

Por el Profesor de Derecho Mercantil en la
Universidad Central, —————

X Sr. Dr. Dn. Miguel A. del Pozo V. —————

X Programa Analítico de De-
recho Mercantil. —————



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

ADVERTENCIAS

Los Estatutos de la Universidad Central prescriben a los profesores la obligación de presentar programas de sus respectivas asignaturas. Para el mejor cumplimiento de tal obligación, y para facilitar en sus tareas a los estudiantes de Derecho Mercantil, me he impuesto la labor de disertar sobre cada una de las proposiciones que pudieran ser el contenido de un programa de dicha materia.

El estudio de Derecho mercantil debe ir, como es lógico, íntimamente unido con el de su concreción legal en nuestra República. Razón es ésta por la cual he tomado las disposiciones del Código de Comercio como base y punto de partida para el análisis de las diversas instituciones jurídico-mercantiles.

Nuestro primer Código de Comercio, promulgado en 1882, tuvo por modelo al venezolano de 1873, el que, a su vez, se sirvió del español de 1829, inspirado éste en el francés de 1807. El conocimiento de los preceptos legales que precedieron a los vigentes, es de gran utilidad para la mejor comprensión de éstos. He concordado, pues, los artículos de nuestro Código con los equivalentes o similares de los susodichos Códigos, y, además, con los del actual Código de Comercio argentino, por estar considerado como uno de los mejores monumentos de legislación mercantil.

Muy pocas son, por desgracia, las decisiones que nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha expedido sobre materia mercantil. Sin embargo, las inserto en este Programa, como tam-

bién todas las que, no obstante de referirse a lo civil, tienen relación con lo comercial.

Me he abstenido de intercalar en el texto notas bibliográficas o ilustrativas, porque ellas, si bien sirven para demostrar la erudición y apoyar las opiniones del autor, distraen y molestan la atención de los estudiantes, que es para quienes escribo esta obra. Lo de ajena y propia cosecha va entremezclado y confundido. Las indicaciones de las fuentes bibliográficas las haré al fin de cada volumen.

No es esta obra el producto de viejas reflexiones ni de largas experiencias. Mi abogacía y magisterio datan de reciente fecha. Sirvan estos motivos, no para disculpar las imperfecciones y deficiencias en que debe abundar mi labor, sino para justificar posibles rectificaciones ulteriores.



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

PROGRAMA

INTRODUCCION

1. La Historia como base del conocimiento de los fenómenos sociales. 2. Reseña histórica del comercio. 3. Reseña histórica de la legislación mercantil. 4. El Código de Comercio vigente en el Ecuador.

ARTICULO 1º.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL
5. Limitaciones de las leyes. 6. Teoría de los actos de comercio. El fenómeno económico. 7. El cambio. 8. Formas del cambio. 9. Dificultades existentes para la realización del cambio. 10. El comercio. 11. El acto de comercio. 12. Clasificaciones de los actos de comercio. 13. Actos mercantiles subjetivos y objetivos. 14. Actos de cambio y actos para el cambio. 15. El principio de lo accesorio en la calificación de los actos. 16. Crítica del artículo.

ARTICULO 2º.

17. Tutela individual y social como función de la ley. 18. Requisitos legales para ser comerciante. 19. Crítica de la Jurisprudencia. 20. Prolongaciones de la aplicación de la ley mercantil.

ARTICULO 3º.

21. Enumeración legal de los actos de comercio. 22. Conflicto de derechos en la aplicación de la ley, en aquellos actos que son mercantiles para una de las partes y civiles para la otra. 23. La compra, la venta y la permuta. 24. Las cosas inmuebles, según la ley, no pueden ser objeto de estos contratos. 25. La inmutabilidad de la forma de las cosas como característica de la industria mercantil. 26. Extensión dada a la ley mercantil por el numeral 1º. del artículo 3º. 27. Disposiciones censurables en la parte final de este numeral. 28. El contrato de arrendamiento. 29. La compra y venta de establecimientos comerciales y de acciones de sociedades mercantiles. 30. La comisión y el mandato. 31. Las empresas comerciales. 32. El transporte terrestre. 33. El transporte aéreo. 34. El depósito de mercadarias. 35. Las agencias de negocios mercantiles. 36. Las empresas de martillo. 37. El seguro terrestre. 38. Las letras de cambio y los pagarés a la orden. 39. Las operaciones de banco. 40. Las operaciones de correduría. 41. Las operaciones de bolsa. 42. Los hechos y contratos relativos al comercio marítimo. 43. Los contratos entre los comerciantes y sus factores y dependientes.

ESTA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

ARTICULO 4º.

44. Proceso genético de la norma jurídica. 45. Importancia de la norma consuetudinaria. 46. Ventajas e inconvenientes de la norma expresa o escrita. 47. Necesidad de la vigencia de la norma consuetudinaria. 48. Las costumbres mercantiles como Derecho supletorio en nuestra legislación mercantil. 49. Extensión del valor jurídico supletorio de las costumbres. 50. Requisitos legales para que la costumbre constituya derecho. 51. Costumbres fuera de la ley, contra la ley, y según la ley. 52. ¿Puede el juez aplicar de oficio las costumbres mercantiles? 53. Medios probatorios para la justificación de los hechos constitutivos de las costumbres. 54. Costumbres nacionales y locales. 55. Conflictos de las costumbres.

ARTICULO 5º.

56. Sustantividad e independencia del Derecho mercantil. 57. Número y orden de aplicación de las normas principales y supletorias de Derecho mercantil. 58. Jurisprudencia mercantil. 59. Código de Comercio. 60. Costumbre mercantil. 61. Analogía en lo mercantil. 62. Normas de Derecho civil. 63. Principios del Derecho universal.



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

INTRODUCCION

1º.—La Historia y la Filosofía, descubriendonos la primera la génesis y evolución, en el tiempo y en el espacio, de los hechos humanos, y enseñándonos la segunda las causas de esa génesis y evolución, son disciplinas necesarias para el análisis y conocimiento de todo fenómeno social. Indispensable es, por consiguiente, al iniciar el estudio de instituciones jurídicas vigentes, conocer siquiera someramente los hechos históricos que han originado su formación y tener noticia de los principales monumentos normativos que las han precedido.

2º.—Al hombre primitivo le bastaba su propia actividad para obtener los pocos objetos que requería la satisfacción de sus necesidades. La multiplicación siempre creciente y la complejidad de éstas, a impulsos del dinamismo civilizador, hacen luego desaparecer aquel estado, instaurando un nuevo en que las situaciones se complican y los deseos abundan. Las muchas y diferentes cosas que entonces un hombre necesita, no pueden todas ser producidas por él solo. Es así como se acentúa lo premioso de la sociabilidad, como surge la causa y se establece la división del trabajo y como, en consecuencia indispensable de estos fenómenos, aparece el del cambio en su forma más simple y originaria: aquél que produce y tiene en exceso unas cosas, las da a otro para recibir de éste, en commutación, los objetos de que carece. Mas, el trueque no realiza el cambio con la facilidad y prontitud que reclama la función económico-social que desempeña, porque há menester que oferente y demandante se encuentren y avengan para que el trueque se produzca, y ello significa pérdida de actividad y de tiempo para uno y otro. A subsanar tales inconvenientes llega un intermediario, que se encarga, por una remuneración, de hacer coincidir la oferta con la demanda: es el comerciante. Su actividad, sustentada y difundida en el hacer social, forma el comercio.

Fenómeno es éste, por consiguiente, que representa grados avanzados de evolución social. La horda, el clan, la tribu, conocieron seguramente el trueque, pero es probable que ignoraron el comercio. Difícil es señalar la época en que éste empieza a practicarse. Los datos prehistóricos sobre las más viejas civilizaciones humanas, como la egipcia, la china, la indostánica, nos indican que el comercio se ejerció desde muy remotos tiempos. Babilonia es renombrado centro mercantil en la antigüedad; su comercio utilizaba la mayor parte de las formas contractuales hoy conocidas. De todos es sabida la actividad comercial de Fenicia y la extensión e importancia que en el mundo de entonces dió a esa actividad. Sus colonias, especialmente Cartago, heredaron sus aptitudes comerciales y prolongaron e intensificaron el tráfico. En Grecia y en Roma se consideraba la profesión del comercio incompatible con la dignidad de hombre libre o de ciudadano, y propia sólo de plebeyos, esclavos o extranjeros; son éstos los que mantienen, en los tiempos griegos y romanos, el intercambio comercial. La destrucción del Imperio romano por los bárbaros, pone base a la época feudal, la que haciendo de la vida social una mezcla de caballería y bandolerismo, considera el ejercicio de las armas como la única ocupación noble, y denigra y hostiliza la actividad mercantil: los judíos son entonces los que se encargan de mantener la función social del comercio. Es más tarde, en las ciudades hanseáticas e italianas, que empieza a rectificarse el criterio sobre el comercio y a conocerse su importancia. La intensa demanda que en Europa tienen los productos de las Indias Orientales, impone y produce la extensión del tráfico, y el descubrimiento de América desenvuelve al comercio de tal manera, que gobernantes y pensadores se preocupan de prestarle cuidadosa atención y detenido estudio. Fórmanse las célebres Compañías de las Indias. Portugueses, holandeses, daneses tienen el dominio de los mares, y el transporte mercantil llega a grados nunca antes conocidos. Los ingleses suceden a portugueses y holandeses en el poderío marítimo. Luego son todas las naciones europeas que, reconociendo el gran valor del comercio y su trascendencia para las finalidades políticas y económicas de los pueblos, se empeñan en acrecentar cada una el suyo y hacerlo superior al de las demás. La situación actual del comercio es la de ser éste una actividad a la que gobiernos e individuos con-

ceden tanta importancia, que es preciso considerarla como un rasgo esencial de la vida social económica contemporánea, así de la interna de los Estados como de la internacional.

3.—Los usos y costumbres son, sin duda alguna, los genitores de todo fenómeno jurídico-social, ya se considere al proceso en su carácter universal, o ya se lo contemple en referencia a determinada época y lugar. Tal afirmación, basada en las conclusiones de las ciencias jurídico-sociales, da fundamento para aseverar que fueron los usos y las costumbres las primeras reglas que se aplicaron a las relaciones mercantiles. El provecho que tal aplicación reportaba a los intereses y conveniencias del comercio y de los mercaderes, fue el que decidió a éstos y a los gobernantes a concretar los usos y costumbres, para mayor claridad y precisión, en reglas positivas, en reglas escritas.

Las leyes mercantiles más antiguas de que se tiene memoria son las Leyes Rodias. Se las conoce únicamente por los comentarios que de ellas hicieron algunos jurisconsultos romanos, y por el título II del Libro XIV del Digesto que se refiere y adopta parte de esas Leyes. Se supone fueron formadas cuatrocientos años antes de Jesucristo. Las Leyes Rodias eran disposiciones sobre comercio marítimo.

En el Derecho romano no tuvo diferenciación ni sistematización especial el Derecho mercantil. Las pocas reglas que de éste se conocían, se encontraban incorporadas y confundidas en las civiles. En el Digesto, en los Códigos Teodosiano y Justineano y en otros cuerpos de derecho, se hallan algunas disposiciones referentes al comercio.

En la Edad media son notables las colecciones de normas mercantiles conocidas con las denominaciones de Estatutos, Consulado del Mar, Juicios de Olerón y Leyes de Wisby. Los Estatutos eran compilaciones de preceptos jurídicos mercantiles sancionados por las autoridades públicas de acuerdo con las asociaciones de mercaderes. Tales preceptos eran la expresión escrita de los procedimientos creados por la costumbre. Los Estatutos más célebres fueron los de las ciudades hanseáticas e italianas. El Consulado del Mar y las Leyes de Wisby eran colecciones de disposiciones mercantiles que rigieron, la primera, en Cataluña en el siglo XIV, y la segunda en el Norte de Europa, especialmente en Suecia y Dinamarca, en el siglo XV. Los Juicios de Olerón

fueron compilaciones compuestas de las decisiones que, sobre asuntos mercantiles, expedían los Tribunales de Justicia de la isla de Olerón.

Mas, todas las instituciones legislativas que hemos citado, y muchas otras de la Edad media, tenían carácter limitado y parcial, pues se reducían a reglar exclusivamente cuestiones del comercio marítimo, y esto dentro de la clase formada por los comerciantes. Es en Francia en donde, a instancias de Colbert, expide Luis XIV la Ordenanza del Comercio y la Ordenanza de la Marina, en 1673 y 1681, respectivamente, Ordenanzas que cabe considerarlas como los verdaderos orígenes del Derecho mercantil contemporáneo, ya por la amplitud de concepción que animó a quienes las formaron, ya por la bondad jurídica de sus disposiciones. La Ordenanza del Comercio es un conjunto de reglas sobre los comerciantes, agentes de comercio, libros y registros mercantiles, operaciones de banco, contratos de sociedad, quiebras, bancarrota, etc. La Ordenanza de la Marina, cuyos autores se inspiraron seguramente en las más importantes legislaciones marítimas entonces existentes, regla, con acierto que ha asombrado a sus comentadores, asuntos de comercio marítimo.

En 1789 la Asamblea Constituyente francesa decretó la formación de un Código mercantil, decreto que no llegó a cumplirse en la época revolucionaria. En 1801 el Consulado designó una comisión para que formulara el proyecto. Fue éste discutido por el Consejo de Estado en 1806, y el Código fue promulgado en 1807. Francia fue la primera nación que tuvo un Código de comercio que contemplaba de un modo integral la materia mercantil.

España, siguiendo el movimiento codificador de entonces, y tomando de modelo, como casi todas las demás naciones, al Código francés de 1807, codificó su Derecho mercantil y promulgó su primer Código en 1829. Las naciones hispano-americanas, como es sabido, formaron su Derecho positivo a base del español. En el Código de España de 1829, y en el de Francia de 1807, se inspiró el de Venezuela de 1873, que es el que sirvió de modelo al de nuestra República, promulgado en 1882.

4.—En 1906 se promulgó en el Ecuador un nuevo Código de Comercio, que es el que se halla en vigencia. Contiene 1.120 artículos y está dividido en un título preliminar y cinco libros, que tratan de los comerciantes y agentes de comercio,

de los contratos y obligaciones mercantiles en general, del comercio marítimo, de la quiebra y de la jurisdicción mercantil. Su sistema no difiere en nada del anterior, con el que no tiene otras diferencias que reformas de detalle.

Descuidado ha sido entre nosotros el Derecho mercantil, tanto por tratadistas como por legisladores. Las siempre renovadas modalidades y prácticas que son las características del comercio, han impuesto la revisión continua de la legislación mercantil en las naciones que se han preocupado de que su derecho positivo corresponda a la realidad actual del fenómeno mercantil; preocupación ha sido ésta que se ha mantenido ausente del ánimo de nuestros legisladores.

Además de su viciosa redacción, peca nuestro Código de Comercio por lo arcaico de muchas de sus instituciones; por las deficiencias de su sistema, resultantes de la adaptación irreflexiva de leyes extranjeras y de reformas parciales hechas sin atender a la armonía y correlación que deben guardar las instituciones unas con otras. Necesaria es su reforma, pero una reforma que sea realizada con un criterio que responda a una visión integral de la doctrina que informa el Derecho mercantil moderno.

Las siguientes son las leyes reformatorias expedidas en el lapso de vigencia del Código de 1906: Decreto legislativo de 21 de octubre de 1909, que establece la obligación para las compañías mercantiles de constituir representante o procurador judicial, y que amplifica los requisitos para el establecimiento de compañías de seguros. Decreto legislativo de 28 de octubre de 1909, que deroga el Libro V del Código incorporando la jurisdicción mercantil en la civil. Decreto legislativo de 21 de setiembre de 1911, que reforma el de 21 de octubre de 1909 y establece el procedimiento de juicio verbal sumario para las reclamaciones, por daños y perjuicios, contra las compañías. Decreto legislativo de 4 de noviembre de 1913, que reforma el artículo 1.078 del Código y establece el procedimiento para la suspensión de pagos. Decreto legislativo de 23 de octubre de 1917, que deroga el de 21 de octubre de 1909 en la parte correspondiente a compañías de seguros. Decreto de la Junta Provisional de Gobierno, de 5 de diciembre de 1925, que reforma totalmente los Títulos VIII y IX del Código, añade disposiciones al Capítulo de las Compañías Anónimas y reforma los artículos 301, 306, 311, 312, 316, 346, 347. Decreto del Presidente Provisional de la República

de 10 de mayo de 1927, que establece el procedimiento para variar razones sociales. Ley general de Bancos, de 6 de setiembre de 1927, artículo 209, que deroga los artículos 328 al 336 del Código. Decreto del Presidente Provisional de la República, de 5 de mayo de 1928, que reforma el artículo 267 del Código.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

TITULO PRELIMIMAR

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1º.

El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.

REFERENCIAS

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Código de Comercio. Arts. 3º., 6º., 26, 29, 35, 54, 70, 100, 113, 119.

Código Civil. Arts. 13, 14 y 15.

CONCORDANCIAS

Código de 1882.—Art. 1º. El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.

Código venezolano.—Art. 1º. El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.

Código español.—Art. 234. Los contratos ordinarios del comercio están sujetos a todos las reglas generales que prescribe el derecho común sobre la capacidad de los contrayentes y demás requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como sobre las excepciones que impiden su ejecución, y las causas que los rescinden e invalidan, bajo las modificaciones y restricciones que establecen las leyes especiales del comercio.

Código francés.—Art. 631. A los Tribunales de comercio les corresponde conocer:

1º., de los pleitos relativos a las obligaciones y transacciones entre negociantes, comerciantes y banqueros; 2º., de los pleitos entre socios de una sociedad de comercio, y 3º., de los relativos a los actos de comercio, cualquiera que sea la persona que intervenga en ellos.

Código argentino.—Art. 5º. Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamento y legislación comercial.

Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario.

Art. 6º. Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio, no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio.

Art. 7º. Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial.

COMENTARIO

5.—El imperio de las leyes tiene sus limitaciones en el tiempo y en el espacio: las leyes rigen desde que se las promulga hasta que se las deroga, y su autoridad se circunscribe al territorio sobre que ejerce soberanía el organismo legislativo que las forma. Mas, tales limitaciones no son las únicas. Dentro de la extensión de tiempo y espacio que

corresponde al imperio de cada ley, surgen para ésta nuevas limitaciones originadas en la naturaleza de su contenido o en los diversos aspectos que atendiendo con relación a ella, puede revestir la actitud de las personas. Hay ciertas leyes, como casi todas las de orden público, que atendiendo a la estructura y marcha del Estado, tienen vida y aplicación continuas, dentro de *su tiempo* y de *su espacio*, porque el Estado constitucional, creación de las leyes o normas políticas y administrativas, es una persona colectiva que sólo en virtud de esas normas o leyes existe. Mas, hay otras, como la mayor parte de las de Derecho privado, cuyo objeto no es crear y mantener la existencia sino regular las relaciones de las personas individuales, que tienen vida y aplicación discontinuas con respecto a cada individuo, y dependen de los actos que este realice: Las leyes del matrimonio no son aplicables a un individuo sino cuando adquiere el estado civil de casado; las leyes contractuales no vivirán para él sino cuando celebre un contrato; el Código Penal no le será aplicable sino comete una infracción, y el Código de Comercio si no es comerciante o no realiza un acto de comercio. El vigor de tales leyes, dentro de la relatividad enunciada, es meramente potencial; su eficacia positiva aparece en el momento de la realización ~~voluntativa~~ ^{de la voluntad} del acto jurídico, Por lo cual se puede decir que las leyes en cuestión encuentran limitaciones en la voluntad individual.

El artículo primero del Código de Comercio cumple con la finalidad de precisar las antedichas limitaciones de la ley mercantil, de fijar la órbita de acción de la misma, de manera que el juez sepa cuándo es llegada la ocasión de aplicarla, y conozcan los particulares en qué circunstancias y qué actos deben ser sometidos a sus disposiciones.

En los demás Códigos no se ha hecho limitación tan expresa del imperio de cada rama de nuestro Derecho. El contenido mismo de la ley, determinando por sí la naturaleza y alcance de ésta, basta, en verdad, para fijar su limitación.

El objeto de la ley mercantil es, principalmente, como aparece del artículo que estudiamos, el regir el acto de comercio. Cuestión importante y difícil es la de determinar la naturaleza del mentado acto. Y como su conocimiento es básico para el estudio del Derecho mercantil, nos corresponde recordar su teoría.

TEORIA DE LOS ACTOS DE COMERCIO

6.— Todos los seres vivientes gozan de aptitud innata para la aprehensión de las substancias requeridas por su existencia. Los procedimientos de esa aprehensión —sin referirnos a la vida vegetal— corresponden a la naturaleza de los seres y dependen sus características del impulso vital de que dímanen: el instinto o la reflexión. La primera de estas facultades, careciendo de energía modificativa, mantiene sin variación los dichos procedimientos. La reflexión, poderosa en dinamismo progresivo, rica de morfología en la actuación, ilimitada en su capacidad conceptual, modifica, cambia, perfecciona los procedimientos originarios e inventa otros nuevos. Tales procedimientos, que tienen por causa y finalidad el conservar la existencia del ser y satisfacer sus necesidades, constituyen el fenómeno llamado económico, fenómeno que nace y persiste como exigencia de vida.

7.— El hombre aparece en la tierra dotado de instinto y de reflexión rudimentaria. La nutrición, fundamental necesidad de la vida, es el primordial objeto del empleo de tales facultades. La aprehensión histórica de los frutos naturales es, sin duda, en las épocas primitivas, el único procedimiento económico de que hace uso el hombre para mantener su existencia. Más tarde, cuando él se multiplica y es insuficiente la producción espontánea de la tierra, recurre al artificio para obtener de ella lo que necesita: surgen el cultivo, la agricultura, la cría, como nuevas formas económicas. En tales tiempos, cada individuo tiene que conseguir con su trabajo personal todas las cosas indispensables a la satisfacción de sus necesidades; ello se hace difícil con sólo la propia actividad, porque, por una parte, progresan esas necesidades en cantidad y variedad y, por otra, el medio ambiente en que cada cual vive no es miscelánico en la aptitud productora. La capacidad peculiar de cada individuo y las características naturales de cada ambiente, hacen que, en determinado tiempo y lugar, una persona se encuentre con que ha producido ciertos objetos en mayor cantidad que la requerida por sus necesidades, y que carezca de otros que, a la vez, los ha superproducido para sí otra persona. Que éstas se busquen y acuerden la permuta de lo que cada cual tiene en exceso,

la recíproca dación de lo superfluo por lo necesario, es un hecho económico-social que brota y se impone en virtud del poderoso factor de la conveniencia mutua. Es así como aparece en la vida social el fenómeno económico del cambio.

8.—El trueque o permuta es la forma originaria del cambio. En las sociedades primitivas ella es suficiente para satisfacer la circulación económica. Pero deja de serlo cuando evolucionan las sociedades y adquieran variedad y complejidad en todos los órdenes fenomenológicos de su constitución y de su vida. Fácil es comprender que para que se verifique el cambio por medio del trueque, es preciso que haya correspondencia de necesidades en las personas que lo realizan y equivalencia en los objetos que se permutan. No ha menester de razonamientos para demostrar las dificultades que, en tales condiciones, existen para que se produzca el cambio: esporádico y eventual es el encuentro de dos personas que se hallen en las circunstancias requeridas para la realización del trueque. A obviar parte de tales dificultades viene la moneda que, transformando el trueque en compra-venta, condiciona de mejor manera, promueve y amplifica el cambio. La compra-venta no es la última ni más eficiente forma de éste. Las exigencias de la circulación, en la economía contemporánea, pone en juego el crédito, en múltiples modos y aspectos, y crea nuevos y más rápidos procedimientos de cambio. Entre ellos puede citarse a los sistemas de compensación que, utilizando la letra de cambio, el cheque, la cuenta corriente y muchos otros medios, dispensa del transporte y tradición de las cosas y realiza el cambio con referencia sólo a los valores. Ello significa quizá regresión a la forma primitiva del cambio, al trueque; sólo que el actual es un trueque perfeccionado, mejor dicho, un trueque simbólico, si se nos permite la expresión: no se permutan objetos, se permutan valores representativos.

9.—Conocido nos es, por lo que nos dice la ciencia de la Economía, que el cambio se produce en el momento y lugar en que la oferta y la demanda se encuentran y coinciden. El tiempo y el espacio originan dificultades para ese encuentro y conjunción: Es de ordinaria ocurrencia que la oferta se presente en una época y la demanda en otra; así como que la demanda surja en un lugar cuando la oferta se encuentra en otro lejano. Tales dificultades que obstan a la realización del cambio, exigen una actividad industrial que

las amengüe o haga desaparecer, para que la circulación económica cumpla fácil y ampliamente su finalidad social.

10.—Esa actividad industrial es el comercio. Como en toda industria, cabe encontrar en la mercantil la doble finalidad que resulta de contemplar una actividad en sus dos aspectos: individual y social.

Quienes se dedican al comercio no persiguen con éste fines educativos, artísticos, culturales u otros de esta índole, sino puramente económicos. El comerciante adquiere mercaderías del oferente y provee de éllas al demandante por la ganancia que obtiene aprovechando de la diferencia del precio de adquisición con el de enajenación. El papel del comerciante es el de mediar entre oferentes y demandantes, no siendo esa mediación gratuita. La ganancia, el lucro, con que el comerciante se beneficia merced a su actuación de intermediario, es, por consiguiente, el fin individual o, si se quiere, subjetivo del comercio.

Su fin social, u objetivo, queda ya enunciado: Hacer que la oferta y la demanda se encuentren y coincidan, o, lo que es lo mismo, promover y facilitar el cambio, allanando las dificultades que existen para ello, especialmente las causadas por el tiempo y el espacio. Adquirir mercaderías cuando *hay oferta* y guardarlas —almacenarlas— para cuando *haya demanda*, es hacer desaparecer las dificultades creadas por el tiempo para la verificación del cambio. Transportar mercaderías del lugar *donde hay oferta* al lugar *donde haya demanda*, es deshacer los obstáculos para la realización del cambio motivados por el espacio.

11.—Conocida la naturaleza del comercio, es posible determinar la del acto mercantil y señalar sus elementos constitutivos. Si el comercio es una actividad económico-social, tiene que manifestarse necesariamente en hechos que expresen y produzcan fenómenos de relación. Tales hechos son los actos mercantiles. Son éstos, con respecto al comercio, lo que las unidades con referencia al todo, o, mejor dicho, lo que son los individuos en relación al género a que pertenecen. Como las cualidades que distinguen a un género deben encontrarse en los individuos que lo forman, los elementos del comercio son también los de cada acto mercantil. En consecuencia, se puede determinar y sintetizar esos elementos que constituyen dicho acto y, a la vez, le distinguen de los demás actos jurídicos:

- a) ánimo de lucro;
- b) mediación; y
- c) cambio o para el cambio.

El ánimo de lucro es carácter esencial del acto mercantil, porque la naturaleza del comercio hace que lo gratuito se oponga a lo mercantil y viceversa. Ahora bien, para que un acto sea mercantil no es necesario que se produzca efectivamente el lucro, porque siendo subjetivo el elemento que estudiamos, su existencia se ha de referir a lo meramente *intencional*. Por ello se designa a este elemento con las palabras «ánimo de lucro». Sea pérdida o ganancia el resultado *real* del acto, será éste mercantil si, concurriendo con los demás elementos, ha existido la *intención* de lucrar en el agente.

Si el comercio tiene por finalidad objetiva el acuerdo y conjunción de la oferta con la demanda, es de rigor que el acto mercantil sea de mediación entre los sujetos de la oferta y los de la demanda. Hay autores que afirman que esa mediación se realiza entre productores y consumidores, afirmación que la juzgo inexacta, puesto que no siempre el acto mercantil es el nexo entre la producción y el consumo. Si un comerciante presta su mediación a otros dos comerciantes, los actos que verifica el primero son mercantiles, a pesar de que los segundos no son productores ni consumidores. Más general y comprensivo es considerar la mediación del acto mercantil con referencia a oferentes y demandantes.

El acto mercantil debe ser de cambio o para el cambio, porque éste no es sino el resultado de la conjunción de la oferta con la demanda, que es la finalidad objetiva del comercio y por tanto, también la del acto mercantil.

12.—Numerosas son las clasificaciones que se han hecho de los actos de comercio, la mayor parte de las cuales no revisten interés legal ni doctrinario. Recordaremos tan sólo aquellas que creemos útiles para formar algo así como una norma de fácil aplicación para cuando se quiera indagar la existencia del carácter mercantil en un acto jurídico.

13.—La doctrina, hoy más aceptada, y la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, están de acuerdo en reconocer la existencia de dos clases de actos mercantiles: la primera que comprende aquellos que toman el carácter de tales por la intención de la persona quien los ejecuta —el comerciante o el civil en ánimo y en actuación mercantil—, y la segunda formada por aquellos actos que están considerados como merca-

tiles por su naturaleza misma, sin atender al ánimo del sujeto quien los realiza. Los primeros llámanse *actos mercantiles subjetivos*, los segundos, *actos mercantiles objetivos*.

La compra-venta de géneros, por ejemplo, pertenece a la primera de las clases mentadas. Un comerciante o un civil pueden comprar mercaderías para especular revendiéndolas o para usarlas; en el primer caso la compra será mercantil, en el segundo, civil. Es, pues, la intención de la persona, referida a causa y finalidad mercantiles, como determinantes de la realización del acto, la que a éste da el carácter mercantil, dentro de la clase de los *subjetivos*. De lo cual se desprende, además, que un mismo acto puede ser mercantil para una de las partes y civil para la otra.

Hay algunos actos jurídicos que no deben su carácter mercantil a la intención de la actual persona que los verifica, sino a la de una que podríamos llamar personalidad histórica que los ha practicado, a la función social que dichos actos han desempeñado y desempeñan en las relaciones económicas humanas. Las necesidades y el arte del comercio crean de continuo típicos procedimientos que, al ser aceptados por las costumbres, adquieren la substancia jurídica necesaria para alcanzar la categoría de formas de derecho. Esos procedimientos o formas, en cuya génesis, evolución y perfeccionamiento, ha intervenido sólo la actividad comercial, sin participación ni colaboración de los demás hechos sociales, generadores de los otros órdenes jurídicos, esos procedimientos o formas, decímos, son los que generalmente constituyen los actos que por sí son mercantiles, sean cuales fueren la intención y calidad de la persona que los realice: *actos mercantiles objetivos*. Todo lo concerniente a compañías anónimas, letra de cambio, comisión, cuenta corriente, seguros, contratación marítima, etc., pertenece a este clase de actos.

Como fácilmente puede comprenderse, los tres elementos que hemos indicado como esenciales del acto de comercio —ánimo de lucro, mediación y cambio— deben encontrarse necesaria y actualmente en los *actos subjetivos*, por lo menos con respecto a uno de los agentes. En los *actos objetivos* pueden faltar uno o más de los mencionados elementos, con respecto a uno o todos los agentes, sin que por esto dejen los actos de ser mercantiles. Así, cuando alguien compra una letra de cambio con el objeto de disponer de dinero, para gastos personales, en un lugar dado, es evidente

que no tiene ánimo de lucrar, y sin embargo hace una compra mercantil, o, mejor dicho, debe considerársela como mercantil. En rigor, tal consideración careca de verdadero fundamento real, ya que es indudable que quien procede como en el caso propuesto, ni remotamente trata de comerciar; mas, las razones anotadas en el párrafo que precede, explican esta situación exceptiva, la que se justifica, además, por el contenido propio de cada rama de la legislación. Careciendo la civil de disposiciones que reglan esta clase de actos, tiene que ser regida por la legislación mercantil, que es la que exclusivamente trata de ella.

14.—Sabemos que el fin objetivo del acto mercantil es el encuentro y coincidencia de la oferta con la demanda. Ahora bien, hay actos mercantiles que producen *directa* e *inmediatamente* ese encuentro y coincidencia, y otros que lo hacen *indirecta* y *mediatamente*. Los primeros denominanse *actos de cambio*, o principales, porque es efecto propio de su naturaleza el producir por sí mismos el cambio. La permuta y la compra-venta pertenecen a esta clase de actos. Los segundos nómbranse *actos para el cambio*, o auxiliares, porque no realizan por sí mismos el cambio, sino que condicionan las circunstancias para que él se verifique; por ejemplo: el transporte.

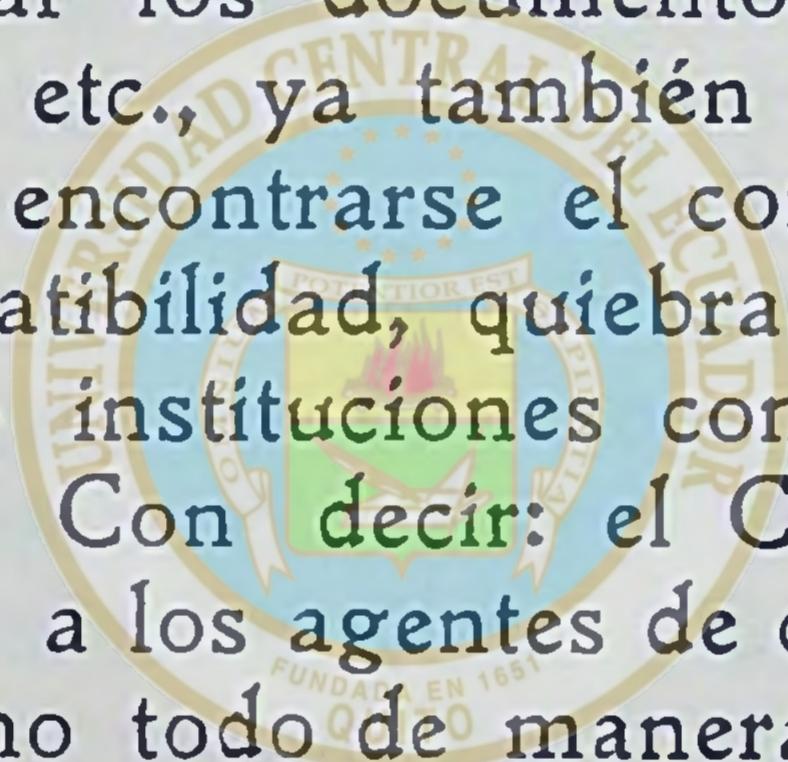
15.—Conocido es el principio de que lo accesorio sigue siempre a lo principal. En virtud de este principio, todos aquellos actos jurídicos que no contienen ninguno de los elementos propios de los actos mercantiles, son, sin embargo, considerados como tales si son accesorios de alguno que efectivamente lo sea. El préstamo, la prenda, la fianza, son ejemplos de esta clase de actos.

16.—Por los términos en que está concebido el Art. 1º. del Código, cabe afirmar que nuestra legislación mercantil reconoce y acepta, y hace el contenido de la primera de sus disposiciones, la clasificación de los actos mercantiles en subjetivos y objetivos; puesto que el mencionado artículo se refiere a «las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles» y a «los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes».

Viciosa es la disposición del artículo 1º., por redundancia y a la vez por deficiencia. Decir que el Código de Comercio rige «las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles» y, «los actos de comercio», es enun-

cíar lo específico y luego lo genérico, como si lo uno no estuviera contenido en lo otro. La expresión «actos de comercio» abarca en su comprensión, no sólo los actos subjetivos y objetivos y los otros de todas las demás clasificaciones posibles, sino toda clase de hechos, daciones y omisiones mercantiles. Por la misma razón es inútil y sobra la enmienda que nuestro Código hace a su modelo, el venezolano, añadiendo la palabra «contratos» a la frase «actos de comercio». Es sabido que el contrato no es sino una clase de acto.

Peca por deficiencia la disposición, porque el Código de Comercio no solamente rigen las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y, en general, los actos de comercio, sino también a la persona misma del comerciante, ya en referencia a ciertos deberes de éste que comportan interés público, como son los de inscribirse en la matrícula de comercio, de registrar los documentos que indica la ley, de llevar contabilidad, etc., ya también a especiales estados jurídicos en que puede encontrarse el comerciante, como son los de capacidad, compatibilidad, quiebra, etc. Rige, además, el Código de Comercio instituciones como la del corretaje, martilladuria, factoría. Con decir: el Código de Comercio rige a los comerciantes, a los agentes de comercio y los actos mercantiles, estaría dicho todo de manera sencilla e integral.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

ARTICULO 2º.

Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

JURISPRUDENCIA

Quito, a 10 de mayo de 1921, a las dos de la tarde.— Vistos: Sobre la consulta de la Corte Superior de Portoviejo, de si los dueños de fábricas de fideos o velas, son comerciantes, para el efecto de exigirles la respectiva matrícula, se observa: para ser comerciante, según el artículo 2º. del Código de Comercio, son necesarios dos requisitos: 1º. que la persona capaz de contratar haga actos de comercio; y

2º. que estos actos de comercio constituyan la profesión habitual de la persona. Actos de comercio son los expresamente determinados en el artículo 3º. del mismo Código; y la profesión habitual consiste en la práctica profesional, diaria, constante y uniforme de operaciones que, según lo expuesto, se califican de tráfico mercantil. Los dueños de fábricas de fideos y velas, aunque su ocupación habitual sea la de producir cosas muebles para la venta, por sus actos no están comprendidos en ninguno de los casos del citado artículo 3º.; su trabajo consiste en transformar las materias primas de dichas industrias y esa transformación, mediante la cual se obtiene un nuevo producto con nuevas utilidades, no es el acto mercantil de los determinados ni aún en el numeral 1º. del citado artículo 3º.; puesto que los propietarios de esas fábricas no se limitan a comprar artículos para venderlos en la misma forma o en otra diferente, sino como queda dicho, a transformar las materias primas en otros artículos destinados a satisfacer las necesidades, operación fabril o manufacturera distinta de la industria del comercio. Tanto más cierto lo expuesto, cuanto que, como lo expresa la Corte Superior en su informe, la Ley de Contribución sobre capitales en giro declara en el artículo 3º., que, para los efectos de dicha Ley, deben ser considerados como comerciantes los dueños de fábricas, etc., restricción que manifiesta que dichos industriales no son comerciantes en su concepto general. Por lo expuesto, se resuelve la indicada consulta declarando que, los dueños de fábricas de fideos o velas no son comerciantes, y que, en consecuencia, ellos no están sujetos a la obligación de hacerse inscribir en la matrícula de comercio. Y en orden al procedimiento que debe observar el Alcalde Cantonal para cerciorarse del cumplimiento de la matrícula, aquél debe pedir al empleado respectivo el certificado de la inscripción, y cerciorado así de la falta de la inscripción, como de haber transcurrido el plazo de quince días señalado en el artículo 26 de dicho Código, podrá imponer la multa establecida en el mismo artículo. Comuníquese y dése cuenta al Congreso.— PINO.— CARDENAS.— PEÑAHERRERA.— AYORA.— ESCUDERO. (Gaceta Judicial, Cuarta Serie, N°. 59).

REFERENCIAS

Código de Comercio. Arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 18, 19, 22, 26, 32, 35, 39, 40, 41, 53, 54, 58, 140, 528, 927, 928, 937, 941, 950, 986, 1.069, 1.076.

Código Civil. Arts. 1.436 y 1.437.

Constitución. Numeral 16 del art. 151.

CONCORDANCIAS

Código de 1882.—Art. 2º. Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

Código venezolano.—Art. 2º. Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

Código español.—Art. 1º. Se reputan en derecho comerciantes, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político.

Art. 2º. Los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre, no serán considerados comerciantes para el efecto de gozar de las prerrogativas y beneficios que a éstos están concedidos por razón de su profesión; sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones a las leyes y jurisdicción del comercio.

Código francés.—Art. 1º. Son comerciantes los que ejercen actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual.

Código argentino.—Art. 1º. La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual.

Art. 2º. Se llama en general comerciante, toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. En particular se llama comerciante, el que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor o menor.

Son también comerciantes los libreros, merceros y tenderos de toda clase que venden mercancías que no han fabricado.

Art. 3º. Son comerciantes por menor los que, habitualmente en las cosas que se miden, venden por metros o litros; en las que se pesan por menos de diez kilogramos y en las que se cuentan por bultos sueltos.

Art. 4º. Son comerciantes, así los negociantes que se emplean en especulaciones en el extranjero, como los que limitan su tráfico al interior del Estado, ya se empleen en un solo o en diversos ramos del comercio al mismo tiempo.

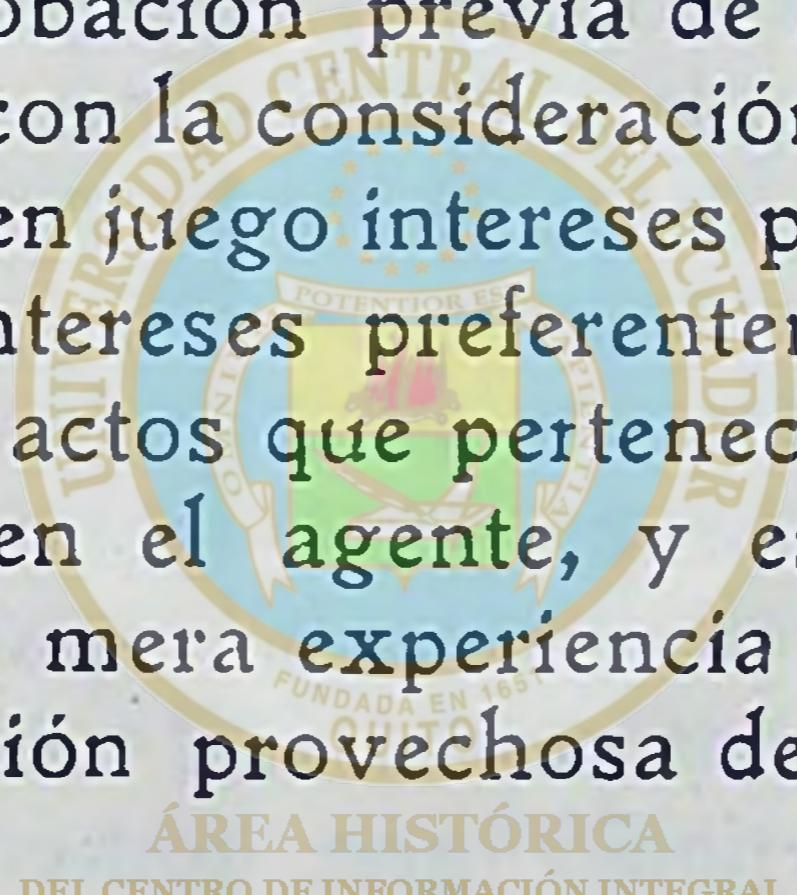
Art. 6º. Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio, no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio.

COMENTARIO

17.—El hombre, como entidad biológica y como unidad componente del todo social, tiene dos finalidades que cumplir. Mantener y exaltar su vida, como exigencia de la vida misma, es la primera; y la **ASEGURAR** cooperar al bienestar y perfeccionamiento de la **SOCIEDAD** de que forma parte. Quién tiene deberes que satisfacer, está asistido del derecho de reclamar y disponer de los medios que le sean necesarios al efecto. De ahí que todos seamos libres de dedicar nuestras energías a la actividad que escogítemos como la más apropiada a nuestras aptitudes, y, por lo tanto, como la mejor para el conseguimiento de esa doble finalidad.

Consistiendo el ejercicio de la actividad humana en la aplicación del dinanismo intelectual o muscular a las cosas, y resolviéndose esa aplicación en provecho o perjuicio individual o social, según sea acertada o no la tal aplicación, resulta que tanto el sujeto de la actividad como aquellos a quienes trasciende el ejercicio de la misma, son directamente interesados en procurar beneficios y evitar daños de los hechos en que se concreta dicha actividad. Son estas las razones por las cuales la ley, norma amparadora de la vida individual y reguladora de la vida social, se preocupa de tutelar tanto los intereses del individuo como los de la sociedad. En función

de esta tutela, la ley prescribe ciertos requisitos, como los de capacidad, consentimiento, libertad, sin el concurso de los cuales el individuo no se obliga ni compromete su patrimonio por más actos que verifique: *tutela individual de la ley*. Así mismo, cuidando de los intereses de la sociedad, la ley no permite la práctica de ciertos actos de relación sino a aquellas personas que han adquirido, de acuerdo con reglas pre establecidas, la habilidad técnica juzgada indispensable para que efectúen tales actos con provecho de la sociedad: *tutela social de la ley*. Es por esto que hay actuaciones, como las profesionales de abogado, médico, etc., que no podemos practicarlas sin haber hecho cursos universitarios y obtenido el título que prescriben las leyes respectivas. Pero hay otra clase de actos, como la perteneciente a las profesiones de agricultor, comerciante, etc., para cuyo ejercicio no se juzga indispensable la comprobación previa de la aptitud técnica del sujeto. Ello se explica con la consideración de que, en la primera clase de actos, están en juego intereses preferentemente sociales, y, en la segunda, intereses preferentemente individuales, y que lo complejo de los actos que pertenecen a aquélla requiere adiestramiento previo en el agente, y es basta la habilidad que éste obtenga de la mera experiencia para que se le repunte apto para la realización provechosa de los actos de la segunda clase.



18.—Dos son los requisitos que señala el Código, en su artículo 2º., para que una persona, sea individual o colectiva, tenga la calidad de comerciante: a) capacidad para contratar; y, b) ejercicio profesional del comercio. A olvido del legislador debemos atribuir la falta de enunciación, en el artículo mencionado, de un tercer requisito tan esencial como los primeros para constituir dicha calidad en una persona. Este requisito es de que el ejercicio profesional del comercio debe ser efectuado a *nombre propio*. De lo contrario, se estaría en el caso de afirmar que son comerciantes los corredores, martilladores, factores, dependientes y, en general, todos los que ejercen el comercio por mandato. Tales personas son *agentes de comercio*, que no comerciantes, según el mismo Código de Comercio los califica en los epígrafes de su Libro Primero y Título II de este mismo Libro.

a) *Capacidad para contratar*.—En razón de la tutela individual que desempeña la ley, y como una de sus más importantes consecuencias, hemos visto que ninguna persona

puede realizar actos válidos si no está asistida de capacidad jurídica, salvo, naturalmente, aquellos que son manifestaciones necesarias de la vida, o que signifiquen mero empleo de las facultades humanas para la producción de alguna utilidad económica o moral. El agricultor, por ejemplo, no ha menester de capacidad legal para verificar actos como los de laboreo, pero si la necesita cuando el ejercicio de su industria demande la creación de relaciones jurídicas. Para la administración y disposición de los productos agrarios le será indispensable esa capacidad, pero ésta no es requerida como elemento constitutivo de su calidad misma de agricultor. No sucede así con el comerciante, quien, para serlo, para tener tal calidad, debe imprescindiblemente gozar de capacidad legal. La explicación de la diferencia entre uno y otro, es fácil. Siendo elementos esenciales de la industria del comercio el cambio y la mediación, e implicando estas actividades, por modo necesario, la contratación, la consecuencia lógica es que quien quiere dedicarse a la industria del comercio debe tener capacidad para contratar. En cierto aspecto, *comerciar* y *contratar* se confunden en su significado. La industria agrícola, al contrario, por consistir solamente en el arte de laborar, no exige en el agente la capacidad contractual.

b) *Ejercicio profesional del comercio.*—Refiriéndose a este requisito, el artículo que comentamos emplea la frase «hacen del comercio su *profesión habitual*», lo que es causa de que se nos ocurra indagar si hay *profesión no habitual*. Punto que merece estudio, porque, o se trata de un simple pleonasio gramatical, y en tal caso sin importancia, o de dos estados diferentes de las personas que practican la industria mercantil, de modo que en el uno se debería, y en el otro no, considerarles comerciantes para los efectos de ley.

La segunda acepción, que es la pertinente, de la palabra «profesión», según el Diccionario de la Real Academia Española, es la de «empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente». «Oficio», según el mismo Diccionario, significa «ocupación habitual». De consiguiente, se ve que no puede haber profesión que no implique el ejercicio habitual de las actos que la constituyen. Impropio y pleonástico es, pues, calificar de habitual a la profesión, ya que ésta es precisamente el resultado de la relación de los actos con el hábito. No puede darse el caso de que una persona tenga la profesión *no habitual* de comerciante. Gran

parte de las legislaciones extranjeras incurren en el referido pleonasio al definir al comerciante. El Código francés, como puede verse del artículo transrito en las Concordancias, el alemán (Art. 1º. «Comerciante, en el sentido de este Código, es el que se dedica a la industria mercantil), el español actual (Art. 1º. Son comerciantes para el efecto de este Código: 1º. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente) y otros, emplean textos claros a este respecto.

Si una profesión, como hemos visto, implica práctica habitual de los actos que la forman, ¿se dirá que no hay profesión mientras no surja el hábito? ¿A aquél que actualmente abre un establecimiento de comercio, no debe considerársele comerciante por no tener aún el hábito de ejecutar actos mercantiles? Si la existencia actual del hábito fuera la determinante de la profesión, dariase el insoluble problema de saber en qué época y circunstancias apareciera la substantividad de tal profesión, porque habría que referirse a una continuidad, intermitencia o cantidad de actos, cuyas características, con relación al hábito, fuera de todo punto imposible precisarlas; de modo que no se podría saber cuando ni cómo empezara el ejercicio de la profesión. Hay, pues, que entender el requisito que estudiamos, no refiriéndolo a la realidad misma del hábito, sino al ánimo de quien quiera adquirirlo. En rigor, es requisito simplemente intencional. Por tanto, serán comerciantes todos los que, teniendo capacidad legal para contratar, manifiesten, por medio de un hecho cualquiera, intención de hacer de la práctica de actos de comercio, a nombre propio, su ocupación habitual, o su profesión, si se prefiere esta palabra.

19.—En pugna con los razonamientos que en el párrafo que precede quedan expuestos, está la extraña doctrina sustentada, en lo que a la profesión mercantil se refiere, por el fallo de la Corte Suprema arriba transrito. «La profesión habitual, dice el mentado fallo, consiste en la práctica profesional, diaria, constante y uniforme de operaciones que se califican de tráfico mercantil». Que la *profesión* de comerciante consiste en la práctica *profesional* de actos de comercio, es indiscutible, a pesar de los defectos de lógica de que adolece tal definición. Pero que, además de profesional, la práctica de operaciones mercantiles debe ser *diaria, constante y uniforme*, para que pueda atribuirse a una persona la

calidad de comerciante, es aseveración que se halla reñida con todos los principios jurídicos y filosóficos que rigen esta materia. ¿Por qué ha de requerir una profesión, para ser tal, que la práctica de los actos que le son propios, sea diaria, constante y uniforme? ¿Perderá su calidad de comerciante aquel que deje de realizar actos de comercio uno, dos o más días, o los verifique interdiaria o semanalmente? Es absurdo fijar períodos de tiempo para la sucesión de los hechos que han de constituir, no digamos una profesión, sino el hábito mismo; no es, ni puede ser, el isocronismo de la actuación elemento de que dependa la existencia de aquélla o de éste. En cuanto a la *constancia* en la práctica de los actos, está por demás decirla, porque ella es algo que se encuentra en la voluntad misma y es quizá constitutivo de la intención de quien elige y se dedica al ejercicio de una profesión. ¡Pero lo que más asombra es que, siendo muy propia y característica del comercio la práctica de operaciones siempre *renovada, cambiante y multiforme*, se sostenga que la profesión de comerciante no puede darse sin la práctica *uniforme* de operaciones mercantiles! Ni acierta el fallo en resolver, así de modo general, que no son comerciantes los dueños de fábricas, pues hay ciertos actos fabriles, como luego hemos de ver, que están asimilados a los comerciales, y, por lo tanto, producen los mismos efectos legales, ya que están regidos por el Código de Comercio.

20.—La incapacidad o la incompatibilidad superveniente, o la intención positiva manifestada por el individuo que quiere dejar de ser comerciante, hacen desaparecer esta calidad de su persona, pero no el carácter mercantil de los actos que realizó durante su ejercicio profesional; de tal modo que la ejecución y las consecuencias de todos los contratos que celebró cuando era comerciante, tienen que sujetarse a las leyes mercantiles. Así, una persona que haya dejado de ser comerciante puede ser muy bien declarada en quiebra, cuando las obligaciones no satisfechas que sean motivo de ésta, hayan sido contraídas en el tiempo en que ejerció el comercio. El derecho que asiste a los acreedores de una persona que fue comerciante para solicitar la declaración de la quiebra de éste, no cesa sino cuando prescriben las acciones de aquéllos, de conformidad con la ley mercantil.

ARTICULO 3º.

Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente.

1º. La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, mas no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieran comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias:

2º. La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil:

3º. La comisión o mandato comercial:

4º. Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés, y otros establecimientos semejantes:

5º. El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio, o viajen por alguna operación de tráfico:

6º. El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo:

7º. El seguro terrestre, o prima, incluso el de mercaderías transportadas por canales o ríos, vida, incendios, accidentes y otros riesgos:

8º. Todo lo concerniente a letras de cambio, aún entre no comerciantes, las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas y pagarés a la orden entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza o pagaré:

9º. Las operaciones de banco:

10. Las operaciones de correduría:

11. Las operaciones de bolsa:

12. Las empresas de construcción y carena de naves; la compra o venta de naves o de sus aparejos y vítuallas:

13. Las asociaciones de armadores:

14. Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas:

15. Los fletamientos, préstamos a la gruesa, seguros y más contratos concernientes al comercio marítimo:

16. Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento:

17. Los contratos de la gente de mar para el servicio de las naves:

18. Los contratos sobre salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación: y

19. Los contratos entre los comerciantes y sus factores y dependientes, sobre salarios y obligaciones que se impongan.

JURISPRUDENCIA

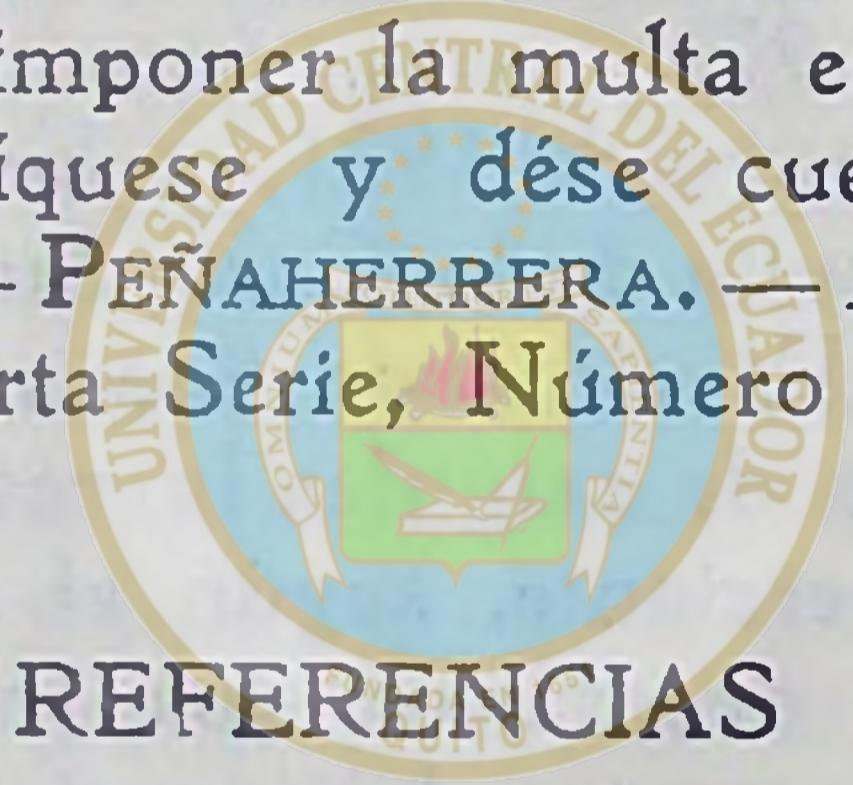
Quito, febrero 27 de 1886, las dos.—Vistos: La compra de mercaderías es mercantil cuando se celebra para lucrar con ellas, por medio de la reventa. Si esto no se expresa en el contrato, debe, a lo menos, aparecer que tal ha sido la intención del comprador, como sucede cuando consta que puso a la venta las mercaderías adquiridas, o cuando la cantidad comprada excede visiblemente a sus necesidades domésticas. Y como nada de esto resulta de autos, tiene de concluirse que el contrato fs. 1^a. no puede reputarse mercantil, y que el Juzgado de Comercio ha procedido, por lo tanto, sin jurisdicción competente. En esta virtud, se declara nulo lo obrado; siendo de cargo del Juez Consular, asesor y vocales de segunda instancia, las costas de la reposición causadas desde fojas siete.—Devuélvanse.—CEVALLOS.—SALAZAR.—NIETO.—ENRIQUEZ.—BUSTAMANTE. (Gaceta Judicial, Primera Serie, Número 127).

Quito, julio 22 de 1912, a las cuatro de la tarde.—Vistos: El acto materia de la demanda de fojas primera no es mercantil, pues no está comprendido en ninguno de los casos del artículo tercero del Código de Comercio; y el Juez Consular ante quien se ha propuesto no tenía competencia para conocer de ella. Por tanto, y porque, incompetente dicho Juez, no podía entrar a conocer las otras excepciones deducidas por la parte demandada, se confirma la primera de las resoluciones contenidas en el auto que ha venido en grado, en cuanto declara la expresada incompetencia y se revoca las demás. Devuélvanse.—MONTALVO.—ALBAN MESTANZA.—CARDENAS.—CUEVA.—UQUILLAS. (Gaceta Judicial, Segunda Serie, Número 114).

Quito, noviembre 10 de 1910, a las tres de la tarde.—
Vistos: La obligación exigida en este juicio, según ella aparece de la escritura pública que la contiene, no es mercantil; pues no consta que proviniese de acto alguno que lo fuera legalmente; y, a determinarlo, son insuficientes tanto la expresión *documento comercial* que la escritura emplea al hablar del documento a que se refiere, como el pagaré de fojas 33, por impugnado en tiempo por el mismo actor. Por esto, el Juez Consular de Comercio y la Corte Superior de Guayaquil carecerían de jurisdicción para conocer de la causa, y, en consecuencia, ésta es nula, atenta la disposición del Art. 400, N°. 1°., del Código de Enjuiciamientos civiles. Declárese, pues, la nulidad a cargo del indicado Juez y de los Ministros que han dictado la sentencia de que se ha recurrido, respectivamente. Devuélvanse.—ALBÁN MESTANZA.—MONTALVO.—VILLAGÓMEZ.—CÁRDENAS.—UQUILLAS. (Gaceta Judicial, Segunda Serie, Número 97).

Quito a 10 de mayo de 1921, a las dos de la tarde.—
Vistos: Sobre la consulta de la Corte Superior de Portoviejo, de si los dueños de Fábricas de fideos o velas, son comerciantes, para el efecto de exigirles la respectiva matrícula, se observa: para ser comerciante, según el artículo 2°. del Código de Comercio, son necesarios dos requisitos: 1°. que la persona capaz de contratar haga actos de comercio; y 2°. que estos actos de comercio constituyan la profesión habitual de la persona. Actos de comercio son los expresamente determinados en el artículo 3°. del mismo Código; y la profesión habitual consiste en la práctica profesional, diaria, constante y uniforme de operaciones que, según lo expuesto, se califica de tráfico mercantil. Los dueños de fábricas de fideos y velas, aunque su ocupación habitual sea la de producir cosas muebles para la venta, por sus actos no están comprendidos en ninguno de los casos del citado artículo 3°.; su trabajo consiste en transformar las materias primas de dichas industrias y esa transformación, mediante la cual se obtiene un nuevo producto con nuevas utilidades, no es el acto mercantil de los determinados ni aún en el numeral 1°. del citado artículo 3°.; puesto que los propietarios de esas fábricas no se limitan a comprar artículos para venderlos en la misma forma o en otra diferente, sino, como queda dicho, a transformar las materias primas en otros artículos destinadas a satisfacer las necesidades, operación fabril o manufacturera

distinta de la industria del comercio. Tanto más cierto lo expuesto, cuanto que, como lo expresa la Corte Superior en su informe, la ley de contribución sobre capitales en giro declara en el artículo 3º.; que, para los efectos de dicha ley, deben ser considerados como comerciantes los dueños de fábricas, etc.; restricción que manifiesta que dichos industriales no son comerciantes en su concepto general. Por lo expuesto, se resuelve la indicada consulta declarando que, los dueños de fábricas de fideos o velas no son comerciantes, y que, en consecuencia, ellos no están sujetos a la obligación de hacerse inscribir en la matrícula de comercio. Y en orden al procedimiento que debe observar el Alcalde Cantonal para cerciorarse del cumplimiento de la matrícula, aquél debe pedir al empleado respectivo el certificado de la inscripción, y cerciorado así de la falta de inscripción, como de haber transcurrido el plazo de quince días señalado en el artículo 26 de dicho Código, podrá imponer la multa establecida en el mismo artículo. Comuníquese y dése cuenta al Congreso.— PINO.— CARDENAS.— PEÑAHERRERA.— AYORA.— ESCUDERO. (Gaceta Judicial, Cuarta Serie, Número 59).



REFERENCIAS

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Código de Comercio. Arts. 60, 70, 100, 113, 119, 140, 169, 202, 204, 363, 366, 399, 486, 528, 545, 653, 679, 748, 759, 814, 835.

Código Civil. Arts. 1.783, 1.888, 1.998, 2.005, 2.103, 2.198, 2.245.

CONCORDANCIAS

Código de 1882.—Art. 3º.—Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

1º. La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. No pertenecen a la jurisdicción mercantil las acciones contra

los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, ni las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias:

2º. La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil:

3º. La comisión o mandato comercial:

4º. Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés, y otros establecimientos semejantes:

5º. El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio, o viajen por alguna operación de tráfico:

6º. El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo:

7º. El seguro terrestre a prima, incluso el de mercaderías transportadas por canales o ríos:

8º. Todo lo concerniente a letras de cambio, aún entre no comerciantes, las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas y pagarés a la orden entre comerciantes solamente o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza o pagaré:

9º. Las operaciones de banco: ICA

DEL CENTRO DE INFORMACION INTEGRAL

10. Las operaciones de correduría:

11. Las operaciones de bolsa:

12. Las empresas de construcción y carena de naves; la compra o venta de naves o de sus aparatos y vituallas:

13. Las asociaciones de armadores:

14. Las expediciones, trasportes, depósitos o consignaciones marítimas:

15. Los fletamientos, préstamos a la gruesa, seguros y más contratos concernientes al comercio marítimo:

16. Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento:

17. Los contratos de la gente de mar para el servicio de las naves:

18. Los contratos sobre salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación:

19. Los contratos entre los comerciantes y sus factores y dependientes, sobre salarios y obligaciones que se impongan.

Código venezolano.—Art. 3º. Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

1º. La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas, permutarlas o arrendarlas, en la misma forma o en otra distinta; y la reventa, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.

2º. La compra y la venta de un establecimiento de comercio y de las acciones de una sociedad mercantil.

3º. El arrendamiento de cosas muebles, hecho con ánimo de subarrendarlas.

4º. La comisión o mandaio comercial.

5º. Las empresas de manufacturas, almacenes, bazares, tiendas, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes.

6º. El transporte por tierra, ríos o canales navegables.

7º. El depósito de mercaderías, las empresas de provisiones o suministros, las agencias de negocios y las empresas de almoneda.

8º. Las empresas de espectáculos públicos.

9º. El seguro terrestre a prima, incluso el de mercaderías transportadas por canales o ríos.

10. Todo lo concerniente a letras de cambio, aun entre no comerciantes, las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas y pagarés a la orden entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza o pagaré.

11. Las operaciones de Banco y las de cambio.

12. Las operaciones de corretaje.

13. Las operaciones de Bolsa.

14. Las empresas de construcción y carena de naves; la compra o venta de naves o de sus aparejos y vituallas.

15. Las asociaciones de armadores.

16. Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas.

17. Los fletamientos, préstamos a la gruesa, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo.

18. Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragio o salvamento.

19. Los contratos de la gente de mar para el servicio de las naves.

20. Los contratos sobre salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación.

21. Los contratos entre los comerciantes y sus factores o dependientes.

Art. 4º.—La ley reputa actos de comercio, los contratos y las obligaciones de los comerciantes, cuando del acto mismo no aparezca que tienen causa ajena al comercio.

Código español.—Art. 359. Pertenece a la clase de mercantiles.

Las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.

Art. 360.—No se considerarán mercantiles.

Las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles.

Las de objetos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo encargo se hace la adquisición.

Las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados.

Las que hagan los propietarios y cualquiera clase de personas de los frutos o efectos que perciban por razón de renta, dotación, salario, emolumento, u otro cualquiera título remuneratorio o gratuito.

Y finalmente la reventa que haga cualquiera persona que no profese habitualmente el comercio del residuo de los aco-
pios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor can-
tidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan con-
sumido, se presumen que obraron en la compra con ánimo
de vender, y se reputarán mercantiles la compra y la venta.

Art. 1.199.—La jurisdicción de los Tribunales de Comer-
cio es privativa para toda contestación judicial sobre obliga-
ciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos
y operaciones mercantiles que van comprendidas en las dis-
posiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados
en ellas para que sean calificadas de actos de comercio.

Código francés.—Art. 632. La ley reputa actos de co-
mercio:

Toda compra de géneros y mercancías para revenderlos,
sea en su estado natural, sea después de haberlos trabajado y
labrado, o para alquilar su uso;

Toda empresa de manufactura, de comisión, de transporte por tierra o por agua;

Toda empresa de suministro, de agencia, oficinas de negocios, establecimientos de venta en pública subasta, de espectáculos públicos;

Toda operación de cambio, Banca y corretaje;

Todas las operaciones de los Bancos públicos;

Todas las obligaciones entre los negociantes, comerciantes y banqueros;

Las letras de cambio con respecto a todas las personas.

Art. 633. La ley reputa del mismo modo actos de comercio:

Toda empresa de construcción, y todas las compras, ventas y reventas de buques para la navegación interior y exterior;

Todas las expediciones marítimas;

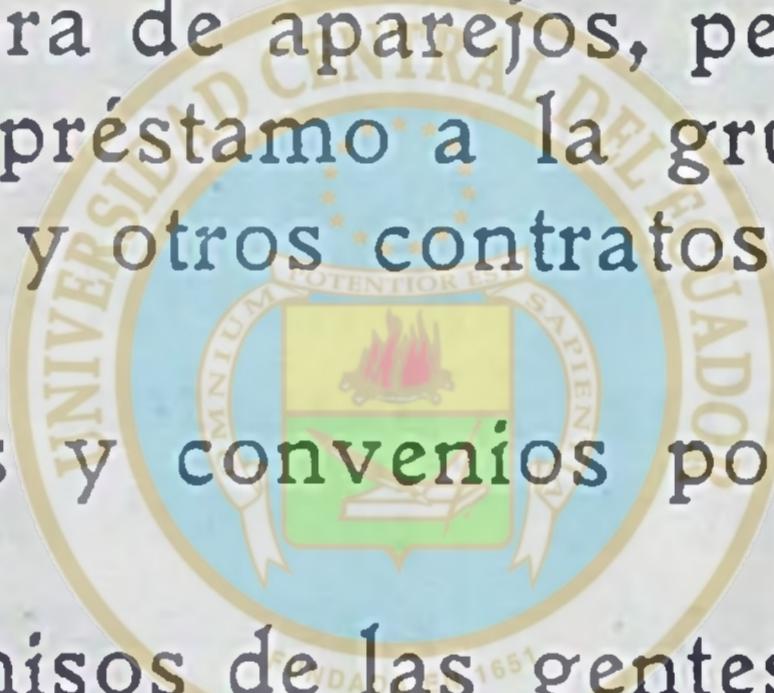
Toda venta o compra de aparejos, pertrechos y vítaulles;

El fletamento y el préstamo a la gruesa;

Todos los seguros y otros contratos concernientes al comercio marítimo;

Todos los acuerdos y convenios por salarios y sueldos del equipaje;

Todos los compromisos de las gentes de mar para el servicio de los buques mercantes.



ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Código argentino.—Art. 8º. La ley declara actos de comercio en general:

1º. Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor.

2º. La trasmisión a que se refiere el inciso anterior.

3º. Toda operación de cambio, Banco, corretaje o remate.

4º. Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador.

5º. Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra.

6º. Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto.

7º. Los fletamientos, construcción, compra o venta de buques, aparejos o provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo.

8º. Las operaciones de los factores, tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen.

9º. Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes.

10. Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial.

11. Los demás actos especialmente legislados en este Código.

COMENTARIO

21.—La complejidad y variabilidad de los elementos jurídicos que integran el acto de comercio, hacen muy difícil su exacta definición científica. Al estudiar la teoría de los actos mercantiles, recordamos algunas de las clasificaciones que de éstos existen; clasificaciones de cuyo análisis se puede deducir que los caracteres asignados como distintivos y esenciales a tales actos, no son comunes a todos: En ocasiones hay que atender al sujeto, en otras al objeto, a veces al principio de lo accesorio y en algunos casos a lo tradicional, para poder encontrar en aquéllos la substancia jurídica mercantil. Si aún dentro de la ciencia puramente especulativa no se ha podido hasta hoy dar con una definición satisfactoria del acto de comercio, fuera muy aventurado y peligroso el definirlo en un Código que tiene inmediata trascendencia en la vida jurídica real. De ahí que las legislaciones mercantiles se hayan abstenido de definir dicho acto. Mas, como en alguna forma era preciso determinar la órbita de acción del Derecho mercantil, tan difícil de deslindarlo del civil, han optado las legislaciones por uno de estos dos sistemas: o referirse simplemente a las instituciones establecidas por la ley mercantil, para de este modo indirecto fijar los actos que deben ser regidos por ella, o hacer una enumeración, ya taxativa, ya meramente enunciativa, de los mismos. Tiene el primer sistema el inconveniente de circunscribir en exceso el campo de acción de la ley mercantil, pues es sabido que las instituciones legales no pueden reglar sino un

tipo genérico de clase de actos, porque les es imposible atender a las innumerables variantes de que éstos son susceptibles en la práctica, y, tratándose de lo mercantil, no sólo de variantes, sino de continuas creaciones e innovaciones de formas jurídicas. En todo Código deben existir, y existen en efecto, uno o varios capítulos de disposiciones que se las califica de *generales*, porque rigen, no sólo las instituciones establecidas por él, sino toda actuación jurídica que no haya cabido enmarcarla en el contenido necesariamente limitado de dichas instituciones. Si a todo esto se añade la circunstancia de que al Código civil, por lo general, se le tiene como supletorio del mercantil, resultaría de la adopción del sistema que nos ocupa que todo acto que no estuviera especialmente contemplado por las instituciones legales mercantiles, por clara que fuese su naturaleza comercial, tendría que ser regido por el Código civil. Razones son éstas por las cuales la mayor parte de las legislaciones mercantiles adoptan el sistema de la enumeración de los actos de comercio, sistema que lo empleó primero el Código francés y que luego fue ampliado y completado por el italiano. Fácil es comprender que esa enumeración, para armonizar con el conjunto sistemático de instituciones y con las finalidades de un Código, no debe ser taxativa. La actividad mercantil se concreta en tantos, tan variados y renovados y a veces inesperados actos, que su enumeración completa se hace imposible. Es, pues, enunciativa la enumeración de dicho sistema, y, más que un encasillado matemático de actos de comercio, podría considerársela como una norma que procura al criterio judicial, o al de aquellos que tienen que observar la ley mercantil, los puntos de partida y los elementos de analogía para que puedan, en un caso dado, determinar la naturaleza comercial de un acto jurídico. Así, el Código italiano, luego de una larga enumeración de los actos mercantiles, dice en su artículo 4º. que «se reputan, además, actos de comercio, los otros contratos y las demás obligaciones de los comerciantes, si no son de naturaleza esencialmente civil o si no resulta lo contrario del acto mismo».

Nuestro Código adopta el sistema de enumeración, pero, por desgracia, el de enumeración taxativa, siguiendo en esto, como en casi todo, sin enmienda ni rectificación alguna, a su modelo el Código venezolano. Como consecuencia de la adopción de semejante sistema, tenemos que hay actos que

según el artículo 3º. no son mercantiles, y sí lo son según otros artículos del mismo Código. Nuestro legislador no siquiera se cuidó de comprender en la enumeración taxativa de dicho artículo 3º., los actos a que se refieren todos los capítulos del Código. Los actos concernientes a las compañías, a la cesión y trasmisión de derechos, a las cartas de crédito, a la cuenta corriente, al préstamo, al depósito, a la prenda y a la fianza, no serían mercantiles según el artículo 3º. por no estar comprendidos en su enumeración, y si lo serían por estar especialmente reglados en los Títulos IV, VI, X, XI, XII, XIII, XIV y XV del Libro Segundo. A esto se debe que la Corte Suprema, en el segundo de los fallos que hemos transcrita, sostenga que no es demanda mercantil la que no se refiere a alguno de los actos enumerados en el artículo 3º. Mas, ello es sujetarse con exceso a la letra de un artículo y sustentar un error inaceptable. ¿No deben aplicarse las disposiciones de los susodichos Títulos a los litigios en que se controviertan derechos nacidos en los contratos reglados por esos Títulos? Y si no son aplicables tales disposiciones, ¿para qué sirven y para qué están en el Código? ¿Se podrá decir que se encuentran tácitamente derogadas en virtud de lo taxativo de la enumeración del artículo 3º.? Ni con un criterio exageradamente legalista cabría dar la afirmativa por respuesta. Es tan claro en este caso el descuido, por decir lo menos, del legislador, que creemos pueril tratar cuestión sobre ello.

22.— Sabemos que la caracterización mercantil de los actos llamados *subjetivos*, depende de la causa y finalidad intencionales del sujeto. De lo cual se desprende, como queda dicho, y como lo reconoce el inciso primero del artículo que comentamos, que un contrato puede ser civil para una de las partes y mercantil para la otra. Suscitada controversia sobre un contrato de esta especie, ¿debe aplicarse la ley civil o la ley mercantil? Problema es éste que ha mantenido y mantiene en discrepancia las opiniones de los tratadistas, y cuya solución es quizá imposible si la sujetamos a la estrictez de los principios jurídicos.

Para el más claro estudio del problema, conviene advertir que no se trata de un conflicto de leyes mercantiles con civiles; pues que de ser así no habría problema, ya que, siendo las primeras especiales con respecto a las segundas, prevalecerían aquéllas sobre éstas, de acuerdo con el conocido principio consagrado por el artículo 12 del Código Civil. El

conflicto de leyes surge cuando hay dos o más de éstas que opuestamente rigen a la vez un acto de naturaleza jurídico-legal única. El problema que nos ocupa, refiriéndose a un acto de naturaleza jurídico-legal doble, está constituido por un conflicto de dos derechos igualmente válidos y garantizados por las correspondientes leyes: El derecho que tiene aquél para quien el contrato es civil, de exigir la aplicación de las leyes civiles, y el derecho que asiste al otro para quien el mismo contrato es mercantil, de reclamar la aplicación de las leyes mercantiles.

Tres soluciones se han propuesto para tal problema: 1^a. Aplicación de la ley que corresponda al primero de los reclamantes; 2^a. de la ley civil, por ser ley común; y 3^a., de la ley mercantil, por ser ésta de privilegio.

La más inaceptable de tales soluciones es, sin duda alguna, la primera. La existencia y naturaleza de los derechos de un individuo, no dependen de que éste se anticipe o no en la reclamación judicial. El ser actor o ser demandado, es circunstancia que en nada puede alterar el atributo jurídico que pertenezca a una persona.

Los que defienden la segunda de las mencionadas soluciones, fundan sus argumentos en la calidad de común que tiene la ley civil, o sea en que ésta rige, sin distinción alguna, a toda clase de personas, y que, por esta razón, el comerciante que litiga con un civil, debe quedar sujeto a la ley común. Fácilmente se da con lo débil de estas argumentaciones. Verdad es que la ley civil es común y rige a toda clase de personas, pero no es menos cierto que ese regir de la ley, como queda demostrado en la proposición 5, no siempre es continuo y actualmente real con respecto a todas las personas, sino meramente potencial. Depende de la voluntad individual, manifestada en hechos, el regir efectivo de una ley. Según sea la naturaleza de tales hechos, así será el regir o no de determinados grupos de leyes. Tanto más cuanto que en el problema que nos ocupa no se trata de leyes que digan relación directa a la personalidad misma de los sujetos, sino a los derechos de éstos con relación a los actos que verifiquen de acuerdo y al amparo de las leyes que rijan esos actos. El comerciante que realiza un contrato mercantil, tiene indiscutible y perfecto derecho de que la ley mercantil, y no otra, sea la que se aplique a su contrato. Derecho así mismo claro y perfecto asiste al no comerciante que realiza un

contrato civil para exigir que éste sea regido por la ley civil y no por otra. Ahora bien, si el mismo contrato es mercantil para el primero y civil para el segundo, la aplicación de la ley civil significaría reconocimiento y satisfacción del derecho del no comerciante, y desconocimiento y violación, sin razones jurídicas que expliquen, menos justifiquen, del derecho del comerciante. Motivos son éstos que vuelven también inaceptable esta segunda solución.

Afirmase, y con sobrado fundamento, que la ley mercantil es de privilegio, por cuanto requisitos, solemnidades, plazos, puntuados por la ley civil para las actuaciones en derecho, desaparecen los unos, se atenúan las otras, disminuyen éstos, cuando se refieren a obligaciones o acciones mercantiles. La naturaleza e importancia de la función del comercio, consideradas aquellas en los beneficios sociales que ésta produce, ha exigido que se la provea de vías llanas y expeditivas para el más fácil y mejor cumplimiento de sus fines. Tal la razón del privilegio para los actos reglados por la ley mercantil. En este carácter de privilegiadas que tienen las situaciones regidas por la nombrada ley, se basan los que sostienen la tercera solución como la más equitativa y acertada para el problema que estudiamos. La aplicación de la ley mercantil, dicen, a la controversia sobre un contrato que para una de las partes es comercial y civil para la otra, hace iguales las condiciones del actor y del demandado, ya que los dos gozan a la vez del privilegio que significa la aplicación de dicha ley. Lo fuerte de esta argumentación aparece en el resultado que se obtiene del análisis de las situaciones en que se encuentran, en cada caso, el comerciante y el civil, según sea una u otra ley la que se aplique al litigio. Si es la civil la que se aplica, el no comerciante ni gana ni pierde, pero el comerciante sí pierde el privilegio legal pre establecido para las actuaciones comerciales. Si es la ley mercantil la aplicada, no hay pérdida para ninguno de los dos, y hay más bien ganancia para el civil, que así participa del privilegio que implica la mentada ley. En consecuencia, sería esta tercera solución la que se debiese aceptar como buena, pero se oponen a ello dos muy atendibles reparos: Primero: El privilegio, por ser tal, ¿debe siempre beneficiar a una persona, aún contra su voluntad? Porque puede acaecer que el no comerciante rehuse para su litigio la aplicación de la ley mercantil, por privilegios que ésta le sig-

nifique, y reclame, según es su derecho, la aplicación de su ley. Segundo: No siempre es verdadero aquello del privilegio en cuanto a los beneficios con que se supone es favorecido el civil con la aplicación de la ley comercial. En efecto, basta con recordar que los plazos de prescripción de las acciones mercantiles, por regla general, son mucho más cortos que los de prescripción de las acciones civiles. Teniendo esto en consideración, supongamos que la acción que se desprenda de un contrato en lo civil dure el lapso de veinte años, y esa acción para el mismo contrato en lo mercantil dure cinco años. Si el civil, dentro del quinto al vigésimo año, haciendo uso de la acción que le compete según su ley, demanda en juicio el cumplimiento del contrato, el comerciante podría oponerle la excepción de prescripción basado en su ley mercantil, y si se admite que ésta es la que debe regir la controversia, se ve claro que al civil no le significa ella beneficio sino perjuicio. Son, en verdad, muy de peso estos reparos puestos a la tercera solución, pero se considera que, por lo inusitado o excepcional de los casos a que se refieren, no lo son tanto como los que cabe oponer a las dos primeras soluciones. La menos inaceptable, y la más aceptada por las legislaciones y los autores, es, pues, esta tercera solución. El Código argentino la consagra en su artículo 7º. Entre nosotros se mantiene sin solución legal el grave problema que hemos enunciado. El numeral 1º. del artículo 1.096 y el artículo 1.097, que corresponden al Libro derogado del Código, resolvían conflictos de jurisdicción, pero no los de aplicación de la ley civil o mercantil.

23.—Las principales y más frecuentes formas mercantiles del cambio son la compraventa y la permuta. De ahí que en la enumeración legal de los actos de comercio, ocupen ellas el primer lugar.

La compraventa y la permuta pertenecen ordinariamente a los actos calificados de *subjetivos* en la clasificación de éstos. En consecuencia, son contratos que toman o no el carácter mercantil según la intención del sujeto. Quien compra una cosa para usarla, atiende a la *utilidad* que le reporta esa cosa, esto es, a su eficacia para satisfacer la necesidad causa de la adquisición; quien compra una cosa para lucrar revendiéndola, atiende a la *cambiabilidad* de la misma, o sea el poder de que goce esa cosa en el mercado para ser cambiada con ganancia. El primero realiza una compra civil, por-

que no tiene ánimo de lucrar, mediar ni cambiar; este ánimo asiste al segundo, de consiguiente su compra es mercantil. El numeral primero del artículo 3º. del Código prescribe solo el ánimo de cambio para que una compra o permuta sean consideradas mercantiles. Lo cual es inexacto. Ya hemos visto que en los *actos subjetivos* deben encontrarse necesariamente los tres consabidos elementos —ánimo de lucro, mediación y cambio— para que ellos puedan adquirir el carácter mercantil.

El numeral primero del artículo 3º. del Código venezolano, correspondiente al que estudiamos de nuestro Código, considera mercantiles la compra o permuta de cosas muebles, cuando se las hace con ánimo de revender, permutar o arrendar éstas. Lo esencial para que la compra y la permuta sean comerciales, es, en verdad, el ánimo de especular, en virtud de la mediación y el cambio, con las cosas compradas o permutadas. Por tanto, nada importa qué clase de contrato posterior tenga en mientes realizar el comprador o permutante, siempre que su intención sea especular. Según nuestro Código, la compra y permuta son mercantiles tan sólo cuando el sujeto tiene intención de revender o permutar, de tal modo que si su ánimo es dar a mutuo comercial las cosas compradas o permutadas, o ponerlas en depósito productivo, o arrendarlas lucrativamente, o aportarlas a una compañía mercantil, etc., la compra o permuta no son comerciales. Lo cual está en desacuerdo con los principios filosóficos y jurídicos que determinan y explican los elementos que constituyen los actos mercantiles llamados compra y permuta.

Notables son las disposiciones de los numerales 1º. y 2º. del artículo 8º. del Código argentino, por cuanto ellas no se limitan a la compraventa y la permuta, sino que, con gran acierto, consideran actos de comercio «toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación», y «la transmisión» a que esta regla se refiere. Adquisición onerosa de cosas y transmisión lucrativa de las mismas, es la enunciación sintética y genérica de las operaciones comerciales por excelencia; y si se advierte que se puede adquirir una cosa, no sólo por compra o permuta, sino por cualquier título translativo de dominio, y si se tiene en cuenta, además, que se puede comerciar no sólo con la adquisición y transmisión de la propiedad, sino con la

de cualesquiera de los derechos que a ésta constituyen, como los de uso o goce, se puede apreciar la bondad de las disposiciones referidas que hacen del Código argentino, en este aspecto, uno de los mejores y más completos. Fácilmente se advierte que, con dichas disposiciones, se rigen numerosos contratos mercantiles, como la compraventa, permuta, arriendo, mutuo, cesión, etc.

Si la adquisición de cosas —usando los términos del Código argentino— es comercial únicamente cuando hay *intención de lucrar con la transmisión* de éstas, correlativamente la transmisión de cosas es mercantil sólo cuando *va precedida de la adquisición comercial de las mismas*. Por estos motivos, no es comercial la transmisión lucrativa que hace una persona de alguna cosa existente en su patrimonio, cuya adquisición la deba a causa no mercantil. La razón es fácil de encontrar. Elementos esenciales del acto *subjetivo* comercial son el ánimo de lucro, la mediación y el cambio. En el caso propuesto, la persona que realiza la transmisión tiene ánimo de lucro y hace acto de cambio, pero no verifica mediación alguna. Falta, de consiguiente, en esa transmisión uno de los elementos del acto comercial. A las razones anteriormente expuestas, esto es, a que la transmisión es comercial sólo cuando es consecuencia de una adquisición así mismo comercial, se debe que el numeral 1º. del artículo 3º. de nuestro Código disponga que sean mercantiles «la compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de *estas mismas cosas*», no de otras.

Advertimos ya en otra parte que los elementos del acto de comercio hay que encontrarlos, no propiamente en los hechos, sino en la intención del sujeto, o, mejor dicho, en la íntima compenetración y coexistencia mercantiles de los hechos y la intención. Los hechos, por sí sólos, anteriores o posteriores, contrarien o no la intención del sujeto, en nada alteran la naturaleza jurídica del acto. Así, la persona que adquiere una cosa con ánimo de comerciar con ella, realiza un acto de comercio, aunque posteriormente dé otro destino a esa cosa, por ejemplo, al de uso personal. Así mismo, quien adquiere una cosa para usarla y luego la destina a trasmisión lucrativa, no verifica, con ésta, acto mercantil.

24. La actividad comercial ha dado preferencia casi exclusiva a las cosas muebles para hacerlas objeto de su espe-

culación. Ello se explica fácilmente. El comercio, para alcanzar sus dos primordiales finalidades, objetiva y subjetiva, requiere de vías llanas para sus procedimientos y de rapidez de ejecución para sus transacciones: la prontitud y abundancia de aquéllos y de éstas, son causa directa y eficiente de la realización de dichas finalidades. La grande facilidad para el transporte y, sobre todo, lo sencillo de la trasmisión del dominio de las cosas muebles, hacen que éstas reunan las condiciones que mejor sirven para las prácticas del comercio. Tales circunstancias son las que han decidido a la mayor parte de los tratadistas y de las legislaciones, a considerar que sólo las cosas muebles puedan ser objeto de contratación mercantil. Nuestro Código sigue esta tendencia, pues en el numeral 1º. de su artículo 3º. se lee: «La compra o permuta de cosas muebles». Los Códigos italiano, mejicano y japonés son, entre los que conocemos, los únicos que admiten los inmuebles como objetos de comercio.

En la discusión que sobre este punto sostienen los autores, no hemos dado con razones lo suficientemente irrefutables para admitir la exclusión de los bienes inmuebles en la contratación mercantil. Ciento que no es lo ordinario que a éstos se los emplee como objetos de la especulación comercial, pero puede suceder, y en realidad sucede con bastante frecuencia, que una persona compre o arriende una casa, por ejemplo, no con la intención de vivir en ella, sino con la de lucrar con su reventa o subarriendo. Acto es éste en que encontramos todos los elementos del mercantil. En cuanto a que el comercio requiere de la trasmisión fácil y expeditiva del dominio de las cosas y de la rapidez de las transacciones, circunstancias que, según se afirma, no podrían hallarse en el comercio de inmuebles, son argumentos que dicen de la mayor aptitud de las cosas muebles para el tráfico, pero no de la imposibilidad científica ni práctica de las cosas inmuebles para servir a la actividad comercial.

Al encontrar que el numeral 1º. del artículo 3º. de nuestro Código, excluye las cosas inmuebles tan sólo de los contratos de compraventa y permuta, ocurre preguntar si ellas son susceptibles de ser objeto de otros contratos mercantiles. Prohibición expresa de que los inmuebles sean objeto de una operación comercial —excepción hecha de la compraventa y la permuta— no hallamos en el Código; mas, por la doctrina en que él se inspira y por la tendencia que sigue, pode-

mos afirmar que es contrario a su espíritu el comercio de inmuebles; lo cual no obsta para que éstos, en ciertas circunstancias, sean objeto de un contrato mercantil. Ejemplo de ello sería el de una obligación comercial cualquiera asegurada con hipoteca. Como lo accesorio sigue a lo principal, la obligación hipotecaria tendría también el carácter comercial de la obligación principal a la que accede.

25. Varias son las clasificaciones que, en la Ciencia de la Economía, se hace de las industrias. No atañe a nuestro estudio el discurrir sobre la bondad o no de tales clasificaciones, importándonos sólo el saber la existencia indiscutible de varias industrias, distintas unas de otras, porque distintos son los objetos perseguidos por cada una de ellas. Tomemos una cualquiera de dichas clasificaciones: industrias extractivas, agrícolas, fabriles, mercantiles. Las extractivas cumplen con su objeto, como lo indica su misma denominación, extrayendo las substancias ocultas en la tierra o acumuladas en su superficie, como los minerales; las agrícolas tienen por finalidad la reproducción natural de vegetales y animales; las fabriles, alteran, adaptan, transforman las cosas en el sentido de mejor valor o utilidad; las mercantiles, traen y llevan las cosas y verifican el cambio de unas con otras en el juego de la oferta *quyo* de la demanda. De estas cuatro clases de industrias, las tres primeras pertenecen a la parte de la Economía llamada Producción, y la última, o sea la mercantil, a la Circulación. La industria fabril es, pues, la única que tiene por objeto *cambiar la forma de las cosas*. Por eso, ya Stracca, uno de los más antiguos y célebres tratadistas de Derecho comercial, indicaba, en 1553, como una de las necesarias condiciones del acto mercantil, la de que éste no cambie la forma del objeto de comercio.

No obstante la existencia de estos indiscutibles principios, y debido a que el Derecho económico aún no se ha concretado en ramas legislativas sustativadas y diferenciadas según los diversos fenómenos económicos —Derecho de la producción, de la circulación, del reparto, del consumo—, y debido también a que ciertas actividades industriales, especialmente las fabriles, tienen estrechas vinculaciones con las del comercio, por parecer conveniente a la marcha y a las finalidades individuales y sociales de estas industrias, se ha ampliado la esfera de acción de la ley mercantil haciendo que ésta rija actuaciones que en realidad nada tienen de co-

merciales. El Código francés reputa actos de comercio las empresas de manufacturas; el argentino, las empresas de fábricas; el italiano, más explícito y extensivo, manda, en su artículo 3º., que se reputen como actos de comercio las empresas de fábricas y construcciones, las de manufacturas, las de espectáculos públicos, las editoriales, tipográficas o de librería. Claro está que los susodichos actos, en los Códigos mencionados y en otros, son reputados comerciales sólo para el efecto de la aplicación de la ley mercantil; lo cual no significa que se haya trocado su naturaleza económica ni sus características científicas. El Código venezolano, como puede verse en las Concordancias de este Programa, mandaba también, en el numeral 5º. de su artículo 3º., que sean consideradas actos de comercio las empresas de manufacturas. Nuestro Código no siguió en ésto a su modelo; eliminó del numeral correspondiente al antedicho del venezolano, la frase «empresas de manufactura». De lo cual podemos quizá inferir que fue intención de nuestro legislador excluir los actos fabriles de la órbita de acción de la ley mercantil. Habrálo conseguido, si se cuidara de reformar el numeral 1º. del artículo 3º. en la parte relacionada con el *cambio de forma* de las cosas. Así como ese numeral se encuentra, sin otras disposiciones que le correspondan y complementen, sí bien sirve para extender la vigencia del Código a algunos actos fabriles, por esta misma parcialidad en esa vigencia, es fuente fecunda de dudas, confusiones y de distinciones doctrinariamente injustificables que hay que hacer de los casos prácticos. Son mercantiles «la compra o permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta», dice el numeral que nos ocupa. En virtud de esta disposición toman el carácter comercial la compra y permuta de materia prima hechas por cualquiera empresa fabril. Pero en lo que respecta a la venta y permuta de las cosas cambiadas de forma, o fabricadas, hay que distinguir: si la empresa fabril es productora de la materia prima, las ventas y permutas que haga de sus artículos no son comerciales; pero si la empresa ha adquirido por compra o permuta la materia prima, entonces las ventas y permutas de sus productos son comerciales.

De desear sería que en nuestra legislación, o se asimilara de modo completo y total, para los efectos de la aplicación de la ley, el acto fabril al mercantil, o se deslindaran éstos de tal

manera que se sepa que sólo el acto propiamente comercial es el regido por el Código de Comercio; porque es antijurídico e inconveniente que los actos de la industria fabril o manufacturera sean regidos, en veces, por la ley comercial, y en otras, por la ley civil. Esto motiva la existencia de numerosas dificultades en todos aquellos casos en que no es posible, dada la disposición que comentamos, saber a ciencia cierta qué ley es la que debe regir, como cuando la materia prima es comprada en parte, y en parte producida por la empresa fabril. Expresiones de sentido tan vago como es la empleada en el artículo 3º: «en la misma forma o en otra distinta», son causa, no sólo de las dificultades antes anotadas, sino de dudas y despropósitos en la aplicación de la ley comercial. El orfebre, el escultor, el pintor, que compran oro, mármol, colores, con el objeto de hacer obras artísticas y lucrar luego con su enajenación, ¿realizan actos de comercio? Es indudable que quienes tales cosas hacen, no sólo transforman los objetos comprados, sino que crean belleza, y, por lo mismo, son productores que no intermediarios. Pero la industria fabril o manufacturera, al cambiar la forma de las cosas, esto es, al darlas aptitud, para el mejor uso o goce, ¿no es también creadora de utilidad? No vamos a entrar en disquisiciones metafísicas sobre los conceptos de belleza y de utilidad, ni a discurrir sobre las diferencias o compenetaciones de lo económico y lo estético, porque nos perderíamos en las sutilezas de análisis filosófico - económicos que no nos corresponden, sino simplemente deseamos anotar que no hay razón, a nuestro juicio, para considerar productores a los creadores de belleza, e intermediarios a los creadores de utilidad. Hay quienes sostienen que es fácil diferenciar el acto artístico del fabril o mercantil, para los efectos de la aplicación de disposiciones como la que nos ocupa, con sólo acudir al principio de lo accesorio: si el material empleado en la confección de una cosa es de mayor valor e importancia que la obra de artificio realizada, el acto será fabril o de manufactura, y artístico en el caso contrario. En la obra artística, en verdad, lo de menos importancia son, por regla general, los materiales empleados; importancia que se manifiesta ya de otra manera, más o menos acentuada, en los productos fabriles o manufacturados. Pero, ¿cómo determinar, en cada caso, cuantitativamente y cualitativamente lo accesorio del material? Se ha propuesto a este respecto, entre muchos, el caso del fotógrafo, de quien —usan-

do el principio de lo accesorio— no se sabría decir si práctica o no actos de comercio o artísticos al ejercer su profesión, puesto que no es fácil decidir si mayor valor e importancia tiene su actuación profesional que la máquina y elementos fotográficos que emplea, o viceversa. Estos difíciles y complejos problemas que, gracias a disposiciones tan reprochables como la del numeral 1º. del artículo 3º. del Código, pueden ser frecuentes en la práctica, no tienen otra solución que la que dé el criterio judicial atendiendo a las circunstancias que acompañen a cada caso.

Al poco acierto de la disposición del mismo citado numeral, debemos también, a buen seguro, atribuir lo contradictorio de los considerandos del último de los fallos transcritos de la Corte Suprema. «Los propietarios de esas fábricas, dice el mentado fallo, no se limitan a comprar artículos para venderlos *en la misma forma o en otra distinta*, sino a *transformar* las materias primas en otros artículos», como si *transformar* no significara lo mismo que *cambiar de forma*. Estimamos que el referido fallo está en pugna con lo dispuesto por el numeral 1º. del artículo 3º. del Código; ya que, de atenerse a éste, debemos necesariamente considerar como actos mercantiles la compra, la venta y la permuta que realicen las empresas fabriles o manufactureras, en las circunstancias y con las condiciones que quedan expuestas.

26.—En la última parte del numeral 1º. del artículo que nos ocupa, se lee: «pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados». ¿Qué significado tiene la palabra *jurisdicción* en esta frase legal? O su sentido se refiere a la competencia de los jueces de comercio para conocer privativamente de los juicios que se promuevan contra los agricultores o criadores por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, o, extendiendo el alcance y aplicación de la ley mercantil, hay que comprenderlo como mandato legal de que sean comerciales las ventas que de tales frutos hagan los agricultores y criadores. El primer supuesto, de ser verdadero, nos ahorraría el estudio crítico de la parte del artículo arriba transcrita, puesto que, derogada como se halla la jurisdicción mercantil como institución independiente de la civil, no existen ya cuestiones al respecto. Mas, el hecho de encontrarse la disposición que comentamos formando el contenido del artículo 3º., que tiene por

objeto la enumeración de los actos de comercio, y lo difícil de creer que el legislador haya querido intercalar en tal enumeración disposiciones que en ningún caso podían estar en ella, sino en el Libro V del Código, nos convencen que la inteligencia que debe darse a la parte del numeral que estudiamos, es la de considerar actos mercantiles las ventas de los frutos de cosechas y ganados hechas por agricultores y criadores. ¿Qué razones de orden práctico, ya que doctrinarias no es dable encontrarlas, decidió a nuestro legislador a dictar disposición semejante? Parece que él se dedicó a espigar en el campo de actuación de las industrias, y tomó de éstas al azar uno que otro acto para sujetarlos a la ley mercantil.

27.—Pero la más censurable, y digna más de ironía que de comentario, es la parte final del numeral que estudiamos: no pertenecen a la jurisdicción mercantil, dice, las acciones «intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieran comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias». ¿Y si hubieran comprado para el uso y consumo de otras personas, por ejemplo para el de un amigo o paniaguado, sería mercantil la acción que se intentara para el correspondiente pago? Elemental es el conocimiento, no digamos en la doctrina, sino en la simple apreciación racional de los hechos humanos, de que no todos los actos que ejerce una persona que tiene la calidad de comerciante son ni pueden ser mercantiles, como no son profesionales todos los actos que realiza una persona que tiene el carácter de abogado, pongamos por caso. La complejidad de la vida social, en relación con las necesidades de la individual, exige múltiple personalidad en cada sujeto. El matiz de una actuación corresponde al de la personalidad de que se reviste el individuo en la escena jurídica. Se puede ser, a la vez, ciudadano, padre de familia, comerciante, etc., y según sea la calidad con que se obre, así los actos serán políticos, civiles, mercantiles, etc. La existencia de diferentes clases de actos jurídicos ha exigido diferentes órdenes de leyes. Cada clase se rige por el grupo de leyes que exclusivamente le corresponda. El comerciante, como otro hombre cualquiera, tiene aptitud para la múltiple personalidad jurídica, y, por lo mismo, atribución para ejecutar toda clase de actos. La ley mercantil le será aplicable sólo cuando actúe revestido de su personalidad de comerciante, o cuando verifique actos objetivos de comercio aunque no tenga tal calidad. Las diferenciaciones o razo-

namientos anotados, como puede juzgarse, pertenecen al análisis doctrinario de la respectiva situación jurídica; pero son impropios para formar el contenido de una ley, la que no debe ser sino una norma sintética inspirada en las conclusiones y no en las premisas de dicho análisis. Tanto más reprochable es la parte del numeral que estudiamos, cuanto que ya el legislador dispuso, en el artículo 1º., que el Código de Comercio debía regir únicamente las obligaciones de los comerciantes *en sus operaciones mercantiles*; principio que no había menester de expresarlo en cada caso, menos aún en la forma pobrísima en que lo encontramos en el numeral 1º. del artículo 3º.

La disposición del Código de 1882, correspondiente a la que nos ocupa, estaba más de acuerdo con los principios científicos, pues decía, aunque sin necesidad, que «No pertenecen a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores», etc. Si tal disposición en el Código de 1882 era inútil, en el actual, además de inútil en una parte, es errónea en otra. El numeral correspondiente en el Código venezolano, modelo del nuestro, no tiene semejante aditamento.

28.—Nuestro Código de Comercio prescinde del arrendamiento como contrato susceptible de tomar el carácter mercantil. En lo cual no vemos razón alguna. En el contrato de arrendamiento pueden concurrir, sin inconveniente de ninguna clase, —cuando el arrendador ha adquirido las cosas con el ánimo de arrendarlas y el arrendatario las toma con el de subarrendarlas— los tres elementos del acto comercial, ánimo de lucro, mediación y cambio, y, por consiguiente, ser el mencionado contrato tan mercantil como cualquier otro. Y ésto, no sólo en el arriendo de muebles, sino también en el de inmuebles. Los Códigos frances, venezolano y mucho otros, aceptan y hacen constar en la enumeración de los actos de comercio el arrendamiento de muebles.

29.—El numeral 1º. del artículo 3º. trata de los contratos de compra y de venta. La disposición de ese numeral, dada la amplitud y generalidad de sus términos, tiene virtualidad para regir todas las modalidades y especificaciones de que pueden ser susceptibles dichos contratos. Parece, pues, inútil y por demás el numeral 2º. del citado artículo, que dispone sean actos mercantiles la compra y la venta de establecimientos de comercio y de acciones de sociedades mer-

cantiles. Mas, a poco de recurrir al espíritu de las referidas disposiciones, y de analizar los términos por éstas empleados, se da con la intención y finalidad que tuvo el legislador para reglar los contratos de compra y de venta según sea su obteto, en la forma en que se los encuentra en el Código. En la proposición número 13 recordábamos una de las principales clasificaciones de los actos de comercio, y ya sabemos qué es lo que se debe entender cuando se los califica de *subjetivos u objetivos*. Pues bien, el numeral 1º. del artículo 3º. regla los contratos de compra y de venta considerados como actos mercantiles *subjetivos*, y el numeral 2º. del mismo artículo les da la calidad de actos mercantiles *objetivos*. Existen, pues, en nuestro Código unos mismos contratos que, según sea el objeto de la relación jurídica, son, ya *actos de comercio subjetivos*, ya *actos de comercio objetivos*. A estas consideraciones, y a lo que anteriormente queda expuesto, se debe el que, sujetándonos a la disposición del numeral 1º. del artículo 3º., no podamos hablar propiamente de *ventas* mercantiles, sino de *reventas* mercantiles. El numeral 2º. de dicho artículo hace que la venta en sí misma, por si sola, tenga el carácter mercantil. De no existir tal numeral, no sería acto de comercio la venta que, por ejemplo, hiciera una persona de un establecimiento de comercio adquirido por herencia o donación.

ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Se explica que el legislador haya dispuesto que la compra y la venta de establecimientos de comercio y de acciones de sociedades mercantiles sean siempre consideradas como actos de tráfico, ya por la significación o trascendencia que los tales contratos tienen para el comercio, ya por presunciones demasiado razonables y justas que nacen de la apreciación lógica de los hechos: es lo ordinario y común que las personas que compran o venden establecimientos de comercio o acciones de sociedades mercantiles, realicen dichos contratos, no teniendo en mientes finalidades civiles, sino con el propósito de especular comercialmente. Puede, en la práctica haber excepciones, pero es sabido que éstas no alteran lo general. Por lo demás, en la proposición número 13, quedan ya enunciadas las razones que justifican la existencia, en la doctrina y en la ley, de los actos llamados objetivamente comerciales.

30.—La comisión es una de las formas del mandato en su concepto general, pero se distingue del mandato mercan-

til específicamente considerado, distinción que se halla establecida en los artículos 363 y 366 del Código, y que es fácil determinarla con sólo saber que el comisionista verifica actos de comercio *a su propio nombre* pero *a cuenta del comitente*, y el mandatario los realiza *a nombre y por cuenta del mandante*. De esta circunstancia resulta que quien contrata con el comisionista no tiene relación jurídica alguna con el comitente, relación que, por el contrario, se establece directamente entre el mandante y la persona que ha contratado con el mandatario. Son, pues, dos situaciones contractuales diferentes las que nacen de la comisión y del mandato, y que es preciso no confundirlas para evitar graves errores. Lo decimos, porque en el numeral 3º. del artículo 3º., se emplea una forma gramatical fácil de originar dudas al respecto de saber si el legislador consideró o no como sinónimas las palabras «comisión» y «mandato mercantil». Más corrección nos parece habría tenido el mentado numeral si dijera «La comisión y mandato comercial».

Al recordar las clasificaciones de los actos de comercio, decíamos que hay *actos de cambio* y *actos para el cambio*, siendo los primeros aquellos que directa e inmediatamente producen el cambio de valores mercantiles, y los segundos, los que lo realizan indirecta y mediamente. Si la comisión y el mandato tienden, por su naturaleza, prestando facilidades a los comerciantes, a ^{ÁREA HISTÓRICA} ~~obviar inconvenientes~~ y promover las operaciones comerciales, es claro que tienen todos los caracteres de los actos mercantiles llamados, en la clasificación, *actos para el cambio*.

31.—Materia de discusión entre los tratadistas es el significado que debe darse a la palabra «empresa», empleada por las legislaciones en la enunciación de los actos de comercio. Ninguna de las acepciones gramaticales de dicha palabra, corresponden al sentido que requiere el Derecho mercantil. Es la ciencia de la Economía la que procura elementos para su adecuada comprensión. Es sabido que, según esta ciencia, son *la naturaleza, el trabajo y el capital*, los tres factores de la producción. Pues bien, a la eficiente organización económica de esos tres factores —o de dos de ellos, como el capital y el trabajo—, realizada y dirigida por un ser de razón, es a lo que se denomina empresa.

Si se recuerda que la Economía Política está dividida en cuatro grandes capítulos, en atención a los cuatro más

importantes momentos económicos —producción, circulación, reparto y consumo—, y si se quiere saber a cuál de ellos pertenece el comercio, con sólo recordar la naturaleza y finalidad de éste, cabe afirmar que es parte del fenómeno llamado circulación. Teniendo esto en cuenta, ¿cómo referirse a los factores de la producción para explicar con ellos el significado de empresa comercial? Bien que tal se haga en países como Francia o Argentina, cuyas legislaciones asimilan a los actos de comercio todos los de la industria fabril, industria que se halla comprendida en el fenómeno de la producción. ¿Podremos nosotros acudir al concepto de empresa antes enunciado, para dar con el alcance que esta palabra tenga en el numeral 4º. del artículo 3º.? Indudablemente que sí, porque los tres factores, *naturaleza, capital y trabajo*, intervienen no sólo en la producción de la riqueza, sino que condicionan la circulación de la misma. El comerciante, para adquirir mercaderías del oferente, emplea el *capital* para el pago del valor de ellas; al adquirir y transmitir éstas, necesariamente desarrolla *trabajo*, el trabajo que requiere el cumplimiento de la finalidad objetiva del comercio, o sea el hacer coincidir la oferta con la demanda, destruyendo los inconvenientes ocasionados por el tiempo y el espacio; y, como la trasmisión no es coetánea de la adquisición, el comerciante ha menester de un lugar *o localidad*, para guardar o almacenar las mercaderías. Es, pues, evidente que la actividad económico-social nombrada comercio, necesita y emplea los tres factores en referencia, o por lo menos dos, si el género de comercio es tal que no exija un lugar dado, como el de un mercader ambulante, o el de una persona que tráfique sólo con papel endosable.

De aceptarse el razonamiento que antecede, se explicaría la disposición del numeral 4º. del artículo 3º., aseverando que son actos de comercio todos aquellos que sirven para constituir y desarrollar la organización, *con finalidad mercantil*, de dos o tres de los factores económicos llamados *naturaleza, capital y trabajo*.

Las palabras «almacenes», «tiendas», «bazares», etc., que emplea el susodicho numeral, entrañan siempre, en sus acepciones gramaticales, la idea de lugar o localidad. ¿Será este sentido etimológico el que la ley quiere que tenga las mentadas palabras? De ser así, habría que considerar como empresas comerciales aquellas que tuvieran por objeto pro-

veer de localidades al comercio. Mas, ya sea porque el significado de localidad o lugar está íntimamente unido al de cosas inmuebles, que según nuestra ley no pueden ser objetos de comercio, ya porque es más razonable que a las palabras en cuestión se deba comprenderlas de acuerdo con las ideas que ellas expresan en el vocabulario de uso ordinario o común, creemos que es a su sentido figurado al que se refiere la ley, esto es, a la reunión y organización, en un lugar dado, de elementos apropiados para el ejercicio de actos de comercio.

Como consecuencia lógica de lo expuesto, tenemos que afirmar que todo establecimiento de comercio es, para los efectos de la ley, una empresa, y, lo que es mas, que todo comerciante es un empresario, pues aquél y éste, en una y otra forma, coordinan, organizan o dirigen *el trabajo, el capital o la naturaleza*. Hay que advertir, sin embargo, que, si en verdad, todo comerciante resulta ser un empresario, no todo empresario es comerciante, porque para tener esta calidad es preciso ejercer *habitualmente* actos de comercio, y una persona puede muy bien adquirir el carácter de empresario para el ejercicio meramente *eventual* de los mismos.

32.—Si para obtener la conjunción de la oferta con la demanda, *finalidad objetiva* del comercio, es preciso deshacer los obtáculos generados por el espacio, la actuación con la cual ello se consiga, viene a ser parte del comercio mismo. Esa actuación es el transporte, que consiste en el acarreo de personas y objetos de un lugar a otro. Puede ser terrestre, marítimo o aereo, según se lo realice por la tierra, el mar o el aire. El transporte es uno de los actos de comercio que, en la clasificación de éstos, pertenece a los llamados *para el cambio*, y que, dado el papel que él desempeña en el tráfico, es uno de los más importantes.

El numeral 5º. del artículo 3º. se refiere al transporte terrestre, incluido en éste el fluvial, pero lo considera acto de comercio sólo cuando su objeto son mercaderías, o personas que ejerzan el comercio o viajan por alguna operación de tráfico. Tales condiciones puestas al transporte para que sea mercantil, son peculiarísimas de nuestro Código. No hemos encontrado parecida disposición en ninguna de las legislaciones extranjeras que conocemos, por lo menos en la parte referente al transporte de personas. Dichas legislaciones estiman actos mercantiles las empresas de transporte, sin preo-

cuparse de distinguir la naturaleza del objeto transportado. En rigor, y si se sujeta el raciocinio a la estrictez de los principios doctrinarios, hay que reconocer que nuestro legislador estuvo en lo justo al dictar la regla del numeral 5º. del artículo 3º. con la intención que en ella se manifiesta, la cual no no es otra que diferenciar el transporte mercantil del civil, y observar la norma que prescribe que los actos auxiliares —actos para el cambio— no son mercantiles sino cuando los principales tienen este carácter. Mas, la calidad mercantil tradicional del transporte, la circunstancia de que éste, sí en verdad sirve a veces a relaciones jurídico-civiles, ha sido y es función económica que debe su índole, su frecuencia y su perfeccionamiento a la actividad comercial, y la consideración de que la ley, para ser buena, no debe sacrificar a la verdad metafísica aquello que sirva para su mejor aplicación positiva, nos deciden a juzgar que el sistema empleado por las legislaciones extranjeras, al respecto del transporte, es superior al seguido por la nuestra. Fácil es percibirse de las dificultades que, en la práctica, existen entre nosotros para averiguar si es o no comercial el transporte, sobre todo cuando éste es de personas, pues es preciso proceder a indagar la calidad de éstas y, lo que es más, los motivos íntimos por los cuales ellas se dedican a viajar. No pasaremos adelante sin anotar el error y contradicción en que incurre nuestra legislador al mandar que sea mercantil el transporte de personas que ejerzan el comercio (Hay ejercicio habitual y eventual de éste. Suponemos que el legislador se refiere al primero, que es el que confiere al sujeto la calidad de comerciante). Hemos demostrado ya que no todos los actos realizados por un comerciante, o persona que ejerza el comercio, puedan ser considerados apriori mercantiles. Cuando un comerciante viaja por asuntos familiares, pongamos por caso, está muy lejos de actuar como tal comerciante, y sin embargo, el transporte relativo a este viaje debe ser considerado mercantil, según el numeral 5º. del artículo 3º., con lo que contradice al mismo espíritu que lo informa. Además, si el legislador quiso ser consecuente con la estrictez de los principios, a los que parece sujetarse con tanto escrupulo en materia de transporte terrestre, debía reformar el transporte marítimo, del mismo modo que aquél. Según el numeral 14 del artículo 3º., el transporte marítimo es siempre mercantil, sea cualquiera el objeto o la calidad de la persona transportada. Poco feliz

anduvo nuestro legislador al optar por dos sistemas para regular las dos clases de transporte, pues es muy clara e indudable la similitud que existe entre una y otra.

El artículo 204, que define el contrato de transporte, exige para que éste sea mercantil, que las mercaderías transportadas sean ajenas. Esta condición no es sino consecuencia del principio que requiere en el acto de comercio el concurso de sus tres conocidos elementos. En el transporte de cosas propias no hay ánimo de lucro ni mediación, faltando en él, por consiguiente, dos de las características esenciales del acto mercantil.

33.—El progreso de las industrias contemporáneas, ha hecho de modo que el aire sea también hoy un medio por el cual se pueda realizar el transporte. Expedido nuestro Código en tiempos en que la aviación era más un anhelo que una realidad, no era posible que tuviera disposiciones que reglaran el transporte aéreo. Mas, ahora que tenemos este servicio —realizado por compañías extranjeras, por lo menos en la costa de la República— surge la cuestión de saber que reglas le serán aplicables, si las de transporte terrestre o las del marítimo. De ser observable la disposición del numeral 7º. del artículo 18 del Código Civil, nos encontrariamos con la grave dificultad de resolver si el transporte aéreo guarda más analogías con el terrestre que con el marítimo, o víc versa, dificultad cuya solución tendría consecuencias para la caracterización misma del acto y para la aplicación de éstas o aquellas leyes, puesto que el transporte terrestre y el marítimo no tienen idéntica naturaleza jurídica en nuestra legislación, como hemos visto en la proposición que precede. Los artículos 4º. y 5º. del Código de Comercio, establecen, como derecho supletorio del mercantil, el consuetudinario y el civil. En virtud de lo dispuesto por esos artículos, y dado el silencio de la ley comercial al respecto, los contratos del transporte aéreo deben ser regidos por las costumbres mercantiles, y en falta de éstas, ya que nos es posible servirse de la analogía, por las disposiciones del Código Civil. Dado lo reciente de la iniciación, entre nosotros, del transporte aéreo, no es posible que haya costumbres con respecto a él, y aún en el caso de que existan, no tendrían valor legal por carecer de las condiciones de tiempo prescritas por el artículo 4º. Son, pues, las leyes civiles las únicas que están en aptitud para regir los mencionados contratos. La aviación, como medio de transporte, va

tomando grande incremento. Sería conveniente, por lo mismo, completar y modernizar nuestro Código de Comercio con leyes que versen sobre ella.

34.—El depósito, contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble para que la guarde y la restituya en especie, debe reunir, para ser mercantil, las dos siguientes condiciones puntuadas por el artículo 528 del Código: «1º. Que el depositante y el depositario tengan la calidad de comerciantes; y, 2º. Que se haga el depósito a consecuencia de una operación mercantil».

Sabemos que, por regla general, toma el carácter comercial cualquier acto jurídico que tenga estrecha vinculación con alguno calificado de acto mercantil, importando al efecto poco o nada la calidad de los sujetos. Sistema subjetivo llámase al empleado por el Derecho mercantil de principios del siglo XIX, sistema que hacía depender el carácter comercial de los actos de la calidad de comerciantes de las personas que los verificaban. Rezagos de ese sistema, abandonado hace mucho tiempo por erróneo, es, a no dudarlo, la primera de las condiciones exigidas por nuestra ley para que el depósito sea mercantil. A lo menos, nosotros no damos con razón alguna que, dentro de la moderna doctrina comercial, sea lo suficiente valedera para justificar la exigencia del numeral primero del artículo 528. Si una persona no comerciante tiene indiscutible aptitud y derecho para verificar toda clase de actos de comercio, ¿por qué no ha de poder realizar un depósito mercantil? ¿Qué motivos explican que este contrato sea exclusivo de comerciantes?

La que es razonable es la segunda de las condiciones transcritas, ya que siendo el depósito un acto meramente auxiliar, debe coexistir con el principal, del que aquél toma el carácter mercantil. Con referencia a esta condición, el Código italiano emplea mejores y más compresivos términos, pues dice, en el numeral 23 de su artículo 3º., que es el que enumera los actos mercantiles: «los depósitos *por causa comercial*». Según el citado numeral 2º. del artículo 528 de nuestro Código, el depósito comercial debe ser siempre una *consecuencia* y no un *antecedente* de operaciones mercantiles. Requisito injustificable. Lo necesario para que los actos auxiliares tengan la calidad de mercantiles, es su dependencia de una operación comercial, sin importar que su realización sea efectuada antes o después de ésta.

35.—La expresión «agencia de negocios mercantiles», empleada por el numeral 6º. del artículo 3º., puede entenderse en dos sentidos: o es la gestión realizada por una persona en los negocios de otra en virtud de mandato, o es la oficina establecida y abierta al público en que una persona, individual o colectiva, ofrece indeterminadamente los servicios de aquélla gestión. El primer caso hállase comprendido en la comisión o en el mandato comercial, y el segundo, que también es una modalidad de éste, tiene muy de manifiesto su calidad mercantil, por cuanto ya sabemos que toda actuación que se vincula al comercio, condicionándolo o auxiliándolo, participa del carácter del mismo.

36.—«Los martilladores, dice el artículo 100 del Código, son oficiales públicos encargados de vender públicamente, al mejor postor, productos naturales, muebles y mercaderías sanas o averiadas». Oportunamente, y cuando nos corresponda el estudio de este artículo, haremos la crítica de la definición contenida en él. Lo hemos transscrito por si de sus términos vengamos fácilmente en conocimiento del significado de *martilladuría*. Antaño, los encargados de ejercerla, acostumbraban dar un golpe con un martillo, para indicar que el remate de la cosa habiase terminado. De ahí el nombre con que hasta hoy se designa a esa institución. Si los martilladores son personas que se encargan, por una retribución, de vender públicamente —en subasta o remate— productos o mercaderías, se deduce que su actuación es practicada en virtud de mandato y que es mediadora entre vendedores y compradores; de donde se sigue que dicha actuación—auxiliando al comercio, sirviendo para el cambio y realizada por lucro— tiene todos los elementos del acto comercial.

El numeral 6º. del artículo 3º. establece la comercialidad de la actuación de los martilladores, empleando la frase «empresas de martillo». Consecuentes con lo que dejamos dicho con respecto a las empresas comerciales, tenemos que afirmar que, según nuestra ley, son actos mercantiles todos aquellos que sirven para constituir y desenvolver las empresas de martillo. Lo cual es inexacto. Los martilladores —los que tienen carácter público— deben, para ser tales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 101 del Código, que se remite al 71 y siguientes, presentarse a concurso, obtener su título del Poder Ejecutivo, posesionarse del cargo, etc., actos todos estos administrativos que no comerciales. Existiendo

como existe tanta analogía entre la martilladuría y el corredaje, debía el legislador, para mayor acierto, emplear para la designación mercantil de los actos correspondientes a la primera, las mismas palabras que para la de los pertenecientes al segundo. Refiriéndose a éste el numeral 10 del artículo 3º. dice: «Las operaciones de correduría». Así, más propio hubiera sido que el numeral 6º. dijera «Las operaciones de martillo».

37.—El seguro, contrato en virtud del cual una de las partes se obliga, por una prima convenida, a indemnizar la pérdida o el daño estimables que sufran la vida o las cosas de la otra, es considerado acto mercantil, mas en razón de deber al comercio su formación e incremento, que por los mismos elementos jurídicos que lo constituyen. En efecto, si se ve claro que el seguro de mercaderías, por el hecho de favorecer y fomentar el comercio, por las garantías que implica para el tráfico, puede y debe ser considerado acto mercantil, no sucede lo mismo con el seguro de vida y de cosas que no sean mercancías, ya que en estos casos pertenece el contrato en cuestión a una industria que no tiene ninguna de las características de la comercial. Hay autores que para justificar en el seguro la existencia del elemento jurídico mercantil llamado *mediación*, recurren al siguiente raciocinio: La garantía contra la pérdida o riesgos de la vida y de las cosas, es ofrecida y es demandada en el mercado; de consiguiente, la persona o empresa, que procuran esa garantía, son mediadoras entre la oferta y la demanda. Sutil es el razonamiento, pero no, a nuestro juicio suficientemente fuerte para resistir las objeciones que podrían hacérsele, entre ellas la que surge por sí sola, o sea, la de que la persona o empresa de seguros no siempre ofrecen la garantía por mediación, sino directamente, con sus capitales propios. Para nosotros, el seguro, considerado en general, es mercantil más por motivos tradicionales que por razones científicas.

38.—Los Títulos VIII y IX del Código de Comercio, reglaban el contrato de cambio, la letra de cambio, las libranzas y los pagarés a la orden. Derogados aquellos Títulos en diciembre de 1925, fueron sustituidos por el Proyecto elaborado, en 1916, por el Consejo Central Ejecutivo de la Alta Comisión Interamericana del Primer Congreso Financiero Panamericano, celebrado en Washington, Proyecto inspirado en el Reglamento Uniforme, expedido en la Convención

de La Haya de 1912, sobre unificación internacional de las reglas relativas a las letras de cambio y pagarés a la orden.

«El contrato de cambio —lo definía el artículo 399 de nuestro Código— es una convención en la cual una de las partes se obliga, mediante un valor entregado o prometido, a pagar o hacer pagar a la otra parte cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención». La legislación comercial francesa de 1807, y las de todas las demás naciones que de élla hicieron su modelo, entre las que está la nuestra, consideraban la letra de cambio como el título justificativo y el medio de ejecución del contrato de cambio, de modo que éste era el antecedente único y exclusivo de que aquélla podía derivarse. En la Conferencia de Leipzig de 1847, y luego en la legislación comercial alemana de 1871, se independizó la letra del contrato de cambio, de manera que sin puntualizar causas predeterminadas de procedencia, y atendiendo sólo a su forma, se dió a la letra de cambio el carácter de título mercantil de crédito, quizá más, de verdadera moneda de papel, de medio circulante. Tan importante evolución de la letra de cambio, la que actualmente es en la circulación de tanta y tal vez mayor utilidad que el mismo billete bancario, se debió a una acertada visión de los medios más apropiados para fomentar el crédito e impulsar y facilitar las operaciones comerciales. El Proyecto elaborado por el Consejo Central Ejecutivo de la Alta Comisión Interamericana, Proyecto al que se le dió, en 1925, el valor de ley en nuestra República, adoptó los referidos principios de la Conferencia de Leipzig. Tiene, pues, hoy la letra de cambio en nuestra legislación, las propiedades debidas a la doctrina cambiaria alemana.

Nuestra legislación, al igual de casi todas las demás, distinguía la letra de cambio de la libranza. La primera debía ser girada en un lugar y pagada en otro distinto, y la segunda, girada y pagada en el mismo lugar. La influencia de la doctrina alemana al respecto, ha servido también para establecer en el Derecho mercantil contemporáneo, la tendencia a abolir aquella distinción tan sin razones de ser. La derogación de los Títulos VIII y IX de nuestro Código, y su sustitución por el Proyecto antes mencionado, han hecho desaparecer en nuestra legislación la diferencia entre letra de cambio y libranza.

El legislador, al reformar y sustituir los Títulos VIII y IX del Código, descuidó de reformar el numeral 8º. del artículo 3º. que con dichos Títulos tenía correlación. Mas, dado el espíritu y los orígenes de la Ley reformatoria de 1925, creemos que se halla tácitamente derogado en el susodicho numeral todo aquello que no guarde conformidad con la mentada ley. A este respecto puede suscitarse la cuestión de saber si subsiste o no el contrato de cambio —antiguo antecedente obligado de la letra— como acto de comercio enunciado por el artículo 3º. Si se atiende a que la intención de los redactores del Proyecto, al aceptar la doctrina alemana, no fue, en este aspecto, sino desvincular la letra del contrato de cambio e identificar a ella la libranza, se puede y debe afirmar que no hay razón para sostener que no existe el contrato de cambio en nuestro Derecho mercantil. Lo que sí hay es que, como consecuencia de la derogación de los artículos 399 y siguientes del Código, que reglaban dicho contrato, éste se ha quedado sin leyes especiales por qué regirse, debiendo hacerlo por las generales de los contratos, o por las normas supletorias a que hacen referencia los artículos 4º. y 5º. del Código.

La letra de cambio, abreviadora del uso de la moneda, medio el más expeditivo para la remisión de valores, instrumento de gran eficacia para el juego del crédito, mercancía cotizable por gozar de las características de efecto de comercio, es de tanta utilidad e importancia para el tráfico, que, a buen seguro, a la letra de cambio debe el comercio contemporáneo, en gran parte, el grado de desenvolvimiento a que ha llegado.

Todo lo concerniente a la letra de cambio pertenece a la clase de actos mercantiles llamados *objetivos*; esto es, que cualquiera actuación, que en alguna forma estuviese relacionada con aquélla, por modo necesario tiene carácter comercial. Así, el libramiento, el endoso, el aval, la aceptación, el pago, todo empleo que de la letra se haga, etc., sea cualquiera el título por el que se verifiquen y sea cualquiera la finalidad con que se los realicen, son siempre actos mercantiles. Las razones las hemos manifestado ya en la proposición número 13, razones que se basan en la especial función económica que ha desempeñado y desempeña la letra de cambio en el comercio. Favoreciendo y garantizando esta función, la ley, para no dar lugar a dudas y controversias sobre la naturaleza jurídica de las operaciones concer-

nientes a la letra de cambio, y a fin de que ésta cumpla con su objeto sin trabas ni obstáculos que amengüen la estimación y confianza de que ella debe gozar en el mercado, ha fijado de modo terminante el carácter inalterable mercantil de dichas operaciones. En razón de todo esto, el numeral 8º. del artículo 3º. de nuestro Código, manda que sea acto de comercio «Todo lo concerniente a las letras de cambio, aún entre no comerciantes».

El cheque, que tanta similitud tiene con la letra de cambio, se rige, en el Ecuador, por ley especial, y, lo más notable, es que esta ley no forma parte del Código de Comercio. Del estudio comparativo de las respectivas leyes, se viene en conocimiento de que entre el cheque y la letra de cambio hay la diferencia de que, el primero, puede ser girado al portador, pagadero a la vista, y el librado debe ser necesariamente un banco, y la segunda debe girarse siempre nominativamente, contra cualquiera persona y pagadera a diversos vencimientos. No hay, a nuestro parecer, razón alguna de orden jurídico ni práctico que justifique semejante diferencia entre esos dos títulos de crédito o medios circulantes. Convendría, pues, asimilar el uno a la otra y hacer que se rijan por unas mismas leyes, y si esto no se hace, por lo menos incorporar la Ley de Cheques al Código de Comercio, como lo exige una elemental apreciación de lo que debe ser el contenido de este Código. Hoy tenemos la curiosa cuestión de saber si lo concerniente al cheque es o no acto de comercio. No consta en la enumeración de los actos mercantiles hecha por el artículo 3º., por una parte, y, por otra, la Ley de Cheques es independiente del Código. Hay, pues, razones sobradadas para sostener el despropósito doctrinario de que lo relativo al cheque no es mercantil entre nosotros, a no ser que, forzando hasta lo inaceptable la interpretación, y teniendo en cuenta la exigencia legal de que un banco debe ser ineludiblemente el girado en el cheque, se diga que lo relacionado con éste hállase comprendido en el numeral 9º. del artículo 3º., que manda sean actos de comercio las operaciones de banco.

Difiere la letra de cambio del pagaré a la orden en que, en la primera, intervienen tres personalidades —librador, tomador y girado—, y dos en el segundo —suscriptor y tomador—. Con gran acierto el Código argentino, en su artículo 8º., dice que «La ley declara actos de comercio en general:4º. Toda negociación sobre letras de cambio o:

plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador». Con tan sencilla como completa disposición, el legislador argentino eliminó toda diferencia y no dejó duda alguna sobre la naturaleza objetivamente comercial de todo lo concerniente a aquellos títulos de crédito llamados letras de cambio, cheques, pagarés a la orden, vales, etc. Nuestro legislador, por desgracia, no procedió del mismo modo. Distinguió, sin motivos apreciables, los actos concernientes a dichos instrumentos, dándoles el carácter *objetivo o subjetivo* mercantil según fueran éstos. Todo lo que concierne a la letra de cambio, según el numeral 8º. del artículo 3º., constituye acto *objetivamente* comercial; pero lo que atañe a los pagarés a la orden es mercantil tan sólo cuando se produce entre comerciantes, o cuando el que suscribe el pagaré lo hace por acto de comercio. La exigencia legal del carácter de comerciantes en las personas que deben intervenir para que el pagaré a la orden sea mercantil, es, seguramente, otro rezago de la antigua, errónea y ya abandonada doctrina que sustentaba que la naturaleza comercial del acto jurídico dependía de la calidad de comerciante del sujeto. En cuanto a que el pagaré a la orden sea mercantil cuando el que lo suscriba lo haga por acto de comercio, cabe preguntar ¿por qué la situación de sólo el deudor puede ser causa del carácter comercial del pagaré? ¿Qué razones hay para que éste no sea mercantil cuando el acreedor lo recibe por acto asimismo de comercio? La forma, el empleo, el papel, que el pagaré a la orden tiene en el comercio, las leyes por las que hoy se rige, son tan semejantes a los de la letra de cambio, que es exigencia de acierto y conveniencia dar a lo concerniente a aquél la misma calidad objetivamente mercantil que tiene lo relacionado con la letra de cambio. Estamos seguros que tal se hubiera hecho, pues ese es el espíritu de las leyes que actualmente rigen el pagaré a la orden, si el legislador, al derogar y sustituir los Títulos VIII y IX del Código, no hubiera olvidado de reformar, como era necesario, el numeral 8º. del artículo 3º.

39.—Los bancos, cuyo objeto es facilitar y obtener la coincidencia de la oferta con la demanda de capitales, son establecimientos cuya utilidad mercantil se desprende de ser ellos los que impulsan, mantienen o intensifican en el comercio el empleo del crédito en sus múltiples formas. El carácter comercial de las operaciones de banco, se infiere del mismo objeto que persiguen los dichos establecimientos.

La moneda, además de ser circulante o instrumento de cambio, tiene también todas las propiedades de *mercancia*. Es ofrecida y demandada como ésta, y susceptible de cotización en lo que respecta al interés que devenga en préstamo, u otro contrato análogo, o a la prima que produce la conversión de una clase en otra. Las operaciones de banco, sirviendo de mediadoras entre los que ofrecen y los que demandan moneda, y realizadas por la ganancia o lucro con que benefician a aquel que las verifica, tienen todos los elementos constitutivos de los actos mercantiles. Constan dichas operaciones, como actos de comercio, en el numeral 9º. del artículo 3º., y, sin embargo, por rara e inexplicable anomalía, la Ley General de Bancos, como la Ley de Cheques, no está incorporada al Código de Comercio.

Variadas y numerosas son las operaciones de banco. La determinación de éstas, y la de quienes pueden efectuarlas, la encontramos en el artículo 1º. de la Ley General de Bancos: «La palabra «banco» comprende toda persona, sociedad, corporación, sección y cualquier otra clase de organización o entidad, que de manera habitual y continua hagan con el público negocios que consistan en recibirlle dinero en depósito, o en hacerle anticipos en forma de préstamos, descuentos, o de cualquier otro modo, o en aceptarle hipotecas y emitir sobre ellas cédulas hipotecarias de las definidas en esta ley, o en especular en cambios revendiéndole giros nacionales o extranjeros. Esta definición no comprende las casas de empeño». En cuanto a la emisión de billetes, operación también bancaria, es actualmente atribución exclusiva del Banco Central, en virtud del artículo 52 de la Ley orgánica de este Banco: «Concédense al Banco Central el derecho exclusivo de emitir billetes durante los 50 años de su existencia, y en este periodo ni el Gobierno de la República, ni ninguna de sus divisiones políticas, ni ningún otro banco o corporación, empresa, individuo, ni ninguna otra entidad tendrá el derecho de emitir papel moneda o cualquier otro documento que pueda circular como moneda».

El numeral 11 del artículo 3º. del Código venezolano, que es el que concuerda con el numeral 9º. del artículo 3º. del nuestro, considera actos de comercio «Las operaciones de Banco y las de cambio». La expresión «operaciones de cambio», tiene amplísimo significado si se atiende a su acepción genérica; pero el sentido restringido, en que ordinariamente la

usan las legislaciones de comercio, y el que se las da en el mercado y en el lenguaje bursátil, se refiere al trueque de una clase de monedas con otra —monedas nacionales por extranjeras, extranjeras por extranjeras, o nacionales por nacionales—. Dadas las causas y finalidades por las cuales se realiza el trueque de moneda, y lo que éste significa para el comercio, es contrato que goza de toda las propiedades del acto mercantil. Y así lo reconocen y declaran tanto la doctrina como las legislaciones de comercio. No sabemos por qué nuestro Código no siguió en ésto a su modelo el venezolano, y prescindió de las operaciones de cambio en la enumeración de los actos mercantiles. A consecuencia de ello, tenemos que dichas operaciones serán, en veces, comerciales, y en otras, no. Lo serán tan sólo cuando quepa aplicarlas la disposición del numeral 1º. del artículo 3º., esto es, cuando ellas se resuelvan en la permuta de monedas con el ánimo de volverlas a permutar.

40.—«Los corredores, dice el artículo 70 del Código, son agentes reconocidos por la Ley para dispensar su mediación a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos». Aunque no del todo exacta esta definición legal de los corredores, ya que éstos no sólo prestan su mediación a los comerciantes, sino también a cualesquiera personas que necesiten servirse de ellos para la verificación de contratos mercantiles, ella nos da la idea del carácter que revisten las operaciones de correduría. Sirven éstas para procurar ayuda y facilidades a quienes quieren realizar actos comerciales. Como puede notarse, la naturaleza mercantil de dichas operaciones surge claramente de ser éstas auxiliares de aquéllos. Hay que observar que las operaciones de correduría pueden ser efectuadas, no sólo por los que tienen el título legal de corredores, sino por cualquiera persona que se avenga a ser intermediaria en la realización de contratos comerciales. Así lo reconoce el artículo 96 del Código.

41.—Las bolsas de comercio, como las ferias y mercados, son de grande utilidad para el tráfico, por cuanto en ellas se verifica el encuentro y trato de los comerciantes, de los agentes de comercio y de todas las personas que se ocupan en negocios mercantiles. «Bolsa de comercio, define el artículo 60 del Código, es la lonja o sitio público en que se reunen los comerciantes o personas que se dedican al tráfico y giro mercantil, y los agentes de comercio para tratar y negociar

con sujeción a lo que prescriban la Ley y los reglamentos, y bajo la inspección de la Autoridad pública». La frase «bolsa de comercio» no sólo tiene por significado el sitio público en que se reunen las personas para negociar comercialmente, sino también el establecimiento o institución, creado de acuerdo con la ley, regido por reglamentos y gobernado por un directorio. En sentido figurado, llámase también bolsa de comercio a cada sesión correspondiente a un día del funcionamiento de dicha institución.

Las bolsas desempeñan importante papel en la actividad comercial. Ellas prestan comodidades y promueven el acercamiento de los sujetos de esa actividad. El resultado de sus operaciones sirve para conocer el curso del cambio, y determina las cotizaciones de las mercaderías y efectos de comercio. Habiendo sido creadas, y funcionando en todo tiempo las bolsas, por y para el comercio, está claro que las operaciones bursátiles deben tener carácter necesariamente mercantil. No es posible determinar específicamente dichas operaciones, por cuanto es fácil comprender que, dada la naturaleza y el objeto de las bolsas, es factible de realizar en ellas la mayor parte de los actos de comercio. En cuanto a los llamados juegos de bolsa, y demás particularidades de las operaciones bursátiles, los trataremos cuando nos corresponda el estudio del Título II del Libro I del Código, que versa sobre las bolsas de comercio.

42.—La comercialidad de los hechos y contratos relativos a la navegación, ha sido establecida por nuestro legislador, de modo minucioso y detallado, en los numerales 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del artículo 3º.

Fueron las necesidades de relación e intercambio comerciales, a no dudarlo, las que decidieron a los hombres de la edad antigua a servirse de las vías marítimas para efectuar por ellas el transporte. Dados los pocos e incipientes medios de locomoción de que entonces se disponía, y las facilidades que sólo el mar, como vía natural de comunicación, podía ofrecer para el traslado de las cosas, no es aventurado afirmar que el comercio se efectuaba en aquellos tiempos a base quizá exclusiva de la navegación, y que ésta, a su vez, no era empleada sino para el comercio. Aún en la actualidad, que tantas vías de comunicación artificiales existen merced a la civilización, siguen siendo las naturales, como las marítimas, las principales y más importantes de que

se sirve el comercio mundial. Y es seguro que la grande escala y adelanto en que se encuentra hoy la navegación, son debidos, en gran parte, a las necesidades mercantiles. Razones históricas, las unas, y apreciativas de la generalidad de los hechos, las otras, explican por qué todo lo concerniente a la navegación sea considerado acto *objetivamente* mercantil. Así, todo lo relativo a construcción, compra, venta, avituallamiento, tripulación, de naves, etc., y todos los demás hechos referidos por los numerales 12 al 18 del artículo 3º., deben ser considerados actos mercantiles, sea cualquiera la causa o finalidad con que se hagan. Quizá la única excepción que cabe es la referente a las naves de guerra empleadas por los Estados como parte de su armamento. Deben ser las leyes administrativas, que no las comerciales, las que rijan lo concerniente a la armada.

43.—Los factores y dependientes son empleados de quienes se sirve el comerciante para que le auxilien en sus operaciones. Unos y otros, aquellos más, éstos menos, tienen el carácter de mandatarios. Y ya sabemos que el mandato, cuando su objeto es la ejecución de un acto mercantil, participa del carácter de éste. Los contratos entre el comerciante y los factores y dependientes, son actos de comercio, ya por las razones anotadas, si a dichos factores y dependientes se les considera mandatarios, o ya, si se quiere ver en aquellos contratos arrendamientos de servicios, por estar destinados éstos a prestar ayuda a los comerciantes en sus operaciones mercantiles.

Desde el 1º. de enero de 1929 tenemos en vigencia las llamadas Leyes del Trabajo. El artículo 1º. de la Ley sobre contrato individual de trabajo, dispone: «Para los efectos de esta Ley, entiéndese por patrono, toda persona natural o jurídica, incluso el Estado, las Municipalidades y demás instituciones o corporaciones de Derecho Público, que, con capitales propios o como contratista, tome a su cargo la ejecución de un trabajo, la explotación de una industria, o la dirección o administración de una empresa cualquiera, contratando los servicios de empleados, dependientes u obreros, individual o colectivamente». Y el artículo 2º.: «La Ley considera como contrato toda relación de trabajo que se establezca entre el patrono que lo proporciona, y un obrero, dependiente o empleado, que se compromete a ejecutar una obra o prestar un servicio por precio cierto». Dado el alcance y los térmi-

nos generalísimos de estas disposiciones, estimamos que los contratos entre los comerciantes y sus factores y dependientes, así como los contratos de la gente de mar para el servicio de las naves, deben sujetarse, en su celebración y consecuencias, a las Leyes de Trabajo, las que, por ser especiales con respecto a las del Código de Comercio, deben prevalecer sobre éstas. De manera que las disposiciones de la Sección IV del Título II del Libro Primero, así como las del Título IV del Libro Tercero del Código, no son aplicables sino en aquello que no estuvieren en oposición con las mencionadas Leyes de Trabajo. Mas, el hecho de que estas Leyes rijan los contratos de los comerciantes con sus factores o dependientes, y los de la gente de mar para el servicio de las naves, creo no es razón para aseverar que estos contratos hayan perdido su naturaleza mercantil. Las especiales y justísimas consideraciones merced a las cuales se tiende en las legislaciones contemporáneas, a garantizar de mejor modo, de acuerdo con la equidad y el derecho, el trabajo humano, corresponden a otro orden de ideas que no al de cambiar la caracterización jurídica de los contratos cuyo objeto sea la actividad del hombre. Creemos, pues, que los actos a que se refieren los números 17, 18 y 19 del artículo 3º., conservan su calidad mercantil, lo que no obsta para que sean regidos por las Leyes del Trabajo ÁREA INTEGRAL
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL en todo aquello que corresponda a las finalidades de estas Leyes.

ARTICULO 4º.

Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.

REFERENCIAS

Código de Comercio. Arts. 154, 156, 172, 378, 388.
Código Civil. Art. 2º.

CONCORDANCIAS

Código de 1882. Art. 4º.—Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que apreciarán prudencialmente los juzgados de comercio.

Código venezolano. Art. 6º.—Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que apreciarán prudencialmente los Juzgados de Comercio.

Código español. Art. 249. Cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas del contrato, y los contratantes no resuelven de común acuerdo la duda ocurrida, se tendrán por bases de su interpretación:

1ª. Las cláusulas adveradas y consentidas del mismo contrato que puedan explicar las dudosas.

2ª. Los hechos de las partes subsiguientes al contrato que tengan relación con lo que se disputa.

3ª. El uso común y práctica observada generalmente en los casos de igual naturaleza.

4ª. El juicio de personas prácticas en el ramo de comercio a que corresponda la negociación que ocasiona la duda.

Art. 250.—Omitiéndose en la redacción de un contrato cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo contratado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en casos de igual especie se practicare en el punto donde el contrato debía recibir su ejecución, y en este sentido se procederá, si los interesados no se acomodaren a explicar su voluntad de común acuerdo.

Código argentino. Título preliminar. II.—En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al Juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes.

V. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles.

COMENTARIO

44.—Para apreciar la grande importancia que las costumbres tienen dentro del derecho, estará bien recordar, aunque sea brevemente, la génesis de la norma jurídica. Sabido es que los elementos del derecho son tres: *sujeto* —activo y pasivo—, *objeto* y *relación*. La pluralidad del primer elemento, y la significación misma del tercero, nos indican que el derecho se produce solamente en un *medio social*. Ajeno a nuestro estudio sería el tomar parte en la discusión sobre si existen o no los derechos llamados *innatos* o *fundamentales*, a los que se supone basados y como efecto de la sola naturaleza vital y racional del hombre; de tal modo que, aún considerándole a éste completamente solitario, cabría reconocer en él la existencia de los mencionados derechos. A nuestro entender, semejante concepción jurídica implica una amplitud tal del derecho, que vienen a quedar comprendidos y ser parte DE LA de éste todos los atributos y propiedades fisiológicos y psíquicos de la vida del hombre; lo cual, por lo menos para nuestro criterio, es inaceptable. Sea de esto lo que fuere, y conságrese o no a la verdad de la teoría de los derechos innatos, y aún en el supuesto de que el derecho no sea un producto social, creo que es forzoso admitir esta calidad para la norma jurídica, ya en atención a su origen y naturaleza, ya a la función que ella desempeña en el vivir social. Demás estará expresar razones para la justificación de las diferencias que existen entre el derecho, considerado en sí mismo, y la norma jurídica, que es, con respecto a él, la regla a la que tiene que sujetarse su ejercicio en la vida de relación.

La vida del hombre es un conglomerado de exigencias económicas, éticas, estéticas, etc. Considerado el hombre aisladamente, la satisfacción de tales exigencias no tiene otro límite que su capacidad aprehensora y la aptitud utilitaria de las cosas que a dicha satisfacción sirven. Mas, cuando el hombre se asocia, sus exigencias se encuentran y chocan, y, por lo mismo, se limitan, con las exigencias de sus consocios. Así nace lo-

jurídico. Se comprende que en los tiempos primitivos de asociación, era interés de cada cual extender lo más posible la lín-
de de sus exigencias, lo que se obtenía aún pasando por sobre la de los demás: derecho del más fuerte. Tal actitud origina una continua lucha. Y la lucha perenne, aún para el actual vencedor, es indeseable, por el temor del posible vencimiento en lo futuro. El reconocimiento, ya intuitivo, ya reflexivo, de la calidad disociadora de la lucha, y el sentimiento del orden como fundamento necesario de la vida en comunidad, hacen que en la conciencia social surja el deseo de establecer un *modus vivendi* que procure a cada individuo el goce pacífico y ordenado de lo que requiera la satisfacción de sus exigencias, pero de sus exigencias limitadas ya por las de los demás, circunscritas todas ellas a lo apreciado como justo para cada cual. Así generados en la conciencia los gérmenes psíquicos y volitivos de la norma jurídica, la gestación y formación de ésta son el resultado de una actitud muy propia de la condición humana. Cada cual se abstiene de irrogar injuria al derecho de otro, no porque este derecho le importe, sino por el aprecio que hace del suyo: *respeto tu derecho para que tú respetes el mío*. El temor a la reciprocidad, a la venganza, y el utilitarismo, son factores importantes, quizá decisivos, en la constitución de la regla jurídica. Esa actitud, de no dañar lo ajeno para que lo propio no sea dañado, de dar algo a otro para recibir de éste un equivalente, actitudes idénticas en el fondo, aceptadas por todos como las mejores, y adoptadas por conveniencia, pasan de la conciencia a los hechos. Estos hechos se repiten de modo incesante, por ser permanentes sus causas, hasta que forman algo así como *un molde* en que deben vaciarse, para ser aceptados por la opinión pública, todos los que posteriormente, teniendo naturaleza similar, hayan de realizarse. Se ha formado en la vida social la norma jurídica llamada *consuetudinaria*.

45.—Las circunstancias causales y genéticas en y por las cuales aparece la norma jurídica consuetudinaria, dicen por sí solas de la grande importancia de ésta. Si el organismo social no puede subsistir, si la convivencia es imposible sin un orden establecido, y este orden se obtiene únicamente con la norma jurídica, se ve claro que ésta dice relación inmediata con la existencia misma de la sociedad. La regla jurídica es, pues, exigencia de la vida social, con la que tiene íntima correspondencia. De ahí que cuando varíen las condiciones de

la vida de la sociedad, deben también variar coincidentemente las normas jurídicas que la regulen. Y es lo que, de modo automático, acontece con las costumbres.

46.—La norma consuetudinaria, formación espontánea, intuitiva, instintiva según algunos, del sentir jurídico social, por el hecho mismo de proceder más del sentimiento que de la razón, es difusa en sus lineamientos y flexible en su virtud perceptiva. Y aunque en estos caracteres radican las propiedades mejores y más beneficiosas de la norma consuetudinaria, ya que por ellos puede satisfacer más ampliamente y con más actualidad la necesidad jurídica de un pueblo, se ha querido ver en esos mismos caracteres muchos inconvenientes para la claridad y precisión del derecho, para la vulgarización de su conocimiento, para su estudio científico, para su fácil aplicación práctica. Partiendo de este criterio, se ha admito y establecido, en la mayor parte de los países, la norma expresa o ley, concesión reflexiva y rígida de lo jurídico, como la mejor estructura del Derecho positivo. Concediendo que las costumbres, como fuentes y normas del derecho, adolezcan de las deficiencias preceptivas y didácticas anotadas, y que sea la ley la que las subsane, no por esto desaparecen ni se evitan los grandes inconvenientes que se ha reconocido existen en el sistema legal. En efecto, no siendo la ley, por lo general, otra cosa que la expresión escrita del sentimiento jurídico manifestado ya por las costumbres, en una época y lugar dados, y teniendo en consideración la fuerte tendencia a la estabilidad que tiene la ley, sucede con frecuencia que ésta es la concesión de costumbres que fueron y no de las que son; lo cual obsta a la eficiencia y evolución del derecho, y, más que todo, superpone dos órdenes jurídicos, contradictorios en veces, diferentes siempre. Además, al referirse la ley, por modo necesario, a un caso apreciado como genérico, quedan los detalles y accidentes de los específicos fuera de ella, o, mejor dicho, tienen que comprimirse, deformarse y, en ocasiones, desnaturalizarse, para caber en el rígido y preestablecido molde de dicha ley.

47.—La importancia jurídica de las costumbres, y los inconvenientes de la ley, que brevemente quedan expuestos, imponen, en los países que han adoptado el sistema legal, la vigencia de la norma consuetudinaria; ya para satisfacer la necesidad de complementar la ley, ya para hacer que el Derecho positivo sea algo más que abstractas reglas de filosofía jurídica contenidas en el articulado de un Código. En rigor,

dada la energía jurídica viva y actual de que están animadas las costumbres, debería ser la norma consuetudinaria la que goce de primacía en la regulación del derecho. Mas, el criterio legalista que ha regido la formación del Derecho positivo en la mayor parte de las naciones, ha preconizado la ley como la mejor y, en ocasiones, como la única y exclusiva concesión útil de lo jurídico. Raras veces, y como concesión de ese criterio, se ha dado la calidad de *Derecho supletorio* o de *norma interpretativa* a lo consuetudinario.

48.—El Derecho mercantil, al contrario del civil, no tiene sus raigambres en el Derecho romano, aunque en parte sufrió luego la influencia de éste, por el afán que se tuvo de asimilarlo al Derecho civil. Gracias al menosprecio con que los romanos miraron al comercio, quedó la regulación jurídica del mismo a las prácticas de quienes lo ejercían. La formación del Derecho mercantil ha sido, pues, eminentemente consuetudinaria. Quizá debido a esto, más que a otra razón cualquiera, la mayor parte de las legislaciones mercantiles han aceptado y constituido las costumbres comerciales como Derecho supletorio o por lo menos, como reglas interpretativas. Nuestro Código de Comercio, da a las costumbres la calidad de Derecho supletorio, en las disposiciones de su artículo 4º., disposiciones tanto más laudables cuanto es su contraste con las del artículo 2º. del Código Civil y, en general, con el sistema tan legalista de nuestro Derecho positivo.

49.—«Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley», dice en su primera parte el artículo 4º. del Código. Es de importancia averiguar qué clase de silencio de la ley es el suplido por las costumbres mercantiles. Sabemos que lo progresivo y lo mutable son caracteres muy propios del comercio. Esta industria crea e innova continuamente las formas de su procedimiento, porque así lo exigen las nuevas orientaciones y necesidades de la circulación económica. Los actos jurídicos mercantiles que surgen merced a ese proceso, y todos aquellos no reglados por el Código pero sí usados en el tráfico, ¿estarán, para los efectos de su regulación, comprendidos dentro de la órbita de acción del Derecho mercantil y, por tanto, y dado el silencio de la ley respecto a ellos, deberán ser regidos por las costumbres? Si nos atuviéramos a la calidad taxativa de la enumeración del artículo 3º., diríamos que las costumbres no pueden suplir otro silencio de la ley que el referente a los detalles, a las consecuencias, a las derivaciones de los actos esta-

blecidos como mercantiles por dicho artículo. Pero ya se ha demostrado que la tal enumeración no comprende ni siquiera todos los actos reglados expresamente por el mismo Código, y que es de presumir que fue inadvertencia y no intención deliberada del legislador la causa de enumeración tan reñida con la lógica y la doctrina. Si se admite, pues, que lo taxativo de esa enumeración es inobservable, y si se atiende a los antecedentes históricos y científicos de la disposición del artículo 4º., cabe afirmar que las costumbres comerciales, no sólo suplen el silencio de la ley respecto de las particularidades y modalidades de los actos mentados por ella, sino que puedan crear y reglar en derecho cualquiera otra clase de actos mercantiles.

50.—Para que las costumbres mercantiles adquieran el valor de derecho, según el artículo 4º. del Código, es preciso la concurrencia de cuatro requisitos: *uniformidad, publicidad, generalidad y reiteración*, por más de diez años, de los hechos constitutivos de dichas costumbres.

Suelen los tratadistas distinguir el *uso* de la *costumbre*. Dicen que el primero es la simple *repetición* de hechos que puede originar reglas, pero de mera interpretación, y que la segunda es el *resultado de hechos ya repetidos que produce normas constitutivas de derecho*. De donde puede inferirse que la costumbre proviene del uso, o que la una está con respecto al otro en la relación del *producto* al *producirse*. Mas, la dificultad de saber cuándo el uso deja de ser tal y pasa a ser costumbre, y la consideración de que esclarecer o interpretar una situación de derecho, viene a ser, para los efectos positivos de su ejercicio y goce, lo mismo que constituirla, hacen que en las legislaciones uso y costumbre vayan tomándose como sinónimos. En atención a la índole o peculiaridades que el ejercicio del comercio toma en cada época y región, y dada la naturaleza y modo de producirse de los usos o costumbres, es lo regular que se deje al criterio judicial la determinación o apreciación de las condiciones que necesitan los dichos usos o costumbres para adquirir el valor de normas jurídicas.

Nuestra legislación mercantil, de acuerdo con el sistema de nuestro Derecho positivo de dejar el menor campo posible a la acción del criterio judicial, ha determinado minuciosamente los requisitos necesarios para que las costumbres puedan servir de preceptos de derecho. Como fácilmente puede apreciarse, los tales requisitos se refieren al concepto, no son otra

cosa que el contenido, los elementos mismos de las costumbres. En efecto, siendo éstas el modo de proceder jurídico espontáneo de un *organismo social*, resultante de la *repetición* de los *mismos hechos*, en un periodo más o menos largo de tiempo, es lógico que esos hechos deban ser públicos, generalmente ejecutados, reiterados y uniformes. Los hechos privados y particularmente practicados, pueden originar hábitos individuales pero no reglas jurídicas, por ser de la esencia de éstas el carácter social. La reiteración y uniformidad de los hechos son necesarios para la constitución de la norma consuetudinaria, porque sólo en virtud de ellas puede conocerse la voluntad del pueblo de hacer de un determinado procedimiento la regla aplicable a la ejecución de los hechos que fueron ya practicados en cierto sentido, en atención a la forma en que ellos se presentaron.

En el artículo que corresponde en el Código de 1882 al que estudiamos del Código actual, se dejaba al criterio de los juzgados de comercio la apreciación del lapso requerido para estimar como costumbre la repetición de determinados hechos. El Código de 1906 privó de tal atribución a los juzgados de comercio, y fijó ese lapso en un periodo de más de diez años. Dada la mutabilidad de formas y procedimientos propia del comercio, y la prontitud con que ellos se convierten en prácticas mercantiles, nos parece excesivo ese espacio de tiempo, y, por el aprecio en que tenemos al sistema que concede actuación al criterio judicial, creemos que fue más acertada la disposición del Código de 1882.

51.—Las antiguas leyes españolas, de las Siete Partidas, conferían a las costumbres diversa eficacia jurídica, relacionándolas con la de las normas legales. Como consecuencia de ello, las costumbres fueron clasificadas en tres grupos: *costumbres fuera de la ley, contra la ley, y según la ley*. Eran las primeras aquellas que debían ser aplicadas a los casos no reglados expresamente por la ley; las segundas, las que estaban constituidas por actos que significaban contradicción a la ley, y que, por tanto, tenían vigor para derogar a ésta; y, por fin, las últimas, eran aquellas costumbres que interpretaban o ponían en observancia una ley existente. Los términos en que está concebida la disposición del artículo 4º. del Código, y el espíritu que informa nuestro Derecho positivo en general, nos imponen el convencimiento de que no pueden existir, con el valor de derecho, otras costumbres que las llamadas fuera de la ley,

o sean aquellas que se refieren tan sólo a los casos no contemplados especialmente por la ley mercantil.

52.—Las normas consuetudinarias tienen tanto y quizá mejor valor jurídico que las normas escritas, y, merced al artículo 4º., ellas forman parte del Código de Comercio. Debería, pues, ser obligación del juez aplicar la costumbre aún de oficio, cuando ella sea conocida y manifiesta, de la misma manera que es su obligación aplicar la ley. Mas, el ser constituida la costumbre por hechos, y por hechos tan cuidadosamente enunciados y calificados en el artículo 4º., con más la existencia del conocido principio de Derecho procesal que establece la obligación de probar los hechos afirmativos en que las partes expresen fundar sus derechos, se oponen a que el juez pueda hacer de oficio la aplicación de la costumbre. De consiguiente, los hechos que la constituyen deben ser probados en juicio por la parte que la alega, para que élla surta sus efectos preceptivos.

Fundados en el argumento de que la costumbre, aunque proviene de hechos, *no es un hecho en sí misma considerada, sino una norma de derecho* reconocida y valorizada por la ley, y en la obligación propia e ineludible del juez de aplicar el derecho, hay autores que sostienen que, de cualquier modo que haya llegado o llegue a conocimiento del juez la existencia de una costumbre, *está en el caso* dicho juez de hacer de oficio la aplicación de ella. En legislaciones que, al hacer el contenido de una disposición legal los usos o costumbres, dan a éstos valor jurídico normativo sin determinar las condiciones que para ello deben reunir, nos parece, como ya lo manifestamos, que la opinión de los tales autores es muy aceptable por ser irrefutable la verdad de las razones en que se basa. De oficio deben, pues, hacer la aplicación de los usos mercantiles los jueces de Italia, por ejemplo, cuyo Código de Comercio en su artículo 1º. dispone: «En materia de comercio se observarán las leyes comerciales. En lo que no sea previsto por ellas se observarán los usos mercantiles; los usos locales o especiales tendrán preferencia con respecto a los usos generales. En defecto de esto se aplicará el Derecho civil». Mas, en legislaciones como la nuestra, que supeditan el valor normativo supletorio de las costumbres a la existencia, quizá podría decirse a la *presencia*, de los hechos acentuadamente calificados por el artículo 4º. del Código, o, expresado de mejor manera, el valor preceptivo de las costumbres depen-

de la condición, cuyo cumplimiento debe demostrarse, de ser constantes los hechos que la han generado, presencia y constancia que, dado el formalismo de nuestro Derecho procesal, estimamos que deben actuar en los autos del juicio en que se controvierte el asunto que requiere la aplicación de las costumbres mercantiles, en legislaciones como la nuestra, decimos, juzgamos que aquéllas no pueden ser aplicadas de oficio por el juez. Por otra parte, no es precisamente la costumbre la que debe justificarse en juicio, sino los hechos de cuya apreciación decidirá el juez la existencia o no de aquélla. Ya se ha manifestado que la costumbre no es un hecho, sino una norma jurídica que debe su existencia a hechos, pero que es sustancialmente distinta de éstos, singular o totalmente considerados. Probados en juicio los hechos, y calificados por el juez como suficientemente asistidos de los requisitos prescritos por la ley para afirmar la existencia de la costumbre, es claro que dicho juez no podrá dejar de aplicarla entonces.

53.—Del artículo 1.688 del Código Civil, del 151 del Código de Enjuiciamiento Civil, y de los artículos 43, 82 y 103 del Código de Comercio, se desprende que los medios de prueba de que se puede hacer uso en Derecho mercantil, son los siguientes: instrumentos públicos, instrumentos privados, declaraciones de testigos, confesión de parte, inspección judicial, presunciones, libros de los comerciantes, libros de los martilladores y extractos de los registros de los corredores. ¿Servirán todas estas pruebas para justificar los hechos constitutivos de la costumbre mercantil?

«Instrumento público o auténtico, dice el artículo 1.689 del Código Civil, y el 192 del de Enjuiciamiento Civil, es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado». Y el artículo 1.690 del primero de los Códigos nombrados: «El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes». De las disposiciones legales transcritas se viene en conocimiento de que el instrumento público es el escrito en que, con intervención de empleado competente y observadas las solemnidades legales, dos o más personas dejan constancia plena de la realización de un acto jurídico que instituye, modifica o destruye estados de derecho de tales

personas. Aún suponiendo que la *publicidad*, *uniformidad* y *reiteración* exigidas por la ley en los hechos constitutivos de las costumbres mercantiles, se pudiera justificar con uno o con muchos instrumentos públicos otorgados por aquellos cuyo litigio requiere la aplicación de dichas costumbres, la *generalidad* de esos hechos, cuarta exigencia de la ley, no sería posible probarla, por cuanto los tales instrumentos se refieren a hechos no generales sino particulares, o, dicho más claramente, a hechos no practicados por el *pueblo*, sino solamente por dos o más personas. Ni con numerosos instrumentos públicos otorgados por otras personas que las que son partes en el juicio, podríase probar los hechos generadores de las costumbres, porque, en virtud de las disposiciones legales arriba transcritas, los mencionados instrumentos no hacen fe contra terceros sino en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, pero no en cuanto a las declaraciones de los interesados. Difiriendo los instrumentos públicos de los privados en que en aquéllos intervienen empleados competentes y en éstos no, los instrumentos privados menos que los públicos pueden probar los hechos constitutivos de las costumbres.

La declaración de testigos, dada su amplísima aptitud justificativa, es la prueba por excelencia para la demostración de los hechos originadores de las costumbres mercantiles y de las calidades que en ellos exige la ley. Hay quienes consideran que la prueba testimonial es la única valedera y eficiente para la justificación de los mencionados hechos y de sus calidades. Las declaraciones conformes de dos testigos idóneos y presenciales o que den razón de sus dichos, o las de cuatro testigos de referencias, en las condiciones y con los requisitos puntuados por los artículos 251, 252, 253, 254 y 258 del Código de Enjuiciamiento Civil, y en virtud del artículo 215 del mismo Código, son, pues, suficientes para probar plenamente los hechos de los que el juez debe inferir la existencia de una costumbre mercantil. Como los tales hechos no tienen participación directa en el establecimiento mismo de las obligaciones que se controvierten, sino que dicen relación con la existencia de una norma jurídica, la prueba de testigos no tiene, en este caso, las limitaciones consignadas en los artículos 1.698, 1.699 y 1.700 del Código Civil. Sea cualquiera la cuantía de las obligaciones en litigio, es admisible la prueba testimonial para la justificación de los hechos referentes a la costumbre que haya de aplicarse.

«Confesión de parte, define el artículo 262 del Código de Enjuiciamiento Civil, es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma de la verdad de un hecho». De atenerse a esta definición legal, no habría inconveniente en afirmar que con la confesión de parte podríase muy bien probar los hechos generadores de la costumbre. Mas, tenemos el convencimiento de que esta disposición del antedicho Código, no tan exacta como sería de desear, no deroga ni altera en nada la del artículo 1.703 del Código Civil que, con mejor acierto, manifiesta la verdadera naturaleza del medio probatorio que nos ocupa. «La confesión que alguno hiciere en juicio, dice el mencionado artículo, por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y *relativa a un hecho personal de la misma parte*, producirá plena fe contra ella». Es, por consiguiente, de esencia de la confesión de parte el que ésta se refiera a *hechos personales* del confesante, sin lo cual ella no tiene ningún valor probatorio, ni el que podría atribuirse a la declaración de un testigo, porque la parte no puede tener esta calidad. Como los hechos constitutivos de las costumbres no deben ser *personales* sino *sociales*, en virtud de la generalidad y publicidad que en ellos se requiere, la confesión de parte no tiene eficacia alguna para probar los mentadas hechos.

La inspección judicial, <sup>ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL</sup> consistiendo, como consiste, en «el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancias» (artículo 303 del Código de Enjuiciamiento Civil), es absolutamente inapropiada para la justificación de los hechos generadores de la costumbre mercantil.

Por medio de las presunciones, que son las consecuencias deducidas de antecedentes o circunstancias conocidos por el juez o determinados por la ley (artículo 42 del Código Civil y 311 del Código de Enjuiciamiento Civil), se dan como sucedidos y verdaderos los hechos a que se refieran esas presunciones, y el fallo judicial puede y debe basar en ellas su resolución, a falta de pruebas completas o plenas. Si las presunciones prestan mérito para estimar como realmente acaecidos hechos de cualquier naturaleza o calidad, los constitutivos de las costumbres pueden muy bien ser establecidos por presunciones, ya legales, ya judiciales, siempre que éstas reunan, por supuesto, los requisitos indicados en los artículos 42 y 1.702 del Código Civil, esto es, que no sean desvirtuados

los hechos presumidos por las primeras, y que sean las segundas graves, precisas y concordantes. Los instrumentos públicos y los privados, la confesión de parte y demás pruebas que estimamos como inhábiles para la justificación de los hechos relativos a las costumbres, pueden, a nuestro juicio, no precisamente constituir presunciones, pero sí dar lugar a que de ellas se obtengan los antecedentes y circunstancias de los cuales el juez pueda servirse para fundar una presunción.

Ni los libros de los comerciantes (artículo 47 del Código de Comercio), cuya naturaleza y valor probatorios tienen mucha similitud con los de la confesión de parte, ni los extractos de los registros de los corredores (artículo 82 del Código citado), que se asemejan a los instrumentos públicos, ni los libros de los martilladores (artículo 103 del mismo Código), pueden servir para la prueba de los hechos constitutivos de las costumbres mercantiles, pero sí ser utilizados por el juez para inducir de ellos antecedentes y circunstancias que puedan fundar una presunción.

54.—Los hechos constitutivos de las costumbres mercantiles pueden ser ejecutados en la República o en una determinada localidad, según lo dispone el artículo 4º. del Código de Comercio; de donde se sigue que puede haber *costumbres nacionales* y *costumbres locales* con el valor de normas supletorias de la ley mercantil. Es conveniente conocer el significado de la palabra «localidad» que emplea la ley, a fin de saber en qué circunscripción territorial —política, administrativa o judicial—, deben ejecutarse los hechos señalados por dicho artículo para la existencia de la costumbre. ¿A cuál circunscripción territorial de las nuestras, a la parroquia, al cantón o a la provincia, corresponde la denominación de «localidad»? Los diccionarios jurídicos dicen que la costumbre local es la que observa en un distrito, en una ciudad, o en un pueblo. De lo que se desprende que la acepción de «localidad» es tan amplio que comprende a cualquiera demarcación territorial. De consiguiente, cabe la existencia de costumbres mercantiles parroquiales, cantonales, provinciales, y, si se tiene en cuenta las circunscripciones territoriales relativas a la jurisdicción de las Cortes Superiores, puede haber también costumbres correspondientes a los distritos judiciales.

55.—La posibilidad de la existencia de múltiples y diversas costumbres mercantiles que tengan el valor de dere-

cho supletorio en nuestra República, plantea la cuestión de los conflictos de las costumbres. Estos pueden originar problemas de solución quizá tan difícil como la de los de Derecho Internacional Privado, y no hay otros sino los principios de esta ciencia que sean utilizables para pretender la solución de tales problemas, ya que en el Código de Comercio no existe disposición alguna sobre esta materia. El Código de Comercio italiano, como puede verse del artículo transcrita en la proposición número 52, resuelve el caso de conflicto entre las costumbres generales y especiales o locales, dando preferencia en la aplicación a las últimas. Es notable, si no exacta, la similitud que existe entre los conflictos de las leyes de los Estados y los que pueden suscitarse entre las costumbres nacionales con las locales, y los de éstas entre sí. En la imposibilidad de estudiar todos los numerosos y diversos casos de conflictos de costumbres que pueden presentarse, nos limitaremos a enunciar algunos que juzgamos de más fácil acaecimiento.

1º.—Un comerciante de Quito, ciudad en que, se supone, rige una costumbre nacional, contrata epistolarmente con un comerciante de Guayaquil, ciudad en la que rige una costumbre local diferente de la nacional, ¿será ésta o aquélla la aplicable al contrato en todo aquello para lo cual no haya disposiciones legales? En todo contrato cabe distinguir dos momentos, el de la celebración y el de la ejecución. Demos que la celebración, en el caso propuesto, se haya realizado en Guayaquil, y que la ejecución deba verificarse en Quito. Sirviéndonos del principio *locus regit actum*, diremos que todo lo concerniente a la celebración, a la forma, al establecimiento mismo de derechos, debe ser regido por las costumbres de Guayaquil; mas, en lo que respecta a las consecuencias, a los efectos, al modo de ejecución del contrato, serán las costumbres nacionales las aplicables. La misma solución sería utilizable en el caso de que en Quito no rigiese una costumbre nacional, sino una local, propia de esta ciudad. Esta costumbre sería de aplicarse a todo lo concerniente a la ejecución del contrato y la costumbre de Guayaquil a todo lo relativo a la celebración del mismo. Existe en el Código de Comercio el artículo 147 que dispone: «Residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la

propuesta modificada». En tratándose de conflictos de costumbres mercantiles, podríase creer que este artículo contiene una norma para dirimirlos. Pero, es basta fijarse en los términos empleados en la redacción de dicho artículo, para comprender que las disposiciones contenidas en él no tienen otro objeto que establecer la regla por la cual se pueda saber claramente *el lugar de la celebración* de un contrato, cuando por tener las partes distintas residencias, y haberse cruzado entre ellas varias propuestas, se susciten dudas al respecto del lugar en el que se produjo el concierto de voluntades. El conocer a ciencia cierta el lugar de la celebración de un contrato, tiene mucha importancia para varias consecuencias que se desprenden de éste, como son, por ejemplo, para las determinadas en el artículo 1.578 del Código Civil o en el numeral 2º. del artículo 35 del Código de Enjuiciamiento Civil. Así, pues, somos del parecer de que el artículo 147 del Código de Comercio no puede servir para la resolución de los conflictos de las costumbres.

2º.—Dos comerciantes de Quito celebran un contrato comercial en Guayaquil, y se supone que las costumbres de estas dos ciudades son diferentes.—Si en la celebración del contrato han hecho uso las partes de las formalidades y modos empleados en las prácticas mercantiles de Quito, serán las costumbres de esta ciudad las que fijan el contrato en todo aquello para lo que no haya disposición legal en el Código de Comercio. El principio *locus regit actum* no es aplicable a este caso, porque se ve en él claramente que la intención de los contratantes fue incorporar al contrato las normas consuetudinarias pertenecientes a sus *estatutos personales*. Mas, si no se han empleado los antedichos modos y formalidades en la celebración del contrato, el mentado principio entraría en vigencia, y serían las costumbres mercantiles de Guayaquil las que habría de observarse. En cuanto a lo concerniente a la ejecución, regirían las costumbres de la ciudad en que ella deba verificarse.

3º.—Un comerciante de Quito y uno de Guayaquil celebran un contrato mercantil en Cuenca, y su ejecución se efectúa en Riobamba.—Los principios de que las normas del lugar en que se celebra el contrato y las del en que se ejecuta el mismo, deben regir todo lo relativo a la celebración y ejecución del contrato, respectivamente, son los aplicables al caso propuesto; de modo que, en éste las costumbres mer-

cantiles de Cuenca regirian la celebración y las de Riobamba la ejecución del contrato.

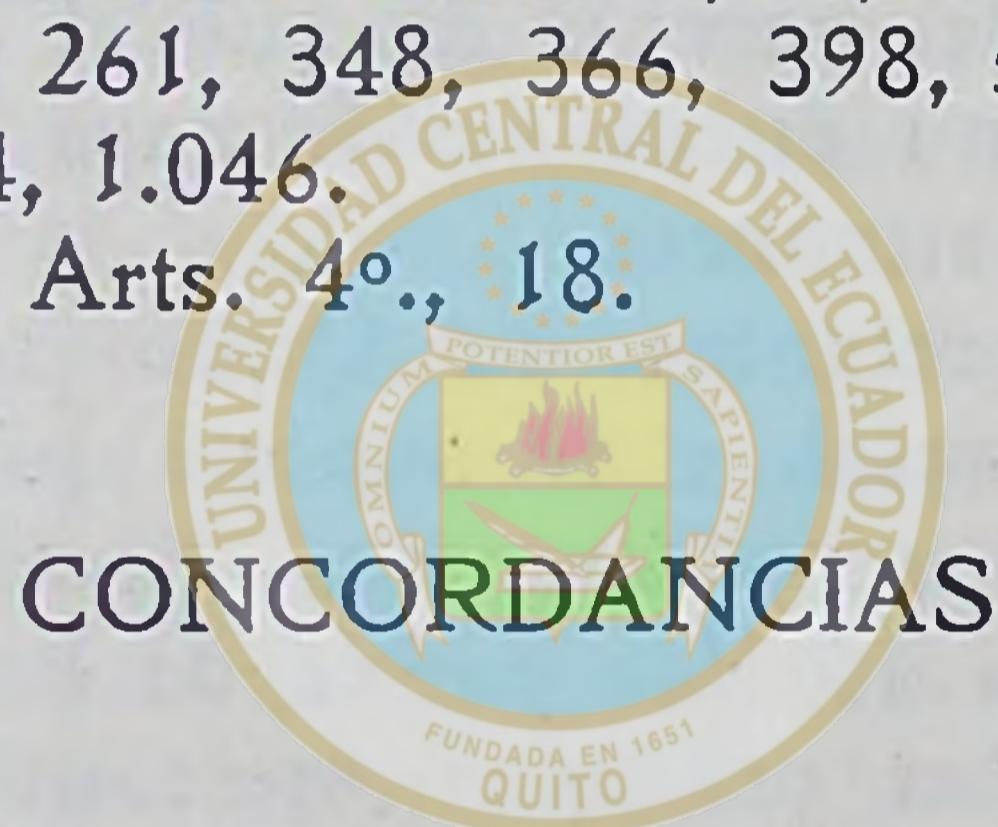
ARTICULO 5º.

En los que casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

REFERENCIAS

Código de Comercio. Arts. 6, 8, 10, 11, 14, 16, 138, 164, 166, 190, 193, 261, 348, 366, 398, 540, 597, 613, 616, 805, 812, 963, 1.044, 1.046.

Código Civil. Arts. 4º., 18.



Código de 1882. Art. 5º. En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código civil.

Código venezolano. Art. 5º. En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

Código español. Art. 234.—Los contratos ordinarios del comercio están sujetos a todas las reglas generales que prescribe el derecho común sobre la capacidad de los contrayentes y demás requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, así como sobre las excepciones que impiden su ejecución, y las causas que los rescindan e invalidan, bajo la modificación y restricciones que establecen las leyes especiales de comercio.

Código argentino. Título preliminar. I. En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código civil.

COMENTARIO

56.—Han discutido los tratadistas, y discuten aún, sin que hasta hoy hayan llegado a una conclusión definitiva, si el Derecho mercantil tiene propia sustantividad y es independiente del Derecho civil, o si es una de sus simples ramificaciones. Tal cuestión, irresoluta aún en la ciencia, ha sido causa de la formación de dos escuelas: *la civilista* y *la mercantilista*. Algunas legislaciones, aceptando las teorías de la primera, subordinan el Derecho mercantil al civil; otras, como la nuestra, prefiriendo los postulados de la escuela mercantilista, establecen la independencia del Derecho mercantil, considerando al civil como meramente supletorio de aquél.

Demasiado largo sería el recuerdo del análisis y argumentos empleados por esas dos escuelas en estudio y defensa de sus respectivas tesis. En síntesis, la escuela civilista basa sus teorías en el carácter de común que tiene el Derecho civil, por el cual éste es aplicable a todos los individuos, dentro de la órbita del Derecho privado, sea cualquiera la personalidad jurídica con la que actúen. Razón es esta por la que hay que considerar como simplemente excepcionales del civil las reglas del Derecho mercantil. Además, y como fundamento de tal aserción, observan los partidarios de la nombrada escuela, el derecho mercantil da por supuestas, se refiere y parte de las instituciones civiles, como son las que versan sobre el estado y calidad de las personas, la naturaleza de las cosas, los principios generales de la contratación, etc., todo lo cual demuestra la subordinación y dependencia en que se encuentra el Derecho mercantil con respecto al civil. Como una derivación de la doctrina civilista, y al amparo de la tendencia que aspira a simplificar la estructura formal del Derecho positivo, se sostiene la conveniencia de abolir la división del Derecho en mercantil y civil, lo cual se alcanzaría con incorporar el uno en el otro, o, mejor dicho, con identificarlos de tal manera que sean unas mismas las reglas que rijan lo civil y lo comercial. Estos principios lograron imponerse en Suiza, cuyo *Código federal de las obligaciones*, de 1881, contiene reglas que regulan conjuntamente los contratos civiles y los comerciales. La escuela mercantilista, por su parte, analiza los objetos mismos del Derecho civil y del

mercantil, encontrando en aquéllos las diferencias necesarias para que éstos en rigor sean a su vez diferentes: el acto de comercio, objeto del Derecho mercantil, difiere del acto civil, no sólo por el carácter económico-social de aquél que éste no lo tiene, o lo tiene pero de un modo secundario, sino también, y de modo principal, por la forma, por los procedimientos y hasta por el ánimo con que se realiza el acto mercantil para producir la correspondiente relación jurídica, cuya trascendencia y consecuencias son en todo diversas de las que son propias de la resultante del acto civil; diversidad que se impone por las finalidades mismas de los actos civiles y mercantiles, pues mientras los unos atienden a la utilidad de las cosas, los otros se sustentan en la cambiabilidad de las mismas. Hasta los orígenes del Derecho civil y del mercantil, dicen los mercantilistas, están demostrando su recíproca independencia: el uno parte del Derecho romano y es de formación reflexiva y antigua; el otro es de creación moderna, nace de lo consuetudinario en épocas recientes. En lo que respecta a la fusión del Derecho mercantil en el civil, los mercantilistas se sirven del mismo ejemplo de Suiza para demostrar la imposibilidad de realizarla. En efecto, la unificación de tales Derechos en el *Código federal de obligaciones*, es puramente formal y externa, ya que uno y otro de los mencionados Derechos surgen con sus lineamientos precisos y sus propias características dentro de aquel cuerpo de leyes, en el cual no se ha hecho otra cosa que juntar, mas no identificar, las reglas que corresponden a cada uno de ellos.

Ante todo esto ocurre preguntar, ¿y qué es lo que se debe entender por subordinación o independencia de una rama del Derecho con respecto a otra? Porque lo más notable es que, a pesar de la larga e intensa discusión entre civilistas y mercantilistas, aún no sabe de manera precisa la linde que separe sus respectivas posiciones. ¿Qué criterio seguir para determinar con exactitud que una rama del Derecho es originaria y otra derivada de ésta? Todas tienen una misma rai-gambre jurídica; todas se han formado, no para complementarse entre sí por exigencias de sistema, sino para satisfacer las diversas necesidades jurídicas de cada época y cada pueblo; todas tienen la misma importancia, ya que de ninguna de ellas se puede prescindir, porque todas son indispensables para mantener el orden social. Acostumbrados a mirar el Dere-

cho civil como derecho magno, no podemos soportar la idea de que haya otra rama del Derecho que tenga igual importancia jurídica que la suya. La deificación del derecho del individuo, y, como consecuencia, el exagerado individualismo que animó al Derecho romano, individualismo que pasó intacto al Derecho civil de la cultura occidental, es la razón, a nuestro parecer, para ese excesivo culto y exaltación del Derecho civil. Mas, esa noción y estructura individualistas del Derecho, camino llevan de desaparecer. La persona, las cosas y los actos no pueden existir para beneficio y provecho exclusivos del individuo. La organización social y el concepto del Derecho sufren en la actualidad intensa crisis, que anuncia una radical transformación. Personas, cosas y acciones, obligadas están a realizar una función, a cumplir, no tan sólo una finalidad individual o familiar, sino principalmente *social*. Todas las funciones sociales, y las actividades de que ellas se desprenden, regidas deben estar por conjuntos de normas jurídicas, vinculados entre sí, no subordinados ni independientes, de igual importancia unos y otros, porque todos deben partir y tender, no al Derecho civil, sino al *Derecho social*.

57.—El artículo 6º. del Decreto Reformatorio a la Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgado el 7 de octubre de 1928, los artículos 1º., 4º. y 5º. del Código de Comercio, y el artículo 18 del Código Civil, nos indican cuáles y cuántas son las categorías jurídicas que rigen la materia mercantil, y el orden en que deben aplicarse las normas de ellas provenientes:

- a) Jurisprudencia mercantil;
- b) Código de Comercio;
- c) Costumbre mercantil;
- d) Analogía en lo mercantil;
- e) Jurisprudencia civil;
- f) Código Civil;
- g) Analogía en lo civil; y
- h) Principios del derecho universal.

58.—El artículo 6º. del Decreto Supremo reformatorio de la Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgado el 7 de octubre de 1928, dispone: «En los casos en que la Corte Suprema hubiera expedido o expidiere fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, la propia Corte, compuesta de ambas Salas y del Ministro Fiscal, dictará por lo menos por mayoría de ocho votos conformes, la disposición que

deba regir para lo futuro, respecto del punto a que se refiera el desacuerdo, la que será generalmente obligatoria, mientras el Poder Legislativo no resuelva lo contrario».

Sin embargo de que nuestro Derecho positivo no da a la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, ni el valor de derecho supletorio, ni el de regla interpretativa obligatoria, es costumbre muy observada en el foro la de emplear las decisiones del Tribunal Supremo, ya para motivar providencias judiciales cuando no hay ley expresa en que apoyarlas, ya para justificar la interpretación y aplicación de una ley a casos similares a los que fueron en dicho Tribunal causa de tales decisiones. Fue, sin duda, este general uso y aceptación de la jurisprudencia en nuestra vida forense, el motivo que decidió al legislador a conferirla fuerza generalmente obligatoria, en los casos y con las condiciones puntuados en el artículo anteriormente transcrito de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dada la función extralegal, pero muy útil y conveniente, que ha desempeñado y desempeña la jurisprudencia en la administración de justicia, es laudable el propósito de uniformarla manifestado en dicho artículo, y más aún el haberla valorizado legalmente, aunque en mínima parte, en nuestras instituciones jurídicas. Mas, para que esa valorización fuera en todo beneficiosa al mejoramiento de nuestro Derecho positivo, habría sido bien que el legislador ~~estudiara y tomara en consideración~~ las diferencias que existen entre ley principal, norma supletoria y regla interpretativa, y viera cuál de estas calidades atribuía, de modo claro y terminante, a la jurisprudencia. Así mismo, de mucha conveniencia habría sido que en la expedición de la Carta política vigente, se recordara la disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial que nos ocupa, y se proveyera sobre ella, atenta su significación e importancia, para eliminar toda duda al respecto de la constitucionalidad o no de la referida disposición. Son dos cuestiones éstas que reclaman estudio y resolución.

La administración de justicia, función del Poder Judicial, se resuelve en el conocimiento llevado al juez de la violación de un derecho, y en la aplicación que el tal juez hace de la ley que establece, reconoce o garantiza ese derecho, para el fin de restaurarlo. El conocimiento de la violación jurídica es llevado al juez por las gestiones de parte interesada, gestiones que se reducen a entablar y proseguir el correspondiente juicio, observando las respectivas disposiciones

legales de procedimiento. La aplicación de las leyes pertinentes al caso controvertido, implica el ejercicio, por parte del juez, de una verdadera función legislativa. En efecto, la aplicación de una ley a un caso dado, no reviste la sencillez que pudiera suponerse; porque las leyes, al establecer o reconocer derechos, presuponen, como es de rigor, situaciones o hechos que son los antecedentes necesarios de aquéllos, pero esos hechos o situaciones, en el presupuesto de la ley, son genéricos y abstractos, y en los casos en que el juez tiene que fallar, son específicos y concretos, y, con frecuencia, tan llenos de variedad y complejidad, que ha menester, para su debida y recta apreciación, de que el juez esté asistido de muy despierto criterio y de muchos y profundos conocimientos de las leyes y de las ciencias jurídicas. El hacer *coincidir* o *adaptar* las disposiciones legales, genéricas y abstractas, a los casos específicos, concretos y complejos, no es, pues, una simple aplicación, sino una *aplicación interpretativa* de dichas disposiciones legales. Y quien interpreta con fuerza obligatoria una ley, legisla. Por esta razón, las providencias expedidas por el juez, luego de ejecutoriadas, son verdaderas leyes para las partes en el juicio, y leyes que, para éstas, prevalecen sobre toda otra clase de leyes, aún en el supuesto de que tales providencias violaran derechos establecidos por dichas leyes. Si en virtud de una disposición legal, expedida por autoridad competente, la fuerza obligatoria de ciertos fallos o resoluciones judiciales se extiende, no sólo a las partes en un juicio, sino a todos en general, es claro que esas resoluciones tienen el carácter y los efectos de leyes, y de leyes con las cualidades antes anotadas, esto es, con las de prevalecer sobre cualesquiera otras. Que la ley o la norma *interpretadora*, como es en definitiva una resolución judicial, prevalezca sobre la ley *interpretada*, es un aserto lógico cuya demostración está en el significado o naturaleza misma de la ley o norma cuyo objeto es interpretar. Son éstas las razones en que basamos nuestra opinión al respecto de que las disposiciones que, sobre materia mercantil, expidiere la Corte Suprema en uso de la atribución que le concede el artículo 6º. del Decreto de 7 de octubre de 1928, tienen el valor de leyes principales y especiales, y deben, por consiguiente, ser aplicadas con preferencia aún a las mismas disposiciones del Código de Comercio.

Pasemos a tratar del aspecto constitucional del artículo 6º. del mencionado Decreto. El ejercicio de la soberanía política, en la moderna estructura constitucional de los Estados, hállase dividido, por lo común, en tres grandes organismos administrativos, encargados, éste de formar la ley, el otro de aplicarla, y aquél de ejecutarla. De donde la conocida división de los Poderes en *legislativo, judicial y ejecutivo*. La moderna ciencia de Derecho constitucional ha demostrado que esa división de los Poderes, que antes se la apreciaba como independencia y completa separación de las funciones asignadas a cada uno de ellos, es irreal y falsa. En efecto, el Poder legislativo, cuando conoce y juzga de las acusaciones contra el Presidente de la República, Ministros de Estado, etc., y en otros casos contemplados por las leyes constitucionales y ordinarias, ejerce funciones que, en rigor, corresponden al Poder judicial. El Poder ejecutivo ejerce funciones propias del legislativo, al presentar proyectos de leyes, al sancionar u objetar éstas, y, sobre todo, al dictar reglamentos, cuyas normas en lo que respecta, no a la forma, sino al fondo, en nada se diferencian de las leyes. El Poder judicial, por su parte, al interpretar la ley y expedir providencias obligatorias, está en funciones del legislativo, y en las del ejecutivo cuando lleva a efecto dichas providencias. No existe, pues, una verdadera división o separación de las funciones del Estado, clasificadas al modo de la ciencia política clásica, entre los Poderes que ejercen la soberanía, sino más bien una diferenciación de ellas en atención al organismo a quien se haya asignado su ejercicio. Y esto no constituye reproche a las actuales estructuras políticas, que necesariamente deben ser tales cuales son, dadas las finalidades, y las maneras de cumplirlas, atribuidas a los Estados. Partiendo, pues, de estos someros recuerdos de ciencia constitucional, como de una base sobre la que se ha de sustentar nuestro razonamiento, vamos a estudiar la cuestión propuesta sirviéndonos de nuestras leyes al respecto. El numeral 20 del artículo 48 de la Constitución, establece como atribución propia y exclusiva del Poder legislativo, la de dictar leyes; de donde se sigue que leyes expedidas por otro Poder del Estado, no son tales leyes, carecen de todo valor normativo, por carecer dicho poder de la indispensable atribución constitucional. No negamos la verdad de esta conclusión; al contrario, la sostendemos afirmando que las normas jurídicas designadas en la Constitución con

el nombre de *leyes*, no pueden ser dictadas por otro Poder que el legislativo, y no en otra forma que en la prevista por la Sección VI del Título V de la citada Constitución. Pero no por ésto puede sostenerse que los demás Poderes del Estado estén privados de la facultad de expedir otras normas jurídicas que no sean *leyes*, pero que, excepto la forma de establecerlas, no difieran en nada de éstas por sus consecuencias jurídicas. Ejemplo de ello es la potestad reglamentaria, ejercida, principal mas no exclusivamente, por el Poder ejecutivo; y ejemplo aún más claro es la facultad de dictar ordenanzas y otras clases de reglas de que gozan los Concejos Municipales. No hace al caso argumentar en el sentido de que la norma reglamentaria, para ser valedera, no debe contradecir la norma legal, ni ésta la constitucional; porque ésta y aquélla dejan siempre vasto campo jurídico ilegalizado, dentro del cual la norma reglamentaria puede desempeñar el mismo papel que cualquiera otra norma jurídica, estableciendo, reconociendo o modificando derechos, y disponiendo de fuerza general obligatoria. Así, pues, la *función legislativa* no puede desempeñarla otro Poder que el legislativo, pero la *función normativa*, en mayor o menor grado, en éste o aquél sentido, la tienen todos los Poderes y otros organismos del Estado. Ahora bien, las disposiciones dictadas por la Corte Suprema en virtud del artículo 6º del Decreto de 7 de octubre de 1928, no son *leyes*, en verdad, por no ser emanadas del Congreso en la forma consabida, pero son normas jurídicas que, por las razones que anteceden, no están afectadas de imposibilidad ni inconveniencia alguna para tener fuerza general obligatoria y los mismos efectos de las *leyes*, y esto, a nuestro parecer, sin contravenir a la Constitución ni a los principios del Derecho político. Y aún se podría decir que la Corte Suprema tiene facultad concedida por la misma Constitución para dictar esas normas, puesto que el artículo 129 de este Código político dispone que los jueces y magistrados tengan las atribuciones para ellos establecidas en las *leyes*, y como es ley la disposición del artículo 6º del Decreto de 1928, implicitamente la Constitución concede a la Corte Suprema la facultad de expedir las susodichas normas. No sirve valerse del artículo 69 de la mencionada Constitución para afirmar que una ley no puede ser interpretada sino por medio de otra ley; porque la disposición de ese artículo se refiere a la interpretación que corresponde al Poder legislativo, y

no a la que atañe al Poder judicial, quien, al aplicar las leyes, las interpreta, como es sabido, por medio de las providencias llamadas *autos* y *sentencias*, y de conformidad con lo prescrito en el parágrafo 4º. del Título Preliminar del Código civil. Todo lo dicho hasta aquí, no tiene otro objeto que el aportar ideas para la solución del problema, que podríamos calificarlo de teórico, de la constitucionalidad o no del artículo 6º. del Decreto de 1928; que un verdadero problema positivo de tal cuestión, no existe, porque el inciso 2º. del artículo 163 de la Constitución dispone: «Sólo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional». Y como hasta hoy no ha habido declaración del Congreso en contra de la constitucionalidad del tantas veces citado artículo 6º. del Decreto de 1928, éste hállase en plena vigencia, y, por lo mismo, las disposiciones dictadas por la Corte Suprema, en conformidad con tal artículo, tienen el valor de leyes.

59.—La ley mercantil es la principal fuente —según el parecer de algunos autores es la única— del Derecho mercantil. Claro está, por tanto, que la materia comercial se ha de regir primeramente por el conjunto de leyes formado con el objeto de regularla, o sea por el Código de Comercio. Esto se entiende si no hay jurisprudencia mercantil con el valor de ley; que si la hay, como ya lo demostramos en la proposición anterior, debe gozar dicha jurisprudencia de aplicación preferente a los artículos del Código de Comercio. Lo cual no quiere decir que éste se encuentre con respecto a la jurisprudencia, en la relación de Derecho supletorio a principal; sino simplemente que las normas dictadas por la Corte Suprema con el valor de ley, deben considerarse como especiales con respecto a las disposiciones del Código, y como incorporadas a éste.

60.—El artículo 4º. del Código de Comercio confiere al Derecho consuetudinario mercantil la calidad de supletorio de la ley comercial. De consiguiente, cuando no hay, para un caso dado, disposición expresa en el mencionado Código, son las costumbres mercantiles pertinentes las que se le han de aplicar. El no haber calificado el legislador la palabra «Ley» que emplea en el citado artículo, podría originar dudas al respecto de saber si las costumbres mercantiles no pueden suplir

el silencio de la ley comercial, sino cuando a su vez hay silencio en la ley civil, ya que ésta es también supletoria de aquélla, o, dicho en otros términos, si las costumbres mercantiles en conflicto con las disposiciones del Código Civil, deben o no prevalecer sobre éstas. Tenemos el convencimiento de que las costumbres mercantiles gozan de preferencia de aplicación a las leyes del Código Civil, ya en razón de que aquéllas, en virtud del artículo 4º. del Código de Comercio, están incorporadas y, por lo mismo, forman parte integrante de la legislación mercantil; ya porque de aplicarse el Código Civil antes de las costumbres comerciales, nunca éstas llegarían a regir una situación jurídica, puesto que el nombrado Código dispone que las costumbres no constituyan derecho; ya, también, porque la palabra «Ley» del artículo 4º. del Código de Comercio, por su mismo aspecto gramatical, nos indica que la intención del legislador fue significar únicamente el Derecho positivo mercantil, y no de un modo general las leyes mercantiles y las civiles, que, de ser así, dicha palabra debía estar escrita con minúsculas y en plural; y ya, finalmente, porque hasta el orden mismo de colocación de los artículos 4º. y 5º. del Código de Comercio, nos muestra que el querer del legislador fue que las costumbres comerciales formaran la primera gerarquía jurídica supletoria de la ley mercantil; lo cual está de acuerdo con lo que la doctrina enseña al respecto.

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

61.—Dispone el numeral 7º. del artículo 18 del Código Civil que «a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos». Fúndase esta disposición en que es por demás lógico y razonable presumir que el legislador, al dictar una ley para regular un caso que tuvo en mientes, si otro análogo a éste se le hubiese ocurrido, habría dictado una ley análoga también a aquélla, o, lo que es más presumible aún, que dada la similitud de tales casos, los habría sujetado a la misma ley. Este razonamiento nos pone de manifiesto lo equitativo y lo jurídico, y, si se atiende a las lagunas o vacíos inevitables en la ley, lo necesario de la *interpretación análogica*. La disposición del numeral 7º. del citado artículo, como lo son muchas del Código Civil, no es peculiar ni exclusiva del Derecho civil; es ella una regla general de interpretación para todas las ramas del Derecho. Las razones que explican y justifican la interpretación análogica, no dejan duda en este particular.

Por estos motivos, creemos que al no haber disposiciones expresas en el Código de Comercio, ni costumbres mercantiles, que regulen un determinado caso, está el juez en la obligación, antes de pasar a hacer uso de otros Derechos supletorios del mercantil, de aplicar a dicho caso las leyes que en el Código de Comercio existan para casos que con aquél guarden analogía.

62.—Hay un cierto número de instituciones jurídicas, contenidas o concretadas en varias leyes, que son básicas y comunes a todas las ramas del Derecho positivo. Ejemplos de ellas son las referentes a la promulgación, efectos, interpretación y derogación de las leyes; al estado, capacidad y condiciones de las personas; a la naturaleza y calidades legales de las cosas; a los elementos y principios generales de las relaciones jurídicas u obligaciones, etc. Instituciones todas éstas que se las ha incorporado al Código Civil, con bastante impropiiedad a nuestro parecer, pues ellas deberían ser el contenido de un Código cuyo calificativo no fuese el de ninguna de las ramas de la legislación, sino el que correspondiera al conjunto de reglas generales de todo el Derecho positivo. A cualquiera se le alcanza que las mentadas instituciones no son exclusivamente civiles, ya que sus normas rigen también lo penal, lo administrativo, lo mercantil, etc. La incorporación de tales instituciones en el Derecho positivo civil, es causa de que a éste se le llame *común*, y es en esta circunstancia, como antes lo recordamos, en que los *civillistas* se basan para afirmar la dependencia del Derecho mercantil al civil. No por otra razón, a nuestro criterio, sino por la de contener a dichas instituciones el Código Civil, se ha dado a éste la calidad de supletorio del Código de Comercio. Fácil es comprender que es improPIO calificar de supletorías a las reglas del Derecho común, ya que ellas, por su naturaleza misma, son *integrantes o constitutivas*, que no supletorias, de todas las ramas de la legislación. Pero sea de esto lo que fuere, y aceptando las cosas tal cual ellas están, según el artículo 5º. del Código de Comercio, tenemos que afirmar que es obligación del juez aplicar las disposiciones del Código Civil a los casos que no se hallen especialmente resueltos por aquél. A nuestro juicio, como ya lo hemos dicho, se ha de entender que algún caso no se halla especialmente resuelto por el Código de Comercio, cuando no

hay normas a él aplicables, ni en la jurisprudencia con valor de ley, ni en este Código, ni en las costumbres mercantiles, y ni pueda inferírselas de la analogía así mismo mercantil. Fieles a la opinión por nosotros manifestada de que las disposiciones dictadas por la Corte Suprema, de acuerdo con la atribución establecida por el artículo 6º. del Decreto de 7 de octubre de 1928, deben prevalecer sobre las disposiciones de la ley, hemos puesto a la jurisprudencia civil, en la proposición 57, en orden preferente de aplicación a las leyes del Código Civil.

Estudiados ya los casos y circunstancias en que la analogía debe desempeñar papel normativo, sería por demás ocioso el insistir sobre ella considerada en su aspecto civil. Por otra parte, es tan clara la regla del numeral 7º. del artículo 18 del Código Civil, que no ha menester de estudio para saber los casos en los cuales se debe acudir a la analogía en lo civil, que no son otros sino en aquellos en que se hayan agotado las disposiciones de dicho Código.

63.—Es garantía establecida para todas las personas, en razón de las finalidades mismas que justifican la existencia del Estado, la de que aquéllas, por ninguna causa, se han de ver privadas de la administración de justicia. Se ha consagrado entre nosotros esta garantía en el artículo 18 del Código Civil, que prescribe que «los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley». Para hacer que dicha garantía sea siempre efectiva, y, previendo el suceso posible de que, en alguna materia, el Derecho positivo, así principal como supletorio, no contenga reglas necesarias a la regulación de algún caso, el legislador ha dispuesto que sean los principios del derecho universal los que el juez debe utilizar en tal situación. Pero, ¿qué es lo que se debe entender por principios del derecho universal? Ellos no son, ciertamente, los que podrían encontrarse en el sentimiento jurídico que, como producto de la necesidad de justicia, base de la convivencia social, existe más o menos acentuado y, según sea el grado de cultura, con mayor o menor vaguedad, en todos los pueblos de la tierra. De semejante fuente el juez no podría obtener normas ciertas ni claras. Hay un conjunto de causas y razones que, debidas a la filosofía, sirven para explicar, aclarar o

rectificar las manifestaciones del fenómeno social llamado jurídico. Son dichas causas o razones, materia propia de la Ciencia general del Derecho, o, si se quiere, de la Filosofía del Derecho, las que generan los llamados principios del Derecho universal. De consiguiente, es de la ciencia denominada Filosofía del Derecho, de la que el juez se ha de servir para fallar una cuestión mercantil que no tenga normas aplicables en ninguna de las categorías jurídicas que rigen la materia comercial.

(Continuará)



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

BIBLIOGRAFIA

REVISTAS

BOLETÍN METEOROLÓGICO Y SISMOLÓGICO.—Mayo y Octubre de 1931. Observatorio Astronómico. Quito.

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICOS Y GEOGRÁFICOS DE CUENCA. Entrega 21. Noviembre de 1931. Cuenca.

(Contiene un importante estudio del Dr. Ezequiel Márquez acerca de la sublevación de la Tercera División del Ejército de Colombia, auxiliar del Perú, el 26 de Enero de 1827).

EDUCACIÓN. Nos. 59-60-61 de Octubre—Diciembre de 1931. Quito.

AMÉRICA. Nº. 48. Enero y Febrero de 1932. Quito. (Interesante estudio de Hugo Moncayo sobre la «Pasión y Muerte del Libertador Simón Bolívar»).

CIENCIAS Y LETRAS. Nos. 203 y 204 de Octubre—Noviembre de 1931. Guayaquil.

HONTANAR. Nº. 7. Septiembre de 1931. Loja.

LA CASA DE MONTALVO. Órgano de la Biblioteca de autores Nacionales. Nos. 4 y 5. Noviembre y Diciembre de 1931. Ambato.

QUITO ROTARIO. Nº. 3. Enero de 1932. Órgano del Rotary Club de Quito.

GACETA JUDICIAL. Órgano de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Núms. 53 y 54. 14 y 24 de Diciembre de 1931. Quito.

ANALES DE LA SOCIEDAD CIENTÍFICA ARGENTINA. Diciembre de 1931 y Enero de 1932. Buenos Aires.

(El número de Diciembre trae un estudio de Félix Aguilar titulado: Contribución a la determinación de la figura matemática de la Tierra.

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA DE LA NACIÓN. Nº. 2. Buenos Aires.

SARMIENTO. Nº. 4. Noviembre de 1931. Tucumán-Argentina.

BOLETÍN INTERNACIONAL DE BIBLIOGRAFÍA ARGENTINA. Nos. 1 al 12. Noviembre de 1931. Buenos Aires.

(Esta importante publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina es una valiosa contribución para el estudio de literatura y la más eficaz propaganda del valor intelectual argentino).

REVISTA DE CIENCIAS ECONÓMICAS. Nos. 123 y 124. Octubre y Noviembre de 1931. Buenos Aires.

(El Nº. 123 trae un importante estudio de Francisco Nitti: «El juicio de las formas políticas. La interpretación de la historia y las previsiones del porvenir»).

REVISTA DE INGENIERÍA. Nos. 11 y 12. Noviembre y Diciembre de 1931. Montevideo.

ENCICLOPEDIA DE EDUCACIÓN. Nos. 1 y 2. Marzo y Junio de 1931. Montevideo.

(El número 2 trae una importante recopilación de los trabajos y experiencias sobre el Plan Dalton).

ANALES DE INSTRUCCIÓN PRIMARIA. Nº. 2. Abril, Mayo y Junio de 1931. Montevideo.

(En este número se reproduce el famoso Credo Pedagógico de John Dewey).

U. R. S. S. Nº. 20. Enero de 1932. Montevideo.

ARCHIVOS DE LA SOCIEDAD DE BIOLOGÍA DE MONTEVIDEO. Montevideo 1931.

ANUARIO ESTADÍSTICO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Montevideo 1931.

BANCO CENTRAL DE CHILE. Boletín Mensual. Nº. 46. Diciembre de 1931. Santiago.

MEMORIAS DEL INSTITUTO OSWALDO CRUZ. Tomo XXV. Fascículo H. Rio de Janeiro. 1931.

REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DE MINAS GERAES. Tomo III. Vol. 1º. 1930. Bello Horizonte.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DIREITO DE SAO PAULO. Vol XXVI. 1930. S. Paulo.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. Octubre 1931. Asunción. Paraguay.

REVISTA UNIVERSITARIA. Diciembre 1931. Cuzco.

(Un importante sumario en el que hay que señalar el capítulo del libro inédito «Federalismo Integral» del Dr. Víctor J. Guevara).

INSTITUTO GEOLÓGICO DE MÉJICO. Boletín N°. 50. Méjico.

LAS METEONITAS MEJICANAS por el ingeniero JOSÉ C. HARO. Méjico 1931.

BOLETÍN OFICIAL DE LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES. N°. 9. Méjico.

BOLETÍN DEL ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. N°. 6 Méjico.

UNIVERSIDAD DE MÉJICO. N°. 13 de Noviembre de 1931. Méjico.

(Recomendamos la atenta lectura del estudio que alfonso Reyes publica con el título de «Ejercicios de Historia literaria española»).

LOS TRIBUNALES. Revista de estudio de derecho y cuestiones jurídicas. N°. 3. Enero de 1932. Méjico

BOLETÍN ANUAL DEL SERVICIO METEOROLÓGICO MEJICANO. Año de 1931. Tacubaya D. F.

PROTESTA DEL GOBIERNO DE CUATEMALA ante el Instituto Panamericano de Geografía e Historia por la publicación del mapa de Honduras que afecta a la soberanía guatemalteca. Guatemala, Diciembre de 1931.

INTERNATIONAL CONCILIATION. Nos. de Diciembre de 1931 y de Febrero de 1932 New York.

BOLETÍN DE LA UNIÓN PANAMERICANA. Enero y Febrero de 1932. Washington.

WILSON BULLETIN. N°. 5 de Enero de 1932. New York.

REPORT OF THE UNITED STATES NATIONAL MUSEUM. Washington. 1931.

THE OHIO JOURNAL OF SCIENCE. N°. 6. Vol XXXI y N°. 1 de Enero de 1932. Organo de la Ohio State University.

THE WASHINGTON HISTORICAL QUARTERLY. Enero de 1932. Washington.

ANNUAL REPORT OF THE BOARD OF REGENTS OF THE SMITHSONIAN INSTITUTION. Washington. 1931.

INSTITUTE OF INTERNATIONAL EDUCATION. Cultural Cooperation with Sud-América. Twelfth Annual report of the Director. Nueva York. 1931.

THE MARCONI REVIEW. Nº. 33. Noviembre--Diciembre de 1931. Londres.

THE JOURNAL OF THE LINNEAN SOCIETY. Nº. 255. Londres.

PROCEEDINGS OF THE LINNEAN SOCIETY OF LONDON. De Octubre de 1930 a Mayo de 1931. Londres.

LA REVUE HEBDOMADAIRE. Nos. 48-49-50-51-52 de 5, 12, 19 y 26 de Diciembre de 1931 y Nos. 1-2-3-4 y 5 de 2, 9, 16, 23 y 30 de Enero de 1932. París.

(El número 3 de 16 de Enero de 1932 contiene un importantísimo estudio de Edmond Jaloux sobre André Gide).

AFFAIRES ESTRANGERES. 25 de Setiembre de 1931. París.

(Sumario: *Cronique Politique*. La XII sesión de la Assemblée de la Société des Nations. *Le règlement de l'affire l'Union donamire*. La nouvelle *constitucion yugoeslave*. *Le conflict romain*. *La préparation et le programme de la seconde Conference Balkanique*).

EVOLUTION. Nos. 71-72-73 y 74 de Noviembre y Diciembre de 1931 y de Enero y Febrero de 1932. París.

(El número 74 de Febrero de 1932 es especial y está consagrado a la Conferencia del Desarme. Es una revista mensual de cuestiones que interesan a la pacificación internacional y al acercamiento de los pueblos.

En los números 71 y 72 se encuentran: Un trabajo de Matteries Morhardt sobre «Responsabilidad de los intelectuales en la guerra» y una interesante comentario de Lucien Roth a un párrafo del Diario Íntimo de Amiel. Se lee también el discurso de Litvinoff pronunciado en Ginebra en Mayo de 1931).

JOURNAL DE MATHÉMATIQUES PURÉS ET APLIQUÉES. Nº. 4. 1931. París.

ANALES DE L' UNIVERSITE DE PARIS. Nº. 6, año 6º. y 1º. de Enero y Febrero de 1932. París.

(El número de 1932 contiene un importante estudio de René Maunier sobre contacto de razas y contacto de clases).

BULLETIN DE LA SOCIETE BOTANIQUE DE FRANCE. Nos. 7 y 8. Sesiones de Julio-Octubre de 1931. París.

SPLIX. Revista de cuestiones recreativas. Nº. 1 de Enero de 1932. París.

L' ESPRIT INTERNATIONAL. Nº. 21 de Enero de 1932.
París.

(Estudios importantes: Le probleme philosophique de relations internationales, par Leon Brunschvicg; La crísis económica mondiale, par Julius Wolf).

REVISTA DE LAS ESPAÑAS. Nos. 61-62-63 y 64 de Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 1931. Madrid.

(En los dos últimos números se inserta la nueva Constitución de la República española).

BOLETÍN DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA. Nos. 14 y 15. Junio y Octubre de 1931. Granada.

(Hay que señalar los siguientes artículos: Valor lógico de la pedagogía comunista, por Francisco Alcayde Villar; la herencia de las enfermedades mentales, por R. Alvarez de Tíledo y Valero; Descubridores y Conquistadores de Indias, por José Polanco Romero).

BOLETÍN DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Nº. 15. Noviembre de 1931. Madrid.

(Contiene un importante estudio de Miguel Asín Palacios acerca del místico Abulabás de Almería y su «Mahasin al machalís»).

BOLETÍN MENSUAL DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES. Nos. 9, 10 y 11 de Septiembre, Octubre y Noviembre de 1931. Ginebra.

YMER. Nos. 3 y 4. 1931. Stokholm.

IBERO AMERIKANISCHE ARCHIV. Enero de 1932. Berlin.

ZEITSCHRIFT FUR VOLKERRECHT. Breslau, 1931.

HOSTUS BOTANICUS SAIGONENSIS. Delectus Seminum. Saigon 1931.

REGIO INSTITUTO SUPERIOR DE SCIENZE ECONOMIQUENE COMERCIALE. Anuarim. Anno accademico 1930—1931. Torino.

BULETIN DU BUREAU INTERNATIONAL D' EDUCATION. Nº. 4.—Geneve.

BOLLETINO DE LLA REGIA UNIVERSITA ITALIANA PERNS-TRANIERI. Nos. 21 y 22 de Noviembre y Diciembre de 1931. Perugia.

RIVISTA DI DIREITTO INTERNAZIONALE. Serie III. Vol X de 1º. de Octubre a 31 de Diciembre de 1931. Roma.

LIBROS

ANTONIO SERRANO. «*Arqueología ae. Litoral*». Paraná. Argentina.

ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL. *Recueil des cours*. 1930. 4 tomos. París. Enviado por la Fundación Carnegie de la Paz.

LA FOUNDATION ROCKEFELLER. *Report Annual*. 1930. New York.

DR. MAURICE J. BONN. «*Prosperity*»: La crise américaine. París.

DR. ANTONIO JOSÉ URIBE. «*Colombia y los Estados Unidos de Norte América. El Canal interoceánico. La Separación de Panamá. Política internacional económica. La cooperación*». Bogotá, 1931.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL