelación Bolonia, 7 de Junio de 1901; *Temi veneta*, 523; *FORTI, Istit.*, I, § 29; *BIANCHI, Diritto civile* I, núms. 27 y 31; *Actas de la Com. prelim.*, núm. 117; *PUCHTA, Instit.*, § 12; *MUEHLENBRUCH, Doctrina Pandect.*, § 38; *WINDSCHEID*, § 15; *GOLDSCHMIDT*, § 35. Las críticas de *SCIALOJA*, núm. 18, no encajan aquí porque en el

No quiero significar con esto que quien observa la costumbre deba tener el propósito y la voluntad de establecer un principio regulador de derechos y obligaciones (1). El hombre de negocios no se arroga esta función legislativa, sino que siente y debe sentir, cuando su conciencia jurídica es despertada por algún litigio, que él observa aquella costumbre porque está obligado a hacerlo, y que, en compensación, exige su observancia porque tiene derecho a exigirla.

Por eso, en sentido legal, no deben contarse entre las usos los actos de mera tolerancia, de liberalidad, de condescendencia, que no se cumplen con la intención de reconocer un derecho ajeno, como ocurre con todos los descuentos o rebajas, dilaciones, favores concedidos a la clientela (regalos de año nuevo, etc.), prórrogas otorgadas a quien realiza nuevas adquisiciones, premios exorbitantes concedidos a los guías de la plazas comerciales, informaciones comunicadas a los corresponsales propios, grandes muestras dadas a los mediadores, envíos de mercancías a la casa del comprador (2). Y tampoco los actos que son incompatibles con la convicción de hacer una cosa debida, como las ligerezas que se cometen para ganar tiempo, para ahorrarse gastos y molestias aun sabiéndolas imprudentes y peligrosas: tal es la prontitud en pagar a los empleados del acreedor sin asegurarse de que poseen el mandato de verificar el cobro (3). Del mismo modo, tampoco constituyen un uso válido los hábitos que, por repugnancia a las novedades o amor al tranquilo vivir, continúan después de haber cesado la razón o desaparecido la ley que les había impuesto; hábitos por lo general individuales y poco duraderos, como el de abonar emolumentos a los empleados envejecidos en el propio servicio (4). Estos usos, continuados por simples favores, dependen del beneplácito de quien les observa, el cual es árbitro absoluto para decidir si le tiene cuenta continuarlos, porque nadie puede hacer valer ningún derecho contra él.

texto se supone que los actos de mera tolerancia sean realizados con esta intención hasta el día en que se hacen valer en juicio.

(1) Véase FRANCHI, págs. 16-17; CHIRONI, *Istitut.* 1, págs. 11-12; FERRINI, *Enciclosed. giud.* palabra: *Consuetud.*, núm. 1.^o

(2) Corte de Apelación Turín, 10 de Febrero de 1868; *Giurisprud. torinese*, V, 237; Corte de Apelación Luca, 31 de Diciembre de 1885; *Giurisprud.*, 1886, II, 234. Véase los muchísimos ejemplos sacados de la jurisprudencia alemana en GOLDSTHIMDT, § 35.

(3) Casación Florencia, 4 de Marzo de 1880; *Temi veneta*, 1880, pág. 165; Corte de Apelación de Brescia, 3 de Abril de 1888; *Monitore*, 375. Si este uso fuera legítimo, se podría invocar como una derogación al Código civil (art. 1.241).

(4) Corte de Apelación Venecia, 13 de Febrero de 1877; *Temi veneta*, página 102; Apelación Venecia, 6 de Abril de 1915; *Foro*, V, 415.

12. *Distinciones.*—Los usos se distinguen, respecto de la amplitud del territorio donde ejercen su autoridad; en usos *generales* y *locales*. Los primeros rigen en todo el territorio del Reino, así como fuera de sus confines; es más, alcanzan fácilmente un carácter universal cuando la materia que regulan es uniforme en todas partes (1). Los usos locales tienen una esfera de acción más limitada, circunscribiéndose a una región, a una plaza, a una feria, a una bolsa, a una aduana.

Habida cuenta de la materia sobre la que los usos ejercen su autoridad, se distinguen en *generales* y *especiales*. Los primeros sirven para cualquier rama del comercio, los segundos varían según el género de comercio o la clase de los comerciantes; de donde resulta que hay, por ejemplo, usos de empresas teatrales, de vendedores ambulantes, de negociantes al por mayor o al detalle. Tenemos, pues, que un uso puede ser contemporáneamente general respecto al territorio y especial respecto a la materia, o al revés, general en cuanto a la materia y local o especial en cuanto al territorio (2).

13. *Misión del uso.*—Los usos sirven como fuente subsidiaria de las leyes mercantiles, no solo en lo concerniente a los actos de comercio, sino también respecto de las personas y las cosas; forman pues una fuente general del Derecho mercantil, mientras que en las relaciones civiles los usos sólo tienen valor cuando el Código les cita expresamente (art. 48, Disp. trans.). Suplen al

(1) Actas de la Comisión preliminar núm. 101. «Pueden existir usos generales comunes al comercio de una nación entera y hasta a la generalidad de las naciones comerciantes». He aquí algunos ejemplos de usos generales:

Toda mercadería vendida a peso se entiende vendida a peso neto, o sea deducida la tara del embalaje: ley francesa de 13 de Junio de 1866, art. 1, § 21; Consuetud. de Venecia, núm. 8.º (*Rivista di dir. Com.*, 1904, I, pág. 165, número 38); de Trieste, núm. 8.º; Código suizo, art. 262; alemán, § 380.

Por regla general, los envases y los recipientes no se deben restituir al vendedor, a fin de que puedan revenderse las mercaderías compradas sin retardo, como fueron recibidas: ley cit., art. 1, § 6; Constit. Venecia, núm. 22 (*Rivista di dir. comm.* I, c. núm. 49); de Trieste, núm. 23.

(2) Los Estatutos y los autores italianos usan indistintamente las palabras uso, usanza, costumbre, estilo, práctica de los mercaderes. Véase, por ejemplo, ANSALDO, disc. 14, núm. 26; STRACCHA, *Quo modo in causis merc.*, parte 1, números 36, 39, 42; CASAREGIS, Disc. 54, núm. 33; disc. 76, núm. 16; 119, núm. 19; disc. 142, núm. 40; 173, núm. 11, etc. FORTIS, *Istituz. di diritto civile*, I, § 29. Siguiendo esta tradición, el Código de 1865 adoptó la palabra Usos para sustraerlos a las reglas tradicionales del Derecho romano y canónico sobre la costumbre; y en el renovado Código se mantuvo esa palabra para comprender en ella todos los usos que son acogidos sin serias contradicciones en el ambiente mercantil del lugar donde deben ser aplicados. Véase Actas de la Comisión preliminar, números 99, 100, 115, y 117.



silencio de la ley y de los contratos y así, como no pueden derogar las leyes mercantiles, tampoco pueden derogar las normas contractuales; la voluntad de los contratantes pasa sobre el uso y excluye su eficacia (1).

Usos imperativos de orden público no existen. Toda norma necesaria al interés público toma su legitimidad de esa suprema exigencia, y no tiene necesidad de los requisitos del uso para imponerse a la observancia del Magistrado. Se violarían las normas legislativas que ponen en primera línea los imperativos del interés público (art. 12, Disp. prel.) subordinando su eficacia a la común y prolongada observación de los interesados (2). Los usos de que habla el art. 1.º del Código de comercio son usos de interés privado. Si fuesen de carácter público prevalecerían sobre dicho Código; pero la ley, al excluir de un modo absoluto esta preponderancia demuestra que no reconoce la existencia de dichos usos.

A veces los usos se presentan regulando por sí mismos, incluso un instituto jurídico entero no tomado todavía en consideración por el legislador (*consuetudo praelegem*); a veces se apoyan sobre las normas del Código completándolas al disciplinar en sus mínimos detalles las cuestiones del instituto ya codificado (*consuetudo secundum legem*); la distinción carece de importancia jurídica.

14. La fuerza legislativa de los usos está situada dentro de los siguientes límites:

a) *No pueden derogar las leyes mercantiles*, esto es, las leyes que regulan la materia comercial (véase § 5). Lo declara el art. 1.º que quita toda fuerza a los usos allí donde dispongan las leyes mercantiles. Si a cada plaza comercial le fuese lícito crearse usos propios derogando las leyes que regulan la materia comercial, se caería en la anarquía, y el comercio mismo, especialmente

(1) Véase por último, Casación Turín, 26 de Octubre de 1910; *Temi Sen.*, 1910, 610, 612; *Id.*, 30 de Diciembre de 1911; *Monit.*, 1912, 84; *Ap. Genova*, 28 de Junio, 1912; *Temi Gen.*, 1912, 500; *Id.*, 13 de Junio, 1912; *Id.*, 1912, 368.

(2) Véase BOLAFFIO, *Comm.*, página 53; SCIALOJA, núm. 21, nota 2; RENDITI, *Massimario*, pág. 88; GRAFFA, en la *Riv. dir. com.*, 1906, 11, 331. En contra: FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, pág. 65; Colegio de los *Probi-Viri*, Milán, 27 de Febrero de 1901; *Monitore*, 1901, 216; Mayo de 17 de 1902; *Monitore*, 1902, 714, quien consideró de orden público la obligación de la resolución previa, en caso de despido. En el mismo sentido la Corte de Apelación de Milán, 29 de Abril de 1905; *La Legge*, 1.392. Pero también en Francia para quitar eficacia al pacto que concede al patrono el derecho de un despido inmediato sin obligación de resarcimiento, se proveyó con la ley especial, 27 de Diciembre de 1890, la que modificó el art. 1.780 del Código civil.

el internacional al que tanto favorece la publicación de las leyes, quedaría abandonado a la más funesta incertidumbre: el beneficio de la codificación sería perdido en gran parte (1). El uso, por tanto, no podría hacer pagable un título a la orden al primero que le presente (2), dar validez a una pignoración cuando la cosa queda en poder del deudor (3), autorizar a un comerciante para girar una letra sobre un establecimiento de crédito en el que no dispone de suma alguna (4).

15. b) *No pueden derogar principios de carácter público*, sea que les origine una ley, sea que la conciencia general les considere necesarios para la convivencia social. Así, no es eficaz la costumbre contraria a las leyes reguladoras del estado y de la capacidad de las personas o de su prueba (5), a los que regulan la libertad (6); no es eficaz la costumbre que tienda a dejar impune la culpa o a proteger el fraude.

(1) La fuerza derogadora del uso que había sido reconocida por el Derecho romano y canónico, no parece conciliable con el mandato constitucional, que al dividir sistemáticamente los poderes del Estado, determinan las formas con las que se ejercita el poder legislativo. Véase a BIANCHI, *Dirt. civ.*, vol. I, núm. 29; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, I, §§ 3, 47, 60. Casación Florencia, 13 de Septiembre de 1880, *La Legge*, XX, I, 893; *Id.*, 31 de Marzo de 1879; *Tem. veneta*, 193; Art. 5, Dispos. Prelim.: «las leyes no son abrogadas sino por leyes posteriores»; Acta de la Comisión prel. al Código de comercio, núms. 99, 101; Memoria, MANCINI, parte I, art. 1, pág. 22. «Es conforme a la razón y a la mejor defensa de los intereses del comercio que allí donde el legislador comercial habló prescribiendo reglas especiales y ciertas, no pueden hallar lugar los usos consuetudinarios, siempre variables, que prevalecen en la práctica comercial».

(2) Código comercial, art. 287; Corte de Apelación Luca, 14 de Julio de 1887; *Foro*, 1.013. Véase mi *Póliza de Carga*, núm. 21; y este *Tratado*, 4.ª edic., col. 1.ª, número 989.

(3) Código de comercio, art. 456; Tribunal de Bérgamo, 4 de Abril de 1884; *Monit.*, 1884, 411.

(4) Código de comercio, art. 339; Casación de Roma, 27 de Abril de 1889; *Monitore*, 1.006.

(5) Casación Palermo, 5 de Septiembre de 1877; *Foro*, 1877, 1.133. En el caso en cuestión, invocando la costumbre, se quería demostrar la mayor edad de un titular de renta pública, por medio de un testimonio, mientras la ley exige que se produzca la partida de nacimiento. En otro caso, se quería probar la costumbre, en fuerza de la cual el agente de cambio podría cerciorarse de la identidad de los titulares de la renta de la Deuda pública, mediante el testimonio de una sola persona en lugar de dos, como exige la ley de la Deuda pública: Corte de Apelación de Bolonia, 3 de Abril de 1888; *Monitore*, 375. Ambas demandas fueron rechazadas, y así debía de ser.

(6) Casación Nápoles, 13 de Marzo de 1889; *Monitore*, 334; en el caso particular, se quería probar que por medio de una costumbre teatral, el padre puede obligar a la hija que vive lejos a cantar en los teatros italianos; Casación Florencia, 5 de Julio de 1905; *Monitore*, 743; se quería probar que el fabricante de papel que vende al mayorista de otra plaza, está obligado a abstenerse de vender directamente sobre esa misma plaza. Ver mi nota: *Monitore*, 1889, 468.

A lo dicho, y nada más que a lo dicho, debe condicionarse la existencia y la eficacia del uso. Concediendo al Juez facultad para rechazar el uso cuando es opuesto a su criterio, quedaría autorizado para poner su propia razón en el lugar de la de los comerciantes, resultando que una convicción formada *a priori* cerraría el camino a la que emana de las cosas por obra de aquéllos y quiere abrirse paso en el sistema del derecho. Si se reflexiona que los Jueces togados cambian fácilmente la autoridad de la tradición con la de la lógica y que por su oficio repugnan de toda novedad que no esté consagrada en la ley escrita, se comprenderá sin esfuerzo cómo esa doctrina despótica y desconfiada amenaza en nombre de la razón el libre desenvolvimiento del derecho consuetudinario. Si se tiene en cuenta que suprimidos los jueces comerciantes, los latidos de la atareada vida del tráfico no llegan a la conciencia del Juez sino a través de lentas y confusas reflexiones, se comprenderá cuán necesario es restringir (no extender) su poder al apreciar la legitimidad de los usos. Además de esto, consideremos que las normas jurídicas surgidas del uso para regular los negocios comerciales, hacen por lo general las veces de aquellos pactos que los contratantes pueden concertar libremente entre sí de tiempo en tiempo para cada negocio aislado; ahora bien, si el Juez debe aplicar el contrato en todo lo que no es contrario a la honradez y al interés público, ¿cómo podría jamás rechazar el uso que sustituye a dichas convenciones, fundándose en razones de conveniencia, de oportunidad o de equidad que debería dejar aparte cuando los contratantes hubiesen manifestado claramente su voluntad, o sea cuando aquellas convenciones existiesen? El Magistrado es sin duda custodio del bien público y de las buenas costumbres y ejerce cotidianamente este oficio al interpretar las leyes, es decir, al determinar cuáles son imperativas, y cuáles meramente dispositivas o derogables por los contratantes. Este mismo papel llena al admitir o rechazar los usos; pero fuera de esto el Magistrado debe volver a su misión de intérprete de la ley o del uso, y del mismo modo que no puede erigirse censor de una nueva ley y resistirse a aplicarla porque le parezca irracional, así tampoco puede negarse a aplicar el uso legítimamente constatado aunque le repunte absurdo (1).

(1) En este sentido están los más autorizados escritores en Italia y fuera de ella. Véase FORIS, *Istituzioni di diritto civile*, 522; VANNI, *Della consuetudine* Perusa, 1877, pág. 13; PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 1, pág. 99 y sigs.; 11, página 49 y sigs.; SAVIGNY, *Trattato di dir. rom.*, Apéndice, 11: «Cuando el texto romano declara que el uso no debe vencer *rationem aut legem*, debe entenderse por *lex* la ley general publicada en el interés del Estado, *ratio publicae utilitatis*. Entendida así, la palabra *ratio* tiene un sentido más preciso, más práctico, como debe

16. *Interpretación del uso.*—Las mismas normas sirven para la interpretación o la aplicación de la ley que para el uso judicialmente reconocido. Así, es el uso del lugar donde la obligación fué contraída el que determina la forma, la sustancia y los efectos de ella (art. 58). El uso, al igual que la ley, puede interpretarse por analogía, elevándose al pensamiento más amplio que le ha formado, con tal de que no cree una excepción a alguna regla general (núm. 5).

Finalmente, el uso especial deroga al uso general, como la ley especial deroga a la general (art. 1); en efecto, la formación y la persistencia de un uso especial o local demuestra que el uso general no responde a las peculiares necesidades de la plaza o del ramo de comercio al que se refiere (1). Por otro lado, si el uso general pudiese prevalecer sobre el uso particular, éste sería sofocado al nacer y se impediría la evolución progresiva que a menudo transforma el uso especial en general. Sólo en casos excepcionales prescribe el Código que se sigan los usos generales con preferencia a los locales. Así en los contratos bilaterales entre personas lejanas el proponente debe esperar la respuesta del aceptante durante todo el tiempo fijado por los usos generales. ¿A qué obedece esta derogación de los usos del lugar de donde parte la oferta y donde el contrato se perfeccionará? Obedece a que no

atribuirse a la racionalidad de los usos. WINDSCHEID, § 19, texto y notas 4 y 5: «Por irracionalidad no se debe entender inoportunidad, sino contradicción con los fundamentos del orden moral y político»; GOLDSCHMIDT, § 35, texto y nota 34: «El uso debe ser probado y legal, o sea no debe contradecir ni a la honestidad ni al bien público. Estos límites no se deben determinar según el criterio individual del Juez, sino según los principios del orden moral y político, considerados objetivamente». A pesar de esto, la doctrina italiana, fiel a la máxima que dominaba en tiempos liberales, cuando las funciones legislativas y judiciales no estaban tan netamente separadas como hoy día, continúa reconociendo a los Jueces la facultad de rechazar los usos que reputen contrarios no sólo a la utilidad pública y a las buenas costumbres, sino hasta a la propia razón. Véase Casación Roma, 2 de Abril de 1891; *Monitor*, 543; y mi nota allí, pág. 537.

(1) Acta Comisión prel., núms. 99 y 101, 117.; *Memoria*, MANCINI, I, pág. 23, art. 1: «El texto del nuevo Código de comercio resuelve también la no menos disputada controversia, de si en el caso de conflicto merezcan prevalecer los usos generales del comercio cuya autoridad es más extendida y conocida, o los usos locales o especiales a la materia del negocio. Y establece que deben prevalecer los usos y las costumbres locales, porque en todo el ordenamiento jurídico las disposiciones sugeridas por condiciones y especiales necesidades constituyen una derogación a las reglas generales, y estas se consideran como una norma genérica y supletiva ante la inexistencia de normas particulares; y además, porque el hecho mismo que se hayan introducido y aceptado en ciertos lugares o para ciertas materias un uso especial, y éste se haya constantemente observado por parte de los que ejercitan el comercio, es de por sí solo una prueba de la reconocida insuficiencia de los usos generales, o de su poca capacidad para satisfacer las necesidades que en los diversos países se van desarrollando en la vida comercial».

se puede hablar de usos locales a los que convenga atenerse hasta que el contrato no es perfecto, y a que dicho uso no puede presumirse mutuamente conocido por los interesados (1). La nave fletada para el transporte de pasajeros debe conducirles directamente al puerto predestinado haciendo las escalas anunciadas antes del contrato de fletamiento o que *son de uso común* (art. 586). ¿Por qué esta regla de uso local? Porque de lo contrario los pasajeros deberían sufrir retrasos que no podían prever. Si no me engaño, estos son únicamente los casos en que el Código da la preeminencia al uso general.

17. *Prueba*.—Una errónea doctrina (a la que los escritores franceses permanecen todavía fieles) considera que la costumbre, en su aspecto procesal, no es otra cosa que un hecho o una serie de hechos; por consiguiente debe quedar sometida a las reglas que el Código de procedimiento establece para la prueba de los hechos (2). El error depende de haber desconocido la verdadera naturaleza jurídica de la costumbre y de haber confundido con ella los usos interpretativos (núm. 18) que entran en el contrato como verdaderos elementos de hecho.

El principio que debe dominar sobre esta materia es diverso. El uso es una fuente de derecho como la ley, y el Juez que le conoce debe aplicarle, aun cuando los litigantes no invoquen su apli-

(1) Art. 36. Acta Com. Prel., núms. 99, 101; Memoria de MANCINI, pág. 23. Según esta Memoria, parecería que toda la materia de los contratos entre ausentes debiera de regirse con los usos generales. Esto no es exacto, porque si el art. 36 somete a los usos generales algunas normas sobre el perfeccionamiento del contrato entre ausentes, el art. 58 confiere a los usos locales la preferencia en cuanto se refiere a la forma, requisitos y efectos del mismo.

(2) La doctrina criticada en el texto, es todavía aceptada en Francia, sin contradicción: DEMOLOMBE, XXIX, núms. 184, 185; AUBRY y RAU, VIII, § 79; LYON CAEN y RENAULT, *Traité*, I, núm. 80. A ella se adhieren entre nosotros: SAREDO, *Traitato delle leggi*, §§ 166, 175, 236; BOLAFFIO, Col., 2.ª edic., vol. I, núm. 15. Al contrario, la escuela dominante en Alemania considera la costumbre también bajo el punto de vista procesal como una regla de derecho: SAVIGNY, *Traitato*, § 30; VANGEROW, I, § 17, nota; GOLDSCHMIDT, § 35, nota 38; BEHREND, § 18, nota 18; WINDSCHEID, § 17; y esta doctrina acabó con ser acogida en la legislación. Véase la ley sobre el ordenamiento judicial, 27 de Enero de 1877 art. 118. «Acerca de la existencia de usos comerciales la Cámara puede decidir según la propia ciencia y experiencia». En Italia, la doctrina que yo sigo halla en los Estatutos una tradición conforme con la alemana: véase SCACCIA, *De Comm. glos.*, IV, § 2, núm. 8; ANSALDO, *Discurs. gen.*, 46-48; ROCCUS, *De assec.*, nota 68, número 248; CASAREGIS, quien reconoce al Juez la facultad de informarse por pedimentos y desapasionados cambistas acerca del uso y la práctica de los mercaderes, *disc.* 187, 5, 6, *disc.*, 198, núm. 32. Entre los recientes: OTTOLENGHI, *Comm.*, núm. 40, arts. 1 y 2; DELLA CARLINA, *Monit.*, Trib. 1872, pág. 1.147; PACIFICI-MAZZONI, *Istit.*, tit. I, sec. I, núm. 3; VANNI, *La consuetud.*, pág. 140; VIDARI, 2.ª edic., núm. 142 y la jurisprudencia indicada en la nota siguiente.

cación; si no le aplicase juzgaría contra derecho, y más precisamente contra el art. 1.º del Código de comercio que le ordena tener en cuenta el uso. Los Jueces togados, por lo general, sólo conocerán éste de una manera indirecta. Pero cuando, por recientes investigaciones hechas en otros litigios, por los resultados de la doctrina, por propia experiencia o de cualquier otro modo, están convencidos de que la costumbre existe, deben aplicarla sin más (1).

Lo que ocurre es que (como sucede con el Derecho extranjero) el Juez ignora frecuentemente la existencia del uso. Para remediar esta ignorancia, de la que no se le debe hacer un reproche, el Juez puede recurrir a las Cámaras de comercio (2) a los Cónsules o a cualquiera otra fuente que le parezca digna de fe; o bien imponer la prueba a aquel de los litigantes que quiere justificar con el uso su propio derecho (3).

Para probar una costumbre, pueden servir los siguientes medios, que exponemos sin dar a esta clasificación valor jerárquico alguno.

I. Los juicios precedentes, sobre todo cuando están de acuerdo y son recientes y confirmados por el Juez superior, puesto que la oposición de la parte condenada habrá provocado el examen de la costumbre. Las sentencias de los Tribunales extranjeros y de los Cónsules nacionales sirven para constatar la costumbre de las ciudades donde residen.

(1) Véase Casación Roma, 21 de Febrero de 1877; *Foro*, 1877, 257; Corte de Apelación Génova, 14 de Junio de 1878, *Eco*, 1878, 506; Casación Turín, 2 de Junio de 1885; *Giurisprudenza*, Tor., 1885, 539; Id., 6 de Junio de 1891, *Monit.*, 1891, 558; Id., 29 de Diciembre de 1887; *Monit.*, 1888, 67; Corte de Apelación, 19 de Febrero de 1889; *Foro*, 716. Véase además de los autores y leyes citadas en la nota anterior, LEHMANN, *Lehrbuch*, § 10, págs. 52-5, 53; ley alemana sobre procedimiento civil 30 de Enero de 1877, § 65. «El derecho vigente en otro Estado, los derechos consuetudinarios y los Estatutos tienen necesidad de prueba cuando no son conocidos por la autoridad judicial. Al informarse de estas disposiciones el Tribunal no debe limitarse a las solas pruebas, producidas por las partes, sino servirse también de otros medios de información y ordenar las disposiciones necesarias para conseguirlos».

(2) Las Cámaras de comercio están obligadas a dar a la Magistratura los informes que se les soliciten. Ley, 6 de Julio de 1862, art. 2, letra 1. Véase también Casación Roma, 27 de Marzo de 1900; *Giurispr. it.*, 780.

(3) En esto se manifiesta la naturaleza material de la costumbre, o sea, en la necesidad en que se halla a menudo de apoyo para dar la prueba de su existencia. A esto aludía CASAREGIS escribiendo: *Haec tamen consuetudo cum sit quid facit non habet locum usque quo concludentur probata non fuerit ob eo quia ejus favorem illam allegat*, disc. 175, núm. 12. Corte de Apelación Milán, 26 de Enero de 1878; *Gazzetta Tribunali*, 1878, 167; Casación Florencia, 17 de Febrero de 1880; *Tem. veneta*, 1880, 167 y últimamente la Casación de Torino, 31 de Diciembre de 1909; *Foro*, 1910, 304.

II. La opinión de los escritores, que, formando sus estudios sobre la práctica mercantil, pueden considerarse como órganos vivos de la conciencia jurídica nacional. Sin pretender, cual la Rota de Génova (Decis. VI, 15, 16), que los escritores hayan muerto para reputarlos dignos de fe, sí será necesario que sean autorizados y concordes.

III. Las opiniones de las Cámaras de comercio, organismos que, como ya vimos, están obligados a dar su parecer a requerimiento de la Autoridad judicial. Pero, en esta hipótesis, para determinar el justo valor de dichas opiniones convendrá tener en cuenta las discusiones y los criterios individuales de los miembros de las Cámaras, considerando que la existencia del uso debe surgir de la convicción general de que realmente existe.

IV. Las recopilaciones oficiales de los usos de la plaza.

Varias Cámaras de comercio las han publicado ya con laudable solicitud (1) favoreciendo, no sólo la seguridad del tráfico, sino también el ejercicio de la justicia. En efecto, quien aduce aquellas en juicio en apoyo de una costumbre tiene a su favor una presunción tan seria, que el Juez, bajo la fe de la certificación proporcionada por la Cámara, puede admitir la existencia del uso mientras no se le demuestre lo contrario. Ahora bien, esta prueba en contra debe ser siempre admitida, porque los usos cambian fácilmente, y porque las indagaciones que sirvieron a la Cámara para formar su recopilación pueden haber sido insuficientes, erróneamente apreciadas o inspiradas en los intereses de una rama del comercio preponderante en la plaza (2). Quien reconoce la autoridad de un uso formulado oficialmente no está en modo alguno obligado a reconocer los otros de igual carácter, porque cada uso adquiere su virtud legislativa de los propios requisitos intrínsecos, no de los requisitos formales de la recopilación.

(1) Las colecciones de 11 Cámaras de Comercio (Venecia, Milán, Bergamo, Verona, Trieste, Catania, Bolonia, Savona, Génova, Sondrio, Alejandria) fueron reproducidas por CALAMANDREI, *Gli usi del commercio italiano*, Florencia, 1889; las de Milán, Turín, Venecia y Trieste, se refieren a muchísimas ramas de comercio. las más importantes de aquellas plazas; las otras se refieren tan sólo a usos especiales. Todos los usos publicados por nuestras Cámaras de comercio son reproducidos sistemáticamente en la *Rivista di diritto comm.*, 1903 y sigs. Abundante y sistemáticamente se publican los usos de las plazas alemanas en la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* y en los Apéndices. Para Francia, véase: PABON, *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes*. París, 1888. Cuando las colecciones de nuestras plazas sean más completas, ofrecerán amplia materia a las reformas de las leyes comerciales, porque podrían introducir en ellas los usos seguidos concordemente por las plazas de mayor importancia.

(2) Véase últimamente Apelación Génova, 15 de Enero de 1909; *Temi* Génova, 1909, 44.

ción (1). Cualquier obstáculo interpuesto a la libre contradicción de estas recopilaciones sería un impedimento para la formación o transformación de los usos; y dicha formación o evolución constituye la razón primera y esencial que justifica el mantenimiento de esta fuente legislativa en el sistema del Derecho positivo vigente (2).

V. Los contratos y documentos ajenos a la controversia. Es cierto que de ordinario no tienen eficacia alguna respecto a terceros (art. 1.130 del Código civil) pero aquí, dichos contratos y documentos, no se hacen valer como tales sino como elementos de hecho encaminados a probar una costumbre existente por la común observancia de una regla de conducta. En este caso se hallan las circulares, las facturas impresas, los balances, las pólizas de cargamento o de seguros, los Estatutos de Sociedad, las escrituras de artistas teatrales.

VI. Los testimonios de los comerciantes, de los corredores o agentes, de los Capitanes expertos en el género de comercio a que se refiera la costumbre, con tal que sean verificados con las garantías de la prueba judicial. Estos testimonios se forman frecuentemente al sobrevenir choques de intereses, por ejemplo, entre comerciantes e industriales, entre comerciantes y armadores. Corresponderá al Magistrado rechazar los testimonios sospechosos de parcialidad o de ignorancia y deducir de los que sean dignos de fe la unanimidad o la constancia que son requisitos esenciales del uso (núm. 9.º, nota 4). Suelen también producirse en juicio actos de notoriedad firmados por los negociantes. Pero ni nuestro sistema procesal reconoce este medio de prueba (3).

(1) Véase mi nota en el *Foro it.*, 1895, 328.

(2) Por esto debe considerarse como irracional una propuesta de la Cámara de comercio de Turín que, para la reforma de la ley actual, quisiera atribuir a las colecciones de los usos «plena fe en juicio, salvo querella por falsedad». Véase MARIOTTI, *Sulla riforma della legge sulle Camere di Comercio*, Bologna, 1889. Esta propuesta ha sido presentada ahora por TRESPOLI, *La teoria della consuet. merc.* Spresia, 1905. Con esto, el uso se reputaría un derecho escrito de grado inferior, atribuyendo a las Cámaras de Comercio una especie de poder legislativo. Véase a este respecto Corte de Apelación, Bologna, 28 de Diciembre de 1894: *Foro*, 1895, 328; y mis críticas a aquel fallo. Más equivocada aún es la sentencia de la Corte de Apelación de Nápoles, 9 de Julio de 1900; *Temi genovese*, 541, la que sostuvo que solamente la Cámara de comercio puede atestiguar acerca de la existencia de una costumbre del lugar en donde la Cámara ejercita su jurisdicción. Véase algunas indicaciones útiles sobre la práctica a seguir en la formación de estas compilaciones en Donati, *Diario de las Com. de com.*, 1809; Conf. con el texto: Apelación Génova, 10 de Enero de 1903; *Temi Gen.*, 1913, 52.

(3) BIANCHI, *Diritto civ.*, 1, núm. 32; Corte de Apelación, 30 de Noviembre de 1860; *Giurisprudenza commerciale*, 1860, II, 15; Casación Nápoles, 18 de Diciembre de 1874; *La Legge*, XV, I, 182; Casación Nápoles, 9 de Enero de 1889;

ni la experiencia aconseja mucha confianza en él, porque la mayoría de las veces son librados con ligereza y por hacer un favor; se ha dado el caso de comerciantes que, por no disgustar a ninguno de los litigantes, pusieron su firma a dos pareceres contrarios (1). Mayor importancia debe concederse a los testimonios de los comerciantes obligados a someterse en todos sus negocios al imperio de la costumbre, pero no se puede excluir absolutamente los de los no comerciantes que tratan frecuentemente con gentes del comercio y que por ello están obligados a conocer y a acatar las leyes y las costumbres (art. 54).

Las reglas de procedimiento aplicables a la prueba de los hechos no sirven en la prueba del uso; para demostrarlo bastará decir que la indagación del uso es necesaria en interés de la ley misma (2), a fin de que ésta sea aplicada en el orden prescrito por el Código de comercio. Consiguientemente podrá ser admitida la prueba del uso en cualquier período del juicio (3) lo mismo en primera que en segunda instancia, y aun en el caso de que la primera prueba hubiese fracasado.

La sentencia que viola un uso reconocido por los primeros

Monitore Tribunali, 1889, 336. Sin embargo prevalecen los escritores y las sentencias en sentido contrario. Véase DALLOZ, *Lois*, § 118; DELAMARE y LEPOITVIN, núm. 270; VIDARI, 4.ª edic., 143; OTTOLENGHI, *Comm.*, arts. 1 y 2, núm. 10; RICCI, *Delle prove*, núm. 25; Casación Turín, 4 de Junio de 1868; *Giurisprudenza torino*, 667; Corte de Apelación, Génova, Mayo 1870, *Monitore*, 1871, 1.007; que justifican la admisión de estos actos de notoriedad como medios para conseguir una presunción (art. 1.354, Código de comercio). De todos modos, no sería admisible un peritaje para constatar la existencia de un uso, porque el Magistrado no puede delegar la propia función a los peritos; Corte de Apelación Génova, 3 de Febrero de 1899; *Temi genovese*, 74. En ese caso también los hombres expertos llamados a declarar, declaran como testigos, pues no deben dar juicio técnico, sino ofrecer informes sobre un hecho controvertido. Conf. A. SCIALOJA, núm. 31.

(1) La «Rota» de Génova desde tiempo atrás (decis. VII, núm. 5; 73, número 37, § 12) deploraba la fácil condescendencia de los comerciantes que suscribían opiniones ya preparadas sin ni siquiera cuidarse de leerlas; y ANSALDO, *Disc. gener.*, núm. 47, aconsejaba a los Jueces que dejaran a un lado esos votos para informarse extrajudicialmente de la verdad. A esta triste costumbre débese por cierto el proverbio de la «Rota» de Génova (Decis., XVII, 1) *consuetudo modo alba modo nigra*. Aun hoy día el que debe probar una costumbre sabe por experiencia propia que muchas veces basta llegar el primero para conseguir de un comerciante un certificado conforme a sus intereses.

(2) SAVIGNY, *Trattato*, § 30; GOLDSCHMIDT, § 35; WINDSCHEID, § 17; DELLA CARLINA, *Monit.*, 1872, pág. 1.157.

(3) Aun después que la inscripción del juicio ha quedado firme (art. 176, Código procedimiento civil), pues este artículo no niega al Juez que lo crea necesario o útil a la recta solución de una controversia, la facultad de dictar nuevas providencias para aclararla: Casación Nápoles, 25 de Febrero de 1888; *Foro it.*, 548; Casación Florencia, 16 de Junio de 1879; *Foro*, 898; y las otras autoridades allí citadas. Casación Roma, 27 de Marzo de 1900; *Temi Genov.*, 201.

Jueces o en la Corte suprema debe ser casada, porque el uso es una fuente de derecho equivalente a la ley (1). La casación se impone igualmente cuando al acoger o rechazar un uso parta la sentencia de un principio de derecho erróneo (2).

Pero en este último período del juicio, no será lícito dar la prueba de un uso cuando ella exigía investigaciones de hecho excluidas del ordenamiento de las Cortes supremas (3), ni discutir la apreciación del Magistrado que reconoció o negó la existencia del uso fundándose analíticamente en la fe debida a cada una de las fuentes, según su autenticidad, su probidad o su autoridad (4). Son consecuencias ambas de las condiciones en que se encuentra esta fuente de derecho cuando sólo puede constatare mediante el examen de los hechos.

18. *Usos interpretativos*.—Los usos que tienen una base legislativa deben considerarse esencialmente distintos de los que tienen una base contractual. Los primeros cuando son probados valen como artículos de ley, mientras que los segundos valen como cláusulas del contrato; los primeros constituyen una regla de derecho objetivo y los segundos de derecho subjetivo; finalmente

(1) BIANCHI, *Dir. Civ.*, I, núm. 28; AUBRY y RAU, § 23; LYON CAEN y RE-NAULT, núm. 85; Casación Turín, 7 de Noviembre de 1878; *Foro*, 1.033; Casación Florencia 8 de Mayo de 1883, *Annali*, VII, 257; *Id.*, 29 de Abril de 1909; *Temí*, 1909, 291; BOLAFFIO (*Comm.*, 2.^a edic., pág. 70) considera que la Casación no puede anular la sentencia que no ha tenido en cuenta un uso no comprobado en el curso del proceso, pero conocido por la Corte. Sin embargo, siendo la violación de un uso, violación de ley, puede solicitarse la observancia del uso también en el juicio supremo.

(2) Casación Florencia, 12 de Abril de 1880, *Foro*, 378; Casación Turín, 4 de Junio de 1883; *Giurisprudenza tor.*, 726; Casación Roma, 2 de Noviembre de 1891, *Foro*, 530; Casación Nápoles, 20 de Agosto de 1901; *Foro Rep.*, 1901, col. 180; Casación Torino, 11 de Diciembre de 1900, *Mon.*, 9101, 44; A. SCIALOJA, núm. 33.

(3) BIANCHI, I, cit. núm. 28; BOLAFFIO, *Comm.*, 2.^a edic., pág. 70; OTTO-LENGLI, *Comm.*, arts. 1-2, núm. 11; Casación Turín, 4 de Junio de 1868; *Giurisprudenza tor.*, 667; Casación Florencia, 8 de Mayo de 1873; *Annali*, VII, 257; Casación Roma, 25 de Abril de 1878; *Foro*, 1.160. Si bien la completa aplicación de la teoría de la costumbre, considerada como regla de derecho, haga presumir que pueda ser probada como cualquiera otra ley aun ante la Suprema Corte, sin embargo es preciso conciliar esa teoría con las normas de Derecho público que rigen esta alta institución. Por eso no me parece actualmente aceptable la opinión de VIDARI, 4.^a edic., I, núm. 144, seguida ahora también por FRANCI, *Comm.*, pág. 23 que cree se pueda demostrar una costumbre, aun ante la Corte Suprema.

(4) BIANCHI, I, c. núm. 28; AUBRY y RAU, I, § 23; Casación Florencia, 2 de Agosto de 1866; *Gazz. del Proc.*, I, 228; Casación Roma, 25 de Abril de 1878; *Foro*, 1.160; Casación Florencia, 10 de Marzo de 1887; *Temí ven.*, 158; Casación Florencia, 13 de Junio de 1900; *Temí ven.*, 412; Cas. Torín, 4 de Mayo de 1906; *Jurisp. Torin*, 452; *Id.*, 11 de Mayo de 1906, *Jurisp. tor.*, 1.010; *Id.*, 9 de Mayo de 1910, *Temí Genov.*, 616.

aquéllos se apoyan en la práctica uniforme de los comerciantes, éstos en la voluntad de los contratantes (1).

La función de los usos de base contractual para explicar la voluntad de las partes es continua, unas veces porque emplean cláusulas ambiguas, otras porque al callar se han referido a la práctica seguida anteriormente entre ellos (2); y es justo recurrir a esos usos, pues hay que presumir que los contratantes han querido que el contrato produzca los mismos efectos que los acuerdos celebrados precedentemente.

19. De esta diversidad de naturaleza del uso se deriva una diversidad esencial de disciplina jurídica, de la que ofrezco aquí las principales demostraciones:

a) Los usos imperativos pueden ser tomados en consideración por el Juez aun cuando no se observen públicamente ni en modo uniforme, ni de manera constante; y aunque sean contrarios a las leyes mercantiles, y en especial al Código de comercio, salvo si se tratase de normas de carácter público. Basta que el Juez esté convencido de que los contratantes se han referido al uso para que éste se convierta en un elemento del contrato y deba regular sus relaciones (3).

b) Los usos interpretativos sólo pueden aplicarse cuando el Juez está convencido de que los contratantes pudieron adoptarles; en cambio los usos legislativos se deben aplicar aun cuando las partes desconozcan su existencia, exactamente igual que

(1) Casación Turín, 7 de Octubre de 1886; *Monit.*, 1896, 993; Corte de Apelación, Bolonia, 7 de Junio de 1901; *Temi ven.*, 523; DELLA CARLINA, *Monitore*, 1872, 1.147; GOLDSCHMIDT, § 35, nota 28 y sigs.; LABAND, *lug. cit.*, pág. 467; BEHREND, § 18, nota 5 y sigs.; LEBMANN, *Lehrbuch*, § 9, núms. 2 y 4. En contra de esta distinción, generalmente admitida y consagrada por sus consecuencias procesales (véase texto y notas 32-34) hace poco FRANCHI, *Comm.*, pág. 17, el cual no obstante, la reconoce implícitamente cuando admite que el uso interpretativo puede aplicarse aun si es contrario a las leyes comerciales, cuando no ofrece duda que el uso, diremos legislativo, no puede derogar a las leyes comerciales. La divergencia de BOLAFFIO (*Comm.*, núm. 11) se reduce a una divergencia de palabras, o sea a llamar *práctica individual* lo que nosotros, de acuerdo con el art. 1.135, denominamos uso interpretativo.

(2) Código de comercio, art. 1.134, el cual se halla en el § IV, titulado: *De la interpretación de los contratos*.

(3) Casación Nápoles, 29 de Marzo de 1873; *Gazz. di Náp.*, XXV, 761; Corte de Apelación de Génova, 31 de Diciembre de 1877; *Eco*, 1878, II, 146; Casación Nápoles, 16 de Mayo de 1876; *Legge*, XVI, I, 160; Casación Florencia, 12 de Abril de 1880; *Foro it.*, 1880, 378; Casación Roma, 15 de Abril de 1880; *La Legge*, XX, I, 378; Casación Florencia, 30 de Marzo de 1880; *La Legge*, I, 459; Casación Florencia, 15 de Junio de 1885; *Temi ven.*, 372; Casación Florencia, 20 de Marzo de 1890; *Temi ven.*, 1890, 250; Apelación Bolonia, 7 de Junio de 1901; *Temi ven.*, 523; Trib. Venecia, 6 de Octubre de 1908; *Rivista de dir. comm.*, 1909, 345.

sucedería tratándose de una disposición de ley. Por eso si una de las partes puede probar que ignoraba los usos o los Reglamentos, por ejemplo, de la banca con quien contrata, no se le podría obligar a someterse a ellos, pues de lo contrario se introduciría en el contrato un elemento ajeno a su voluntad (1).

c) El error sobre la existencia y sobre los efectos de los usos legislativos debe regularse como un error de derecho; el padecido sobre los usos interpretativos debe considerarse como un error de hecho (núm. 17).

d) La violación de los usos legislativos abre el camino a la casación; no sucede igual con la de los usos interpretativos, que constituye una apreciación de hecho (núm. 17).

e) La desviación de las reglas procesales consentida a favor del Derecho consuetudinario (núm. 17) no puede, por lo general, aplicarse a los usos interpretativos, puesto que estos forman parte intrínseca del contrato y adquieren su eficacia de la voluntad de los contratantes, no de la práctica uniforme y general seguida por los comerciantes. Los usos interpretativos se hacen valer por las partes sólo en su propio interés, y si quieren obtener ventaja de ellos deben alegarles y pedir su aplicación, y, cuando sea necesario, probarles en la forma y en los términos que la ley prescribe para la prueba de los hechos (2). A tal objeto, convendrá el juramento y el interrogatorio de los contendientes: nadie mejor que ellos podrá decir si pretendían incluir también en el contrato el uso en cuestión; en cambio estos medios de prueba, aptos para establecer la existencia de una convención, son ineficaces para demostrar que existe una regla consuetudinaria, ya que la confesión o la negación de las partes no basta a probar la existencia de una regla de derecho que debe fundarse en la conciencia jurídica general (3).

(1) Apelación Génova, 27 de Mayo de 1870; *Giurispr. ital.*, 1870, II, 398; Casación Turín, 29 de Julio de 1873; *Giurisprud. tor.*, X, 643; Apelación Génova, 18 de Abril de 1876; *Monitore trib.*, 1876, 1.011; Tribunal Spoleto, 3 de Junio de 1878; *Gazz. del procuratore*, XIV, 119; Apelación Venecia, 13 de Febrero de 1877; *Temi ven.*, 1877, 192; Casación Turín, 7 de Octubre de 1886; *Monitore*, 993; Apelación Napoles, 5 de Marzo de 1909; *Foro*, 1.286; Apelación Venecia, 9 de Marzo de 1909; *Temi veneta*, 1.022; ANSALDO, *Disc. gen.*, 49-50: *Ea vero quae dicta sunt de stylo et consuetudine mercatorum non congruunt quando tractatur de stylo particulari alicujus mercatoris*. Esta era, según él mismo atestigüa, la jurisprudencia de la «Rota» de Génova y Roma; y ésta es aún hoy día, además de la nuestra. La de la jurisprudencia alemana: BEHREND, § 18, notas 8-11; GAREIS y FUCHSBERGER *Comm.*, art. 79, número 58.

(2) Apelación Génova, 18 de Abril de 1876; *Monitore*, 1.011; Apelación Venecia, 13 de Febrero de 1877; *Temi ven.*, 102; Apelación Génova, 31 de Diciembre de 1877; *Eco*, 1878, 144; Casación Florencia, 12 de Abril de 1880; *Foro*, 378.

(3) Apelación Venecia, 4 de Marzo de 1902; *Temi*, 249.

§ 7.—El Derecho civil

Sumario.—20. Función subsidiaria del Derecho civil.—21. Su importancia para completar las leyes mercantiles.—22. Dificultad para conciliar los dos Códigos.—23. Cuándo el Código civil puede toda autoridad en materia comercial.

20. Allí donde las leyes y los usos mercantiles no ofrezcan una regla expresa o análoga (1) para resolver la controversia, se aplica el Derecho civil, pero no solamente el Código civil, sino también las leyes especiales y los usos que le completan (2).

Sin embargo, el Derecho civil prevalece sobre los usos y está en primera línea: a) cuando contiene disposiciones de carácter público (por ejemplo, familia, capacidad, matrimonio), a las que los usos no pueden derogar; b) cuando el Código de comercio se refiere expresamente al Código civil elevándole así al oficio de una ley comercial que integra sus propias disposiciones (3); c) cuando dispone expresamente para la materia comercial (4); d) cuando el Código de comercio deroga parcialmente una norma del Código civil; en este caso la parte no derogada es llevada al sistema del Derecho mercantil porque la derogación parcial presupone la eficacia de la regla en dicha parte no derogada. La derogación expresada en el Código de comercio tendrá un carácter de excepción a la regla del Código civil, la cual se convierte, por implícita voluntad de aquel, en regla de Derecho comercial. En estos casos, el derecho acogido en el Código de comercio adquiere un carácter singular, excepcional, refractario a una interpretación analógica, no porque el Derecho mercantil constituya un derecho excepcional, lo cual sería erróneo, sino porque la regla establecida en el Código civil ha penetrado en el sistema del Derecho

(1) Véase núm. 5.

(2) Com. Prel. Acta, núm. 115: «Se sustituyó a la expresión «Código civil» la otra «Derecho civil» porque en el mismo Código está comprendido *omne jus quo in civitate utimur*.

(3) Apelación Brescia, 3 de Mayo de 1887; *Foro*, 559; Casación Turín, Diciembre de 1902; *Monit.*, 1903, 104. Estas referencias al Código civil son frecuentes arts. 53, 58, 67, 107. 365, 773, 916. En otras partes el Código de comercio reproduce casi íntegramente la disposición del Código de comercio, por ejemplo, artículos 456-1.879; 459-1.884; 460-1.890. Injustamente fué censurada como inútil esta repetición por BOLAFFIO en *Temi ven.*, 1890, 207, núm. 11, y por SACERDOTI, ídem, 1891, 13, porque la reproducción transforma la ley civil en ley comercial y por lo tanto la sustrae a la fuerza derogadora del uso.

(4) Véase art. cit. a la nota 6 y 7.

comercial y debe aplicarse a todos los casos que no son disciplinados por la excepción (1).

21. No existen institutos comerciales respecto de los que no se deba recurrir, en mayor o menor escala, al Derecho civil. Hay algunos, es cierto, que para cumplir más adecuadamente su función han abierto brecha incluso en aquella parte del Código civil que regula los requisitos esenciales de las obligaciones, la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa (2); pero por lo general los contratos mercantiles están disciplinados por la teoría general de las obligaciones. En lo concerniente a la disciplina especial de aquellos institutos mercantiles desarrollados a través del tiempo dentro del comercio exclusivamente (letra de cambio, seguros, comercio marítimo), muy pocas veces habrá que recurrir al Código civil; más frecuentemente sucederá esto respecto de las cuestiones comunes a ambos Códigos (venta, mandato, prenda, depósito, prescripción) (3); y ocurrirá casi siempre tratándose de materias que carecen en el Código de comercio de una disciplina especial (mutuo, arrendamiento, comodato, renta vitalicia, fianza, hipoteca).

22. A menudo, será difícil decidir si el silencio del Código de comercio sobre un punto en litigio, debe considerarse como una laguna a suplir con el Derecho civil, o más bien como un vacío aparente, a llenar con las normas ya dadas por dicho Código, puesto que no todas las cuestiones que la ley silencia significan omisiones. Esta gran dificultad de combinar los dos Códigos es también tenida en cuenta por los defensores de un Código único de las obligaciones (Introd., pág. 18).

(1) Código de comercio, arts. 42, 43; véase núm. 4; contra A. SCIALOJA, *Le fonti*, etc., nota 6, el cual sostiene que los usos pueden derogar el Código civil. Sobre las relaciones del Derecho comercial con el Derecho civil en su recíproca interpretación, véase ROGGO, en vol. II de los *Studi per le onoranze a SCIALOJA*, pág. 539 y sigs.

(2) Derogaban las normas comunes sobre la capacidad los arts. 9-11, 13-15, 58, 365, 699 del Código de comercio; los arts. 40, 41 del Código de la mar. mer.; la ley de 15 de Julio de 1888 sobre las Cajas de Ahorro, art. 9; derogan las normas comunes sobre el consentimiento los arts. 78, 98, 118, 351, 357, Código de comercio, la ley de 27 de Abril de 1885 sobre transportes ferrocarrileros, arts. 2 y 3; y las referentes al objeto, el art. 60 del Código de comercio; las que atañen a la causa el art. 324.

(3) El mismo instituto puede ser regido en algunos casos por el Código civil, y en otros por el Código de comercio (venta, Sociedad, mandato) y sin motivo dijo la Casación de Florencia, 6 de Marzo de 1890, *Temi ven.*, 206: «que no se pueden aplicar contemporáneamente las dos legislaciones, debiéndose aplicar el Código civil solamente cuando falte por completo la ley comercial sobre la misma materia».

23. A veces el Código de comercio suprime expresamente al Código civil su papel de fuente subsidiaria, poniéndole aparte como inconciliable con los intereses mercantiles (1); pero ordinariamente, siguiendo un proceso más orgánico, es el uso comercial, no el legislador, el que elimina la aplicación del Código civil.

§ 8.—LOS PRINCIPIOS GENERALES

Sumario.—24. Cuáles son y cómo pueden determinarse

24. Cuando las fuentes precedentemente examinadas no ofrecen una disposición precisa o análoga para resolver una controversia comercial, habrá que resolverla con los principios generales deducidos del Derecho positivo vigente, el cual en su unidad no puede tolerar antinomias (2).

Para determinar si debemos deducir un principio general de las fórmulas concretas de las leyes y de los usos, hace falta tener en cuenta las razones históricas y económicas de estos usos y leyes, y examinar con su ayuda si son manifestaciones de un fenómeno general o si son normas unidas a hipótesis particulares y distintas. En esta investigación habrá que considerar también el diverso grado de las fuentes, dando la preferencia a las leyes y a los usos mercantiles sobre el Derecho civil. Y como continuamente se añaden nuevos usos y leyes comerciales a los precedentes para completarles o abolirlos, resulta que el espíritu de este sistema es un continuo y progresivo movimiento, condición indispensable de su vitalidad.

La conquista de estos principios suele ser obra lenta de la doctrina y de la jurisprudencia. Los Tribunales comienzan procediendo entre dudas y contradicciones, pero del contraste emerge cada vez más claramente el principio jurídico, el cual se impone al fin por obra sobre todo de las Cortes supremas (3). He aquí

(1) Código de comercio, arts. 42, 43, 44, 107.

(2) Disp. Prel. al Código de comercio, art. 3; BELLAVITE, *Riproduzione delle note litografate*, Padua, 1873, pág. 23; PACIFICI-MAZZONI, *Istitut. di diritto civile*, 3.^a edic., Prefacio, § XV, pág. XXXVII y sigs., pág. 50; SCIALOJA, *Del diritto positivo e del l'equità*, Camerino, 1880, pág. 24, nota 23; FADDA y BENSA en las notas a la traducción de WINDSCHEID, vol. 1, pág. 124; y el mismo WINDSCHEID, § 23; PORACCO, *Dell'interpretazione della legge en el Monit.*, 1890, pág. 813; MANARA, *Prolusion: Sull'odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo*, Palermo, 1889, pág. 15 y sigs.

(3) Podrá acudirse ante la Suprema Corte por violación de un principio ge

algún ejemplo: ninguna prestación de índole comercial se presume gratuita (1); en materia mercantil el dinero se supone siempre fructífero (2); ante la duda se deben favorecer las soluciones que hagan más segura la circulación (3).

§ 9.—NATURALEZA DE LOS HECHOS

Sumario.—25. La naturaleza de los hechos como fuente del Derecho vigente.—26. Y como fuente de reformas legislativas.

25. A veces la regla de derecho nace directamente de la naturaleza de los hechos; en tal caso debe dirigir la sentencia de los Jueces, aunque no se halle cristalizada en una ley ni en una costumbre (núm. 8.^o). Estas lagunas son frecuentes en los negocios mercantiles, los cuales adquieren continuamente nuevas formas no previstas en el Derecho positivo, siendo misión de la práctica forense determinar la regla jurídica que mejor se adapta a la naturaleza de ellos (4). Cuando, en vista de las múltiples observa-

neral indicando los artículos que indirectamente le autorizan y cuya aplicación por analogía ha sido violada (art. 523, Código procedimiento civil). Véase Casación Florencia, 19 de Mayo de 1874 y 20 de Marzo de 1870; *Legge*, XIV, 603; X, 24; Casación Florencia 29 de Diciembre de 1881 y 9 de Diciembre de 1884; *Temi ven.*, 1881, 61, 108; 1885, 136.

(1) Código de comercio, arts. 349, 473 (en relación con los arts. 1.739, 1.837 del Código civil) 311, núms. 2, 346, 387 (en relación con el art. 1.915, Código civil).

(2) Código de comercio, arts. 41, 345, núms. 3, 347, 355, 594, 597, 700; Código civil, arts. 1.231, 1.232, 1.831.

(3) Código de comercio, art. 57 (en antítesis con el art. 708, Código civil), 59, 298, 332, 460, 469, 773, núms. 2, 804; Código civil, arts. 709, 1.513, 1.890. Las decisiones recaídas en los frecuentes litigios resueltos con estos artículos confirman la tendencia a que se alude en el texto.

(4) A menudo nuestras fuentes reconocen a la naturaleza del negocio una virtud reguladora propia: Código de comercio, arts. 4, 69, 357, 36 (según la calidad del contrato); Código civil arts. 1.127, 1.133, 1.173, 1.205. En ese mismo concepto se informaba también aquel derecho natural (*naturalis ratio*) que renovó con su continuo alimento el Derecho civil de Roma. Véase a BRINI, *Jus naturale*, Bologna, 1889, núm. 3 y sigs.; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 76; *Handbuch*, 2.^a edic., § 34; GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1889, página 472; *Cette investigation des choses a pour but de servir à l'interprétation juridique, et de compléter les sources formelles*; BERCEROV, *Annales*, 1900, 158; *Le droit puise dans les faits, dans la nature des choses ses éléments de formation. De cette nature des choses n'est pas le législateur seul qui doit en tenir compte, c'est aussi*

ciones deducidas de los hechos y de su función social y económica, el Juez queda convencido de que una regla se conforma con la naturaleza del instituto no disciplinado todavía por el Derecho positivo, deberá aplicarla, porque los elementos esenciales y naturales de una institución no precisan, para ser reconocidos, una explícita declaración convencional o legal (1). Las Cortes supremas que encuentran en las sentencias de los Tribunales inferiores erróneamente calificada una relación jurídica, o sea en contra de las exigencias de su naturaleza, de su función social y económica, de su existencia con otras relaciones jurídicas, deben casarlas, y sus determinaciones, bien sea por fuerza de autoridad o por fuerza de ley, son obligatorias para los Jueces inferiores (2). Ciertamente, la norma de derecho consagrada por la jurisprudencia de las Cortes supremas, puede modificarse como consecuencia de investigaciones más amplias y más exactas; pero estas modificaciones

nintérprete, te jurisconsulte. Cuando una regla emerge de la naturaleza de las cosas l'ó hay necesidad de la declaración legislativa para aplicarla (véase, núm. 7). Contrario a esta fuente subsidiaria del derecho, A. SCIALOJA, núm. 36, que, no obstante reconoce a la *naturaleza de los hechos* el valor de un criterio esencial, para la aplicación del derecho, de supremo método para su formación y por tanto, para su interpretación.

(1) Fué precisamente a consecuencia de una investigación científica a la que contribuyeron los Abogados y los juristas, ante la falta de una activa literatura nacional, por lo que nuestras Cortes fijaron la disciplina jurídica de varios contratos regidos después por el Código sobre la huella de sus decisiones. Véase sobre el contrato de cuenta corriente la larga controversia a que dió origen la sentencia 21 de Febrero de 1877 de la Casación de Roma (secc. reunid.). *Foro Ital.*, 1877, 258, y las controversias judiciales que precedieron a las disposiciones del Código vigente sobre comisión y sobre el choque de buques. Prosiguiendo esta obra de explorador incansable que busca en la realidad de las cosas su ordenamiento jurídico, la jurisprudencia trabaja hoy día para determinar los caracteres de otros institutos, como las Cajas de Ahorro, y las libretas de Ahorro, de los Institutos de crédito inmobiliario y agrícola, de las estadias y sobreestadias, contratos a que da origen la propiedad literaria, artística e industrial o sea de los contratos de edición, representación, etc.

(2) Código procedimiento civil, art. 547; ley de 6 de Diciembre de 1898, sobre Casación de Roma, art. 8; BOLAFFIO, en su crítica al vol. I de mi *Trattato (Temi veneta 1893, pág. 466)* me ha reprochado que incluya entre las fuentes del derecho la naturaleza de los hechos. Sin considerar que esto ha sido la enseñanza de los juristas romanos—*naturalis ratio auctoritate Senatus commutari non potest*—¿como se explica de otra manera que la ofensa a un instituto, aún no codificado, aún no regido por el uso, abra camino a la Casación por violación de derecho? Imágínese una venta entre comerciantes sin designación de calidad: el Juez de hecho reputa que el comprador debe recibir la mercadería aun cuando no sea de calidad mercantil, considerando que esta cláusula no ha sido puesta en el contrato. Si se estima este juicio como una apreciación del contrato, la Casación queda desarmada; si se considera como una ofensa a la naturaleza de las cosas, que no quiere se dé a un comerciante una cosa inapta para la reventa, que es el objeto del comercio, la Casación vuelve a tomar su imperio.

son en realidad tan raras comparadas con el gran número de litigios resueltos judicialmente o privadamente acatando aquella jurisprudencia, que no se debe desconocer la gran autoridad y eficacia que tienen para el ejercicio de la justicia las reglas deducidas de la naturaleza de las cosas.

26. Gracias al estudio de la materia comercial y del derecho que la gobierna naturalmente, la ciencia prepara también la ley del porvenir, porque la primera regla de toda construcción jurídica es la observación genuina de los hechos. Cuando el jurista ha estudiado el nuevo fenómeno en todos sus aspectos, en la práctica mercantil, en la jurisprudencia, en los usos, anticipa la obra del legislador, al que no queda otro cometido que fundir en artículos de ley las conclusiones a que el jurista ha llegado concentrando el trabajo colectivo del pueblo. De este modo la ciencia del derecho camina sin una verdadera interrupción, y desenvolviéndose mediante una actividad moral y económica, continúa su curso no obstante las reformas legislativas, que aunque corrigen y completan a menudo los textos de ley no cambian el derecho que las venía anticipando espontáneamente.

Esta transformación del Derecho judicial o científico en Derecho positivo ocurre con facilidad cuando las leyes vigentes antes de la reforma legislativa no oponen ningún obstáculo al libre desarrollo de la construcción científica, como sucede ahora entre nosotros con la representación, con la competencia desleal, con los agentes de comercio, materias que tienen ya en la práctica judicial y en la reciente doctrina la disciplina que adquirirán en una reforma del Código. Sólo allí donde las leyes están en contraste con la realidad queda necesariamente interceptada la obra de la ciencia; ésta podrá criticar la ley, pero construye penosamente y al acaso porque le falta la colaboración de la jurisprudencia, la observación de la libre y abierta actividad mercantil; es lo que observamos entre nosotros respecto de las Sociedades cooperativas, el contrato de «report» y el de cuenta corriente, cuestiones que el Código vigente regula con una disciplina equivocada.

§ 10.—LAS LEYES EXTRANJERAS

Sumario.—27. Abuso que se hace de ellas.—28. Ventajas que pueden obtenerse.

27. Puede decirse que el conocimiento exacto de las leyes extranjeras es necesario para preparar las reformas legislativas,

e indispensable asimismo para regular las relaciones de Derecho internacional privado; pero debe usarse con mucha cautela al construir el sistema del Derecho privado vigente en Italia porque dichas leyes *tienen entre nosotros una autoridad de razón, no de derecho en vigor*.

Hoy se abusa mucho de las leyes extranjeras; frecuentemente, por aparentar erudición, se citan en larga serie, como otras tantas autoridades, Códigos reproducidos literalmente, aumentándose así el mal, pues sabido es que son pocos los Códigos originales (1). Se abusa también de este sistema cuando para sostener una doctrina se aducen normas de Derecho extranjero que forman parte de un sistema jurídico diverso del nuestro; entonces la cita mal invocada redundará en perjuicio de quien la buscaba como apoyo (2). Estas construcciones de estilo mixto pueden considerarse como ensayos de Derecho racional, como una rama poco agradable de la filosofía del derecho, mas no forman un sistema de Derecho mercantil italiano. Proporcionan quizás alguna utilidad en períodos de reformas legislativas como contribución a la obra del legislador, pero son perniciosas en tiempos normales porque vician el carácter y el criterio jurídico de la nación: se trata de obras que van siendo día por día demolidas y eliminadas por las sentencias de los Magistrados, más fieles, por lo general, a las tradiciones nacionales: sin embargo, mientras esto ocurre, su influencia daña a la escuela y al ejercicio profesional de los Abogados.

(1) Así los Códigos de Egipto, Turquía, Serbia, Grecia, S. Domingo, Haití son casi literalmente traducidos del Código francés de 1808; los Códigos de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Méjico, Nicaragua, Perú, Venezuela reproducen sustancialmente el Código español de 1829; el Código de Hungría, de Bosnia y Herzegovina, el marítimo para Finlandia, son casi literalmente traducidos del Código alemán; en fin, el Código rumano de 1887 reproduce textualmente las disposiciones del nuestro (pág. 43, y sigs.). Citar pues estos Códigos equivale a citar varias veces la fuente de la que han sido copiados.

(2) Así, por ejemplo, se ha dicho por VIDARI (2.^a edic., 1, núms. 236, 250, 257) que un comerciante puede formarse libremente el propio nombre comercial y cederle con toda libertad a otros, invocando la autoridad del Código alemán, sin darse cuenta que esto puede hacerse en Alemania sin ofensa de la buena fe, pues allí existen los registros de comerciantes de los cuales resulta quien es el propietario responsable para las operaciones de cada casa de comercio. Esa equivocada importación del Derecho alemán a Italia ha sido también señalada, en defensa de mi doctrina sobre los nombres comerciales por PAPPENHEIM en su examen de este volumen *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, vol. XLIV (1895) pág. 305: *Die Uebertragung dre auf die abgeleiteten Firmen bezüblichen Grundzüge des deutschen Rechts auf Italien ist, wie Vivante (1, pág. 147, 149 y sigs.) auch (pág. 67; nota 2) richtig bemerkt, nicht angängig, da es hier eben an denjenigen Einrichtungen fehlt, auf die das System des deutschen Rechts basiert ist.*

28. Si el empleo y la cita de leyes extranjeras son en realidad superfluas cuando estas están conformes con las nuestras, resultan peligrosas cuando, no obstante la uniformidad de alguna disposición particular, ofrecen divergencias en las reglas fundamentales; pueden ser aprovechadas allí donde nos falte toda disposición legislativa para determinar la práctica y el uso general, porque los institutos mercantiles tienen un desarrollo simultáneo y uniforme en el mundo civil. Pero aun en este caso la adhesión del jurista italiano a la ley extranjera no debe ser, como ordinariamente sucede, el plagio de una inteligencia perezosa y apresurada que quiere ahorrarse la molestia de indagar la naturaleza técnica social y económica del nuevo instituto (cosa que viene haciéndose frecuentemente entre nosotros), sino la confirmación autorizada de un resultado, ya en buena parte obtenido con la observación intensiva de nuestra práctica comercial (1). Por último, también los trabajos preparatorios y la jurisprudencia extranjera pueden ser aprovechados con gran ventaja al regular aquellos institutos que nuestro Código ha reproducido de los Códigos extranjeros, como ocurre con la letra de cambio y el Derecho ferroviario que son de origen alemán.

(1) Por eso no estoy de acuerdo con SALEILLES, *Annales de droit comm.*, 1891, V, pág. 223, que considera el Derecho extranjero como un punto de orientación al que la jurisprudencia nacional debería tender interpretando el Derecho positivo y estoy conforme con lo que escribió en *Temí veneta*, BOLAFFIO, 1893, 470: «La adhesión científica a las normas extranjeras, como resultado de una investigación comparada sobre la naturaleza técnica social y económica de un nuevo instituto, no representa el derecho establecido por la sociedad italiana»; equivocadamente se me ha atribuido una opinión distinta por RAMPONT, *Monit. trib.*, 1893, 898.