

La Analogía de la Ley Mercantil Frente a las Fuentes Subsidiarias del Derecho *

Trad. de J. RODRIGUEZ

SUMARIO: 1). Planteamiento del problema.—2). Si puede distinguirse la interpretación lógica de la analogía.—3). Teoría de la precedencia concedida a las fuentes subsidiarias (NAVARRINI, SCIALOJA A., DE SEMO).—4). Teoría de la precedencia reconocida a la analogía de la ley mercantil (VIVANTE, ROCCO).—5). Teoría que sitúa el recurso a la analogía de la ley mercantil después de los usos, pero antes que el Derecho Civil (BOLAFFIO, DEGNI). Críticas que pueden suscitarse a la demostración de esta tesis en sus consecuencias prácticas y teóricas.—6). Necesidad de combinar la solución de la cuestión presente con la determinación del contenido de la antítesis “ley mercantil” y “derecho civil” del artículo 1º del C. Co.: leyes mercantiles son todas las normas escritas, incluso en el Código Civil, que comprenden la regulación de la actividad mercantil. El efecto práctico de esta interpretación, es la substracción de las normas generales sobre las obligaciones y sobre los contratos a la fuerza derogatoria de la costumbre.—7). Por consiguiente, el artículo 1º del C. Co., así interpretado, se armoniza ahora con el artículo 3º disp. prelim., y no se aplica el derecho civil en materia mercantil, sino a través de la analogía.

1) Entre las muchas controversias que ha suscitado el artículo 1º del Código de Comercio y, digamos que aunque con preferencia —si

* Trabajo publicado en los Estudios de Derecho Mercantil, en honor de C. Vivante.

bien ciertamente, y lo veremos— no exclusivamente, en el campo teórico la importancia de las locuciones “leyes mercantiles”, “derecho civil” y “usos mercantiles”, sobre las funciones y la misma legitimidad de la interpretación analógica de la ley mercantil etc., nosotros nos proponemos referirnos ahora a una sola; esto es, a la función de la interpretación analógica de la ley mercantil frente a las fuentes subsidiarias expresamente mencionadas: los usos y el derecho civil.

Con esto, prescindiendo de toda otra controversia, damos por resuelto el problema de la posibilidad de la interpretación analógica de las leyes mercantiles, y por resuelto, se comprende, en sentido afirmativo. Por lo demás, puede decirse que el asentimiento sobre esto, es casi unánime, ya se deduzca la solución, como con los más, de la negación del carácter excepcional de este sistema de normas,¹ ya se admita, con algunos autores, en los confines de la materia de excepción, la aplicación analógica de las mismas normas excepcionales.²

Pero en estas páginas, modesta contribución a los honores que, por iniciativa de los discípulos se rinde al Maestro, que deja la cátedra ilustrada por la excelencia de su enseñanza y por la autoridad de su nombre, nos proponemos examinar el problema que surge aquí precisamente, porque, admitida la posibilidad de recurrir a la analogía, queda por preguntarse *si debe recurrirse a la interpretación analógica de la norma escrita del derecho mercantil antes o después de recurrir a los usos mercantiles antes o después de recurrir a la norma dada por el derecho civil.*

2) En verdad, la cuestión así planteada ha sido objeto de agudas críticas por parte de CANDIAN, para quien el problema quedaría resuelto, antes de su planteamiento, mediante la demolición de equívocos tradicionales.

El mismo plantea un problema más general, para afirmar que entre interpretación inmediata o textual e interpretación analógica no hay solución de continuidad, pues se trata de actividades cualitativamente idénticas. La contraposición entre aplicación textual y aplicación analógica sólo es fuente de equívocos: también sería necesario aquí según CANDIAN, reproducir en la teoría la estructura unitaria que existe en las cosas, con el resultado de que el problema (así lo afirma) incluso se suprimiría.³

Según este autor, para convencerse de lo absurdo de lo contrario, bastaría pensar que el procedimiento analógico es capaz de expansión indefinida, por lo que “si se admite la extensión analógica de las leyes

mercantiles en primer grado, esto es, antes de los usos y del derecho civil, resulta evidente que no se admitirá la posibilidad de la aplicación de estas fuentes ulteriores. Si se pretende, por el contrario, ver la analogía de la ley mercantil, precedida por los usos y por el derecho civil, entonces, aparte la manifiesta violación del artículo 1º del C. Co., que coloca al derecho civil como última fuente, se supone limitada la analogía del uso y de la ley general (derecho civil, según el artículo 1º).⁴

La conclusión para CANDIAN es, por consiguiente, que resulta absurda la distinción entre aplicación textual y aplicación analógica, por lo que debe acudir a la ley mercantil o a la civil según que en ésta o en aquélla se encuentre una norma que tenga mayor analogía con el caso de que trate.

No obstante, la conclusión no me parece persuasiva: dejaremos a un lado que CANDIAN no debería objetar la violación del artículo 1º del C. Co., por quien aplique otras fuentes subsidiarias o procedimientos interpretativos después del derecho civil, desde el momento que niega valor y eficacia de norma al artículo 1º.⁵ Esto, aunque podría tener algún valor como argumento *ad hominem*, no haría avanzar un paso al problema.

Se estaría tentado de objetar también al supuesto, que si aplicación directa y aplicación analógica de la ley civil son la misma cosa, dado que para CANDIAN puede ser preferida en ciertos casos la aplicación analógica de la ley civil a la analógica de la ley mercantil, esto querría decir que, la ley civil en general, e incluso en la aplicación textual, podría preferirse a la aplicación textual de la norma mercantil.

Pero es mucho más radical la razón de nuestro disenso, que atañe a la afirmación de la posible extensión indefinida del procedimiento analógico, el recurso al cual excluiría el hacerlo a las fuentes sucesivas, y a la imposibilidad de distinguir entre aplicación textual e interpretación o aplicación analógica de la norma.

Si no me equivoco, la primera afirmación es producto de un error. Esto es, yo no creo que la interpretación analógica de la norma pueda producirse indefinidamente, hasta tener un carácter exhaustivo, de tal modo que excluya, a través de la determinación de principios cada vez más generales la necesidad de recurrir a normas de otra naturaleza o categoría.

La progresiva extensión del contenido potencial de la norma sometida al procedimiento de la extensión analógica, tendría en efecto, su límite allí, donde el principio cada vez más general que se obtendría

por una progresiva extensión analógica, chocase con una norma explícita contradictoria, sancionada por el mismo ordenamiento jurídico. Se deduce de aquí, que aún cuando se encuentre una cierta analogía entre un supuesto no contemplado por el legislador y una norma cualquiera, ésta no podrá aplicarse al caso en cuestión, sino cuando el principio más general obtenido de la norma expresa y la aplicación de éste al caso en cuestión, esto es el principio en el que son subsumibles el caso contemplado y el caso no contemplado, no sea contradicho por una norma explícita que repugne a la pretendida generalización del principio.

Pero me parece que ni siquiera puede compartirse la otra afirmación de CANDIAN: bien consideradas las cosas, es forzoso admitir una solución de continuidad entre aplicación textual y aplicación analógica de la norma, aun sin excederse en segmentaciones mecánicas de la actividad del intérprete.

Es aquella pausa, aquel respiro impuesto razonablemente por la "duda" a que alude el artículo 3., de las disp. prel.,⁶ es aquella solución de continuidad en la que se inserta alternativamente en nuestra opinión —en otro lugar mejor documentada—⁷ la invocación a la equidad o a la costumbre (que excluye la aplicación analógica de la norma escrita), y la aplicación analógica misma: es aquella pausa impuesta por la investigación previa, que prescribe el artículo 4 de las disp. prelim. que excluye, sin más, la aplicación analógica para tantas partes de norma.

¿Cómo se negaría la necesidad de una distinción entre aplicación textual y aplicación analógica, cuando la primera no es sólo admitida, sino obligada para todas las normas, mientras que la segunda es admitida para algunas e irremisiblemente excluida para otras? (Artículo 4, disp. prelim.)

Queda entonces, según nosotros, el problema tal como fué planteado tradicionalmente por la doctrina, y este problema requiere una solución. Las soluciones propuestas, que son evidentemente todas las posibles, son tres: examinémoslas y estudiemos los argumentos de sus propugnadores.

3) Según una primera opinión, no se debe recurrir a la analogía de la ley mercantil sino después de haber agotado en vano el recurso de los usos y al derecho civil.⁸

Los sostenedores de esta tesis argumentan en sustancia así: el artículo 3 de las disp. prelim., remite a la analogía "cuando no pueda decidirse una controversia, de acuerdo con una disposición legal de-

terminada". Ahora bien, dada la invocación general que el artículo 1 del C. Co., hace a los usos y al derecho civil, no puede decirse que exista la imposibilidad de decidir así una controversia, si la norma, aunque no expresamente escrita, puede deducirse de una de estas fuentes subsidiarias. El artículo 1 C. Co., no deroga lo que dispone el artículo 3 de las disposiciones preliminares, sino que la completa, sólo que "se consideraran las tres fuentes como constituyendo una sola ley, a la que se aplicará íntegramente el artículo 3 de las disposiciones preliminares".⁹ "El artículo 1, en esencia, no hace más que establecer cuales son las *disposiciones precisas* que se aplicarán en materia mercantil. Hasta que se hayan puesto a contribución las fuentes subsidiarias, no puede decirse que falte una disposición expresa, ni puede recurrirse a los medios extraordinarios de interpretación",¹⁰ y esto, porque "las tres fuentes de que habla el artículo 1., no están consideradas cada una como ley en sí por separado, sino más bien como partes, como elementos integrantes de la ley conjunta, aplicables a la materia mercantil; precisamente, porque se trata de varias fuentes convergentes en la producción de derecho mercantil en general debemos atender a la producción de derecho mercantil en general, debemos atender a la unidad del *resultado* producido por su energía, más bien que a aislar unas de otras".¹¹ Cuando el caso que deba resolverse no esté contemplado en ninguna de las tres fuentes, entonces se recurrirá, en el mismo orden, a la analogía de una de las normas establecidas expresamente por las mismas. "Si tanto las leyes mercantiles, en sentido estricto, como los usos o las leyes civiles contemplan un mismo caso que sea análogo al no contemplado directamente en ninguna de las tres fuentes, puesto que en tales hipótesis, según el artículo 1 C. Co., la única disposición que tiene fuerza de ley es la de ley mercantil en sentido escrito, será ésta la que se aplique analógicamente; en cambio, si el caso análogo no está previsto por la ley mercantil en sentido estricto; pero sí por los usos, por la misma razón, se aplicarán estos analógicamente; y serán de aplicación analógica las leyes civiles en la hipótesis de que el caso no esté contemplado *expresamente* por ninguna de las tres fuentes; pero en cambio, si sea contemplado uno afín, *exclusivamente* por las leyes civiles".¹²

Y, junto a este razonamiento central, los partidarios de esta tesis no dejan de exponer otras consideraciones encaminadas a fortalecerla y a rebatir las objeciones contrarias, ya desde el punto de vista de las exigencias teóricas, ya desde el de la oportunidad práctica. Así, se dice: si el artículo 1 C. Co., no existiese, el intérprete, ante el silencio de la ley

mercantil, como efecto de lo dispuesto en el artículo 3 de las disposiciones preliminares, se hubiese visto remitido a la analogía de la ley especial, y después a la aplicación de la ley general. Si el artículo 1° se escribió, lo fue precisamente para dirigir al intérprete hacia las fuentes subsidiarias antes que a la analogía.¹³ Ni esta remisión, se insiste, carece de efectos útiles frente a la invocación de la analogía porque al aplicar ésta en las dos formas de analogía *legis* y de analogía *iuris*, “toda controversia será susceptible de una regulación obtenida de esas reglas generalísimas, tal vez inseguras, frecuentemente determinables con dificultad, mientras que permanecería ociosa una disposición precisa de la ley civil dictada precisamente para el caso en cuestión”.¹⁴

Finalmente, a quien objete que la aplicación de las normas del derecho común, podría resultar menos apta para las exigencias de la materia mercantil, que la analogía de las normas especiales de esta materia, se le puede contestar que no dejarían de surgir costumbres para regular la relación, derogando válidamente las normas de la ley común,¹⁵ mientras que por lo demás, siguiendo la tesis opuesta, se vería inutilizado por amor a la analogía el recurso a las fuentes subsidiarias que, sin embargo, ha sido deseado expresamente por el legislador.¹⁶

4. Pero, frente a esta doctrina, otros autores no menos autorizadamente, llegan a conclusiones diametralmente opuestas, esto es, que a falta de normas expresas en la ley mercantil se debe recurrir siempre que sea posible, a la analogía de normas contenidas en aquella y que regulan una materia análoga, y sólo cuando tales normas no existen o por su naturaleza no sean susceptibles de analogía, deberá recurrirse a los usos y al derecho civil como fuentes subsidiarias.¹⁷

“Si el artículo 1 del C. Co., dijese, “a falta de una norma expresa se aplicará la fuente subsidiaria —razona VIVANTE¹⁸— las lagunas del Código deberían llenarse, sin más, con las fuentes subsidiarias. Pero el Código dice simplemente que a falta de leyes mercantiles y de usos, se aplicará el derecho civil; y las leyes, según el art. 3 de las disposiciones preliminares, disponen no sólo para los casos que caen precisamente en los términos legislativos, sino también para los que caen dentro de aquellos términos por fuerza de la analogía.” Además, si se hiciese preceder a la analogía el recurso a las fuentes subsidiarias y, por consiguiente, no sólo a los usos, sino también al derecho civil, se sustraerían las reclamaciones comerciales, en virtud de la preferencia

concedida a éste, a la regulación más adecuada y específica dada por la ley mercantil.

“Mediante la analogía —insiste Rocco¹⁹— no se crean normas nuevas, sino que se ponen de manifiesto normas ya existentes en el sistema, con un procedimiento que consiste en deducir de la norma expresa para el caso regulado, una norma más general que la expresada y, por consiguiente, tácitamente querida por el legislador, que abarque el caso regulado y el no regulado. Esta norma general, implícita en la norma especial expresa, es sin duda *una disposición* y una disposición que, deducida de las normas del derecho mercantil, escrito, impide la aplicación de los usos o del derecho civil, y deducida de los usos, impide, desde luego, que se recurra al derecho civil”.

Esta interpretación se reforzaría al confrontar el art. 1 C. Co. y el Art. 3 disp. prelim.: éste, al querer aludir a la falta de disposiciones expresas, usa la fórmula: “*cuando una controversia no puede decidirse con una disposición precisa de la ley*”; aquél dice solamente que la norma consuetudinaria se aplica “cuando las leyes mercantiles no disponen”, y, que el derecho civil se aplica “a *falta de usos mercantiles*.” Por consiguiente, allí —continúa Rocco²⁰ se exige precisamente la falta de una disposición explícita o incluso implícita, esto es deducible por analogía.

“No por esto, es preciso considerar el derecho mercantil como un conjunto sistemático de normas —cosa que Rocco no admite—, porque²¹ incluso, en una legislación fragmentaria como la mercantil, hay lugar para la analogía tanto legal como de derecho, y procede incluso en los principios generales...”; ni esto quita aplicación a la remisión que hace el Art. 1 C. Co., al derecho civil, “porque pese a la analogía, pese a los principios generales, quedarán siempre en las leyes mercantiles, y más aun en los usos comerciales, tantas lagunas que harán frecuente y necesario el recurrir al derecho civil”.²² Finalmente, observa VIVANTE, si se antepusiese la remisión a las fuentes subsidiarias al recurso a la analogía, “faltaría una norma de ley que permitiese el retorno al Código de Comercio, y por consiguiente, cuando se hubiesen agotado las disposiciones expresas del Código de Comercio y de los usos, se acabaría definitivamente en el derecho civil (“en defecto, se aplicará el derecho civil”), que tendría una interpretación analógica con exclusión del Código de Comercio, que es, sin embargo, la fuente primaria en las controversias mercantiles.”²³ A esta tesis, aunque sostenida con fuerte argumentación y por escritores tan autorizados, no

se dejó de oponer ya la consideración de que con tal sistema, se acabaría por dejar como letra muerta la remisión a la fuente *viva de las costumbres mercantiles*, a las que se concedería una función muy modesta, si sólo se debieran aplicar cuando en el conjunto de los principios, tan ampliamente formulados por la ley mercantil, no se encontrase ninguno que fuese extensible por analogía al caso considerado.

5. Al enfrentarse con los argumentos aducidos por los partidarios de una y otra solución, en verdad, se queda uno perplejo a primera vista, hasta que por un examen más atento acaba por no ser convincente ninguna de las dos tesis, ni aparecen como incontrovertibles los argumentos invocados. Entre estas dos doctrinas, se presenta, entonces, una intermedia, según la cual, la interpretación analógica de la ley mercantil, sin ser antepuesta a los usos, y sin ser pospuesta por otra parte al derecho civil, debería situarse entre aquéllos y éste como última solución para resolver una controversia mercantil con los principios propios del derecho especial, antes de recurrir a las normas del derecho común.

También esta tesis fué sostenida autorizadamente en nuestra doctrina. Fuentes propias del Derecho mercantil son —se ha dicho— la ley mercantil y el uso, el derecho civil no hace más que integrar estas dos fuentes: “no es por sí mismo en el sentido riguroso de la expresión, una parte de la legislación mercantil; pero se aplica (Art. 1) a la materia mercantil, cuando falte una disposición precisa del derecho especial mercantil para resolver la controversia y no sea suficiente la aplicación analógica de este derecho para solucionarla (Art. 3 disp. prelim.) Por consiguiente, primero se aplicará la ley mercantil, después los usos, fuentes inmediatas del derecho privado mercantil; y cuando falte una disposición específica o un uso especial o general, se recurrirá a la analogía para sacar de estas fuentes sucesivas todo el contenido legal de que sean capaces. Cuando se haya hecho esto, se recurrirá a la fuente subsidiaria y se aplicará el derecho civil. Si éste no bastare, se recurrirá a los principios generales del derecho.”²⁴

Pero incluso esta tesis, tal como es sostenida por BOLAFFIO y combinada con la definición que da el eminente autor de las dos fórmulas usadas por el Art. 1 C. Co.,: “ley mercantil” y “derecho civil”, no acaba de persuadir.

En efecto, para BOLAFFIO aquellas normas que se encuentran en el Código civil y que, por su general comprensión —las normas típicas

y las definiciones generales en materia de contratos— se aplican, incluso a la materia mercantil, no se comprenderían entre las “leyes mercantiles”;²⁵ de aquí se deduciría, si no estamos equivocados, que se debería recurrir a las mismas, después de recurrir a los usos, e incluso después del recurso a la analogía de la Ley especial. Ahora bien, admitido esto y siguiendo el orden indicado, en cuanto a recurrir a las diversas fuentes y medios de interpretación, se tendría que admitir que tales principios generales han sido derogados, no sólo por costumbres, sino que no tendrían aplicación frente a la analogía de una norma de derecho mercantil, que sólo podía haber derogado parcialmente esos principios generales del derecho común. Con otras palabras, todas las derogaciones parciales formuladas en la ley mercantil, a los principios generales del derecho privado común, se convertirían necesariamente en verdaderas y propias derogaciones generales para toda la materia mercantil.

Pero hay más. El admitir, incluso en la órbita de la norma del derecho mercantil, la interpretación analógica, no puede ni debe querer decir que todas las normas contenidas en el Código de Comercio o en leyes especiales mercantiles, puedan y deban ser interpretadas también analógicamente. Nadie querrá negar que, incluso entre las normas que se encuentran escritas en algunas de estas fuentes, se podrían hallar algunas respecto de las cuales, en virtud de lo dispuesto en el Art. 4 disp. prelim., no proceda la interpretación analógica, del mismo modo que normas de este género se hallan en el Código y en las leyes civiles. Ahora bien, ¿cómo determinar la posibilidad misma de la interpretación analógica, sin reconocer el carácter excepcional de la norma que se quiere aplicar? ¿y cómo determinar este carácter sin tener en cuenta previamente estas normas, que se encuentran, sí, en el Código civil; pero que también se refieren a la materia mercantil y que, sin embargo, deberían ser tenidas en cuenta, según BOLAFFIO, en último lugar, como “derecho civil” en el sentido del Art. 1 C. Co.,? Extraña, pues, que según la opinión del ilustre autor, el derecho mercantil en vez de derecho de excepción no sería ni siquiera derecho especial frente al derecho civil, o más bien, cada uno de estos derechos sería especial en el sentido de que cada uno se referiría a una esfera distinta de relaciones:²⁶ la materia civil y la materia mercantil. Pero, si no nos equivocamos, precisamente esta concepción resulta incompatible con aquella otra de considerar como normas de derecho civil y no como leyes mercantiles todo el derecho privado —y, por consiguiente, también de las obligaciones

mercantiles—que se encuentran en el Código Civil. Y esto, porque tal contraposición entre dos derechos como sistemas autónomos e independientes que se refieren a diversas esferas de aplicación, supone que cada uno de ellos se presente como un sistema orgánico frente al cual la aplicación de normas extrañas escritas sólo puede suceder excepcionalmente, en virtud de la analogía hecha posible al entrar ambos sistemas en el concepto más amplio del derecho privado.

Incluso DEGNI, que se adhiere a la tesis de BOLAFFIO, no parece haberse dado cuenta de estas dificultades que nos parecen fundamentales para la admisión total de su composición. Así DEGNI, prescindiendo de la determinación de los conceptos que el Art. 1 C. Co., contrapone como auténticos de “Leyes mercantiles” y de “Derecho civil”, se limita a afirmar que la interpretación de este precepto debe ser “muy diversa de la admitida comúnmente, por lo que, en relación con la ley mercantil, se sitúa el mismo nivel como fuentes necesarias, los usos y el derecho civil.”²⁷ “No sólo por la esencia y los fines de las relaciones mercantiles —continúa el mismo autor—, sino por la misma expresión literal del texto, los usos mercantiles y el derecho civil, considerados como fuentes subsidiarias del derecho mercantil no tienen, respectivamente, la misma posición... Esto es, ante todo precisa aplicar la norma escrita, la ley (*strictu sensu*) mercantil, pero ‘cuando ésta no disponga’, eso es, a falta de disposición expresa, debe aplicarse inmediatamente el uso mercantil... Y esta aplicación inmediata y directa de los usos mercantiles, en el caso que falte la disposición expresa de la ley mercantil, se explica porque, en sustancia, aquí se trata de una *consuetudo secundum legem*, esto es, de una costumbre que debe estimarse como complemento de la ley escrita y al par de ésta, adaptada a las necesidades del tráfico. Pero para el derecho civil la posición es bien distinta; éste sólo debe aplicarse a falta de la ley y del uso mercantil...”²⁸ De aquí, en resumen, la posibilidad de insertar entre los usos y el derecho civil la analogía de la ley mercantil. Pero el argumento en favor de la tesis, de puro carácter formal, basada en que mientras el Art. 1 designa como fuente subsidiaria de la ley mercantil, el uso mercantil, y dado que éste debe aplicarse cuando aquélla no disponga la aplicación del derecho civil se ha referido, en cambio, separadamente, al principio, usando una expresión distinta “en defecto, se aplicará el derecho civil”²⁹ a argumentación, que si me parece ingeniosa y aguda, no es capaz de convencer. Así que, según nosotros, es exacta la tesis de que la analogía de la ley mercantil, debe anteponerse a la aplicación del derecho civil,

aunque posponiéndose a la de los usos mercantiles, quedando así situada entre aquél y éstos, pero precisa todavía ser demostrada.

6). La realidad es que, si no estamos equivocados, la cuestión de la posición de las fuentes del derecho mercantil, no puede resolverse sino a través de la determinación del contenido preciso de las dos fórmulas usadas por el Art. 1º “ley mercantil” y “derecho civil”, mientras que, recíprocamente, los resultados satisfactorios a que se llega, dando la interpretación que proponemos, confirmarán, siempre que no estemos equivocados, la bondad de la interpretación misma.

Esto es, que por ley mercantil debe entenderse, según nosotros en aquel artículo precisamente, toda norma escrita dentro o fuera del Código de Comercio, que regula una relación comprendida en la materia mercantil.³⁰

Por consiguiente, no sólo las normas contenidas en leyes especiales de carácter mercantil, sino también las contenidas en el Código Civil o en otras leyes especiales, y esto no sólo, cuando éstas contengan expresa mención de su aplicación a la ley mercantil, o se refieran expresamente a la actividad mercantil,³¹ o bien, cuando el Código de Comercio, con una remisión expresa³² o³³ las convierta así, indiscutiblemente en normas mercantiles, sino incluso, según nosotros —en lo que el consentimiento es menos unánime— aquellas disposiciones generales que, extendiéndose por su universal aplicación incluso a la materia mercantil, son verdaderas “*leyes mercantiles*” en el sentido del Art. 1º y fuente primaria y directa para la regulación de toda actividad mercantil.³⁴

Necesariamente, en la contraposición fijada por el Art. 1º, no se puede entender por “*derecho civil*” más que el conjunto de aquellas normas que son *propias y exclusivamente del Derecho Civil*, en el sentido de que se refieren a materia distinta de la mercantil. En este sentido, se comprende bien que el Derecho Civil sea, y deba ser, fuente subsidiaria, en materia mercantil y se evita el absurdo de estimar como derogables por la costumbre contraria, las normas comunes a las dos materias,³⁵ absurdo, que llevaría a considerar disposiciones, como por ejemplo, la del Art. 1124 del Código Civil, aplicable en materia mercantil, sólo si no existiesen en la materia indicada, costumbres distintas, mientras que al contrario, no debe vacilarse en estimar, que precisamente porque constituyen ley mercantil, esto es, fuente primaria, toda costumbre contraria a tal principio estará, *como costumbre contra la ley*, desprovista de toda eficacia jurídica.³⁶

Y la inderogabilidad por la costumbre de estas normas generales, que la jurisprudencia vió bien en varias ocasiones, me parece que resulta tanto más evidente, por el hecho que allí donde ha querido derogarla el legislador mercantil, lo ha hecho con norma expresa, como en el Art. 40 en relación con el Art. 1188 Código Civil, en el Art. 44 en relación con el Art. 1341 del Código Civil, los artículos 42 y 67 en relación con el Art. 1165 del Código Civil.

7). Pero, así interpretado el Art. 1º del Código Mercantil, no deja ver ninguna derogación, o peor, antinomia, frente al Art. 3 de la ley preliminar imperante (como verdadera norma jurídica coactiva, según nosotros), incluso en esta parte del Derecho Privado. Se desvanece, así la duda de que mientras el Art. 1º C. Co. en defecto de norma expresa remita a la costumbre, el Art. 3º disp. prelim. imponga el recurso a la analogía de la norma escrita.

Y sin embargo, la antinomia aparecía tan evidente a CANDIAN que en su último escrito proponía, casi *extrema ratio* para dar una solución a la insoluble cuestión, el suprimir el Art. 1º del C. Co., tranquilizándose con la afirmación de que en materia de interpretación, dominan los principios generales y la doctrina, de modo que ni el legislador pudo establecer normas imperativas, y menos aun, normas especiales, para ramas particulares del derecho. "Por lo tanto, el haber supuesto que ellos (esto es, a este Art. 1º) se debiese dar imprescindiblemente un contenido, ha sido la causa de penosas desviaciones y de persistentes incertidumbres. Por eso mismo, se volverá a encontrar el camino, si se le suprimiera (salvando en él sólo la proposición que, por ventura, tiene contenido normativo, esto es, la relativa a la eficacia genérica del uso). Suprimirlo (es obvio) significa restituir a su plenitud de vigor exclusivo, las normas interpretativas de las disposiciones preliminares".³⁷

El problema se resolvería, por consecuencia, en los siguientes términos: "la combinación del Art. 3º de las disposiciones preliminares con el Art. 1º del C. Co. (siempre prescindiendo de la eficacia del uso mercantil independiente de la remisión específica), es imposible; el Art. 1º del C. Co., carece de eficacia normativa y no puede tener aplicación. El Art. 3º antedicho con las reglas sucesivas que lo completan queda como norma unitaria de interpretación de todas las leyes".³⁸

Si no estamos equivocados, las palabras de CANDIAN, índice de la insolubilidad del problema hasta aquí planteado como se hace habitualmente, no se justifican a no ser que se siga la interpretación propuesta

por nosotros del Art. 1º C. Co., y que ulteriores consideraciones confirmarán.

En efecto, desde el momento que el Art. 1º del C. Co. declara sin más, la costumbre como fuente de derecho mercantil, quiere decir, que allí donde la ley calle, pero haya un uso que la integre, el silencio de la ley no es más que aparente, porque precisamente, aunque no esté escrita la norma, es como si el legislador la hubiese invocado, en cuanto éste hace suyo el contenido; no estamos, por consiguiente, en la hipótesis del Art. 3º de la disp. prelim. de una controversia que no se pueda decidir con una norma precisa. Si el uso existe, pasaremos, sin solución de continuidad y sin duda alguna, de la aplicación del derecho mercantil escrito al no escrito, de las costumbres codificadas —como podemos decir incluso con plena exactitud— a las que no están todavía codificadas, aunque estén destinadas a serlo con toda probabilidad en un plazo más o menos remoto, si bien el legislador las ha invocado ya, junto a la ley escrita, para todos los casos en que ésta no disponga algo. No se recurre de modo distinto a la analogía en el Derecho Civil, cuando se hace la remisión a la costumbre en una forma expresa, aunque no sea en forma general como en el C. Co., a no ser que una norma expresa, se remita a la equidad del juez, en cuyo caso la remisión a esta fuente subsidiaria elimina la necesidad de la analogía, porque norma expresa no quiere decir norma escrita, y hay norma expresa, cuando es invocada por la costumbre aplicable o cuando el supuesto esté comprendido en la hipótesis, en virtud de la que el legislador, inducido por las condiciones de complejidad particular, de política legislativa o por exigencias prácticas, en vez de imponer al juez el fatigoso camino de la investigación analógica que surge por progresiva generalización y abstracción de los principios generales, lo remite a lo que sea su objetiva e intuitiva apreciación de lo *æquum et bonum*.³⁹

Sólo cuando falte la remisión a la costumbre —general en materia mercantil—, o a la equidad, o falte de hecho el uso en la materia que ha de decidirse y falte la regulación de un supuesto análogo, o la norma reguladora de tal supuesto no sea por su naturaleza (artículo 4 de la disposición preliminar extensible) por analogía, se recurrirá al “derecho civil”. Pero, el reservar al derecho civil esta función tan subsidiaria y prácticamente poco frecuente, no parecerá peligrosa, cuando se piense en qué sentido debemos entender aquí el “derecho civil”, mientras desde el punto de vista teórico —y en esto hay una confirmación, si no erramos en nuestra tesis— tal subordinación parecerá perfectamente justificada,

y justificado también el hecho de que el recurso al derecho civil sea propuesto al recurso analógico a la ley mercantil.

Por consiguiente, aparece claro que la aplicación del derecho civil, así entendida no puede realizarse más que por analogía, (se ha visto que las normas del Código Civil que regulan materia mercantil son "leyes mercantiles"), y ahora, aparece evidente, incluso que entre varias normas reguladoras de materias análogas, deba preceder el recurso a analogía de la norma dictada por la materia más afín, esto es, en nuestro caso, a la contenida en la ley mercantil.

Mario ROTONDI.

NOTAS

1 La opinión de la naturaleza excepcional de la ley mercantil, difundida en tiempo de las primeras codificaciones mercantiles, fué sancionada en el título mismo de uno de nuestros códigos preunitarios, el de las dos Sicilias, titulado: *Leyes de excepción para asuntos de comercio*. En contra se expresaron ya durante la elaboración del nuevo Código, en las observaciones al Proyecto, la Cámara de Comercio de Pontenza (MARGHERI, *Motivos del Código de Comercio italiano*, Nápoles, 1885, vol. II, parte II, pág. 12) y la Facultad de Pisa (loc. cit., pág. 13).

En contra de tal naturaleza excepcional está casi unánime la doctrina: VIDARI, *Curso de Derecho Mercantil*, V. edición, I, n. 93 y sgts. pág. 67; BORSARI, *Código de Comercio anotado*, Turín, 1868, I, n. 317; CASTAGNOLA, *Nuevo Código de Comercio italiano*, 1895, I, n. 14; VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, 5.ª edic., I, n. 5, pág. 47; BOLAFFIO, *Disposiciones generales, etc., en el Código de Comercio Comentado de U. T. E. T.*, 5ª edic. (1922), n. 1, pág. 2 y n. 7, pág. 36; FRANCHI-PAGANI, *Del Comercio en general*, I, n. 3; SUPINO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Florencia, 1925, 15 edic., n. 7, pág. 15; MARGHERI, *El Derecho Mercantil expuesto sistemáticamente*, 2ª edic. I, pág. 39; BRUGI, *Instituciones de Derecho privado italiano*, 4ª edic. Milán, 1923, n. 3, pág. 57; SIMONCELLI, *Instituciones de Derecho privado italiano*, Roma, 1917, 2ª edic.; FERRARA, *Tratado de Derecho civil italiano*, Roma, 1921, I, n. 17, pág. 83; CARNELUTTI, *Criterios de interpretación de la ley sobre accidentes*, en "Rev. Der. Mer.", 1904, I, pág. 209; DEGNI, *La interpretación de la ley*, 2ª edic. Nápoles, 1909, n. 9, pág. 24; PIPIA, *Tratado de Derecho Mercantil*, Turín, 1913, I, n. 47, pág. 35; DE SEMO, *La aplicación analógica del Derecho Mercantil y la jerarquía de las fuentes indicadas en el art. 1, del Código Mercantil*, en "El Derecho Mercantil", 1925, parte 2ª págs. 2 y sgts. Esta es la opinión que prevalece también en la literatura alemana; BEHREND, *Tratado de Derecho Mercantil*, Berlín-Leipzig, 1880-96, págs. 73 y sgts; ANSCHÜTZ y VON VÖLDERNDORFF, *Comentarios al Código de Comercio general alemán, 1867-1874*, I, pág. 11; GOLDSCHMIDT, *Manual de De-*

recho Mercantil, Stuttgart, 1876, pág. 307; STAUB, *Comentario al Código de comercio*, II edic. (Leipzig, 1921), vol. I, Introd. n. 17, pág. 6; COSACK, *Tratado de Derecho mercantil*, 10-11 edic. (Stuttgart, 1923), I, pág. 1; LEHMANN, *Tratado de Derecho mercantil*. (Leipzig, 1912), 2ª edic. págs. 2, 3 y 11; GAREIS, *El Derecho Mercantil alemán* (Berlín, 1909) 8ª edic. págs. 1 y 5 S.; ENNECCERUS *Tratado de derecho civil* (Marburgo, 1923), 21 edic. I, 1. § 44, pág. 97 y sgts.; WIELAND. *Derecho mercantil* Munich-Leipzig, 1921, pág. 55. Para Francia, donde, no obstante, no se plantea el problema en los mismos precisos términos, V. substancialmente de acuerdo, MASSÉ, *El Derecho mercantil en sus relaciones con el derecho de gentes y el derecho civil*. (París, 1882), vol. III, n. 1440, pág. 8; LYON CAEN y RENAULT. *Tratado de derecho mercantil*; París, 1889, I. n. 10.

2 Así, SIMONCELLI en las *Lecciones de Derecho civil* (Litogr. Pavia 1889-90), que cambió después de opinión en las *Instituciones* (V. antes): ROCCO ALFREDO, *En torno al carácter del derecho mercantil objetivo y a sus relaciones con el Derecho Civil*, en "Estudios para Victorio Scialoja"; Milán, 1905, II. pág. 339, y especialmente en las págs. 346-350 y, además, en *Principios de derecho mercantil*, Turín, 1928, I, n. 13, págs. 54 y sgts. Este autor al desarrollar una nota de SIMONCELLI, *Lecciones de procedimientos civiles*, Roma, (1902-1903, pág. 90. litogr), distingue en el código mercantil las normas que constituyen desenvolvimiento de principios del derecho civil, para las cuales admite la extensión analógica a todo el derecho privado, de aquellas otras normas verdaderamente excepcionales frente a las correspondientes normas del derecho privado común, para las que admite la analogía en el ámbito de la materia seguida por las normas excepcionales, V. También NAVARRINI, *Tratado teórico-práctico de derecho mercantil*, Turín, 1920, I, parte 1, n. 36, pág. 55 y n. 58 pág. 88 y *Tratado elemental*, Turín 1911, vol. 1, pág. 22. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, Mesina, 1926, 4ª edic. I, § 9, pág. 63 BARASSI, *Instituciones de derecho civil italiano*, Milán, 1916, pág. 19; ASQUINI, *La autonomía del derecho marítimo* en Archivo jurídico, Serie IV, vol. IV, (1922), pág. 209. Ya he criticado en otro lugar (v. Riv. Dir. Comm., 1929, I, p. 106), la opinión que considera el derecho mercantil como un complejo de normas excepcionales, sosteniendo que el Derecho mercantil, como todo sistema, contiene normas de carácter excepcional y normas de carácter general, y representa un sistema especial en el sentido que constituye una parte o un capítulo del derecho privado. Las normas que regulan instituciones típicamente propias del comercio. no son excepcionales, porque faltan otras normas más generales de las que constituyen excepción (sobre este concepto de normas excepcionales. V. IHERING, *Espíritu del derecho romano*, 2ª edic. Leipzig, 1875, II. pág. 337). La tesis de ROCCO, supone, en efecto, que a falta del Código Mercantil las relaciones reguladas en él, lo estarían de modo distinto; ahora bien, prescindiendo de aquellos principios que el ilustre autor reconoce ser simples desarrollos de los del derecho privado común, no me atrevería a afirmar que instituciones típicas del derecho mercantil, como la letra de cambio, estarían reguladas, a todo efecto, de manera distinta, si faltase el C. Co.

Incluso en el ámbito de las leyes penales es sabido que admite la interpretación analógica, MANZINI, *Tratado de derecho penal* 2ª edic. Turín, 1920, núm. 145, págs. 253 y s. s.

3 V. *La ley mercantil en el sistema del derecho privado*, en *Rev. der. merc.*, 1929, I. pág. 332 y sgts., especialmente pág. 339 y sgts.

4 V. *ob cit.*, pág. 342.

5 V. *ob cit.*, pág. 325, 345.

6 V. BRUNETTI G., *Las fuentes y las funciones de la duda en la jurisprudencia*, Modena, 1923.

7 V. ROTONDI M., *Equidad y principios generales del derecho*, en *Ra. der. civ.*, 1924, pág. 266 y sgts.

8 SCIALOJA Antonio, *Las fuentes y la interpretación del derecho mercantil*, en *Ensayos jurídicos varios*, Roma, 1927, vol. 19, pág. 316 y sgts.; NAVARRINI, *Tratado Teórico Práctico* § 59, pág. 89; DE SEMO, *La aplicación etc.*, en *El derecho mercantil*, 1922, parte I, pág. 1 y sgts.; GHINI Carlos, *Breves observaciones sobre la interpretación en el derecho mercantil*, en *Filangieri*, 1906, pág. 192 y sgts.; SIMONCELLI, *Instituciones*, pág. 87; VIDARI, *Curso* 5ª edic, núm. 146; Consultese en la jurisprudencia, por ejemplo en pro de la aplicación del artículo 1231 Código Civil a la materia mercantil, en vez de la analogía de las normas mercantiles, *Apelac. Roma*, 29 Dic. 1904 y *Casac. Roma*, 23 Oct. 1905, *Foro it.*, 1905, I. 260 y 1337 por la aplicación de la rescisión por lesión en materia mercantil, por ejemplo, *Casac. Roma*, 12 Sept. 1907, en *Foro it.*, 1908, I. 17; y por la aplicación del artículo 2085 c. civ., incluso en las hipótesis de quiebra, *Casac. Turin*, 5 set., 1906, en *For. it.*, 1907, I. 26.

9 GHINI, *ob cit.*, pág. 198.

10 SCIALOJA, *ob cit.*, pág. 316-317, v. también GHINI, *ob cit.*, pág. 194.

11 NAVARRINI, *ob cit.*, § 59, pág. 89.

12 GHINI, *ob cit.*, pág. 195.

13 GHINI, *ob cit.*, pág. 196.

14 DE SEMO, *ob cit.*, págs. 7-8.

15 GHINI, *ob cit.*, pág. 197.

16 GHINI, *ib cit.*, pág. 94. 196. Sin embargo, este A. debía haber percibido que la aplicación de los principios indicados podía dar lugar a inconvenientes, cuando al concluir escribía que "la regla de la aplicación sucesiva de las tres fuentes no debe tomarse en un sentido demasiado riguroso o mecánico, sino que conviene saberla atemperar caso por caso." (p. 198).

17 VIVANTE, *Tratado* I. n. 5, p. 47; ROCCO, *Principios*, I. n. 39-40 p. 160 y sgts. V. También, pero con menor evidencia en las relaciones entre analogía de la ley mercantil y costumbres, n. 17, pág. 80 y n. 18, pág. 89, y *En torno al carácter excepcional*, loc. cit. Así, la Cámara de Comercio de Potenza en sus observaciones al proyecto "creería conveniente declarar, que el Comercio está regulado por el presente Código y que cuando no pueda ser resuelta una controversia con una disposición especial de la ley, las normas regulares deberán buscarse en los principios generales del derecho mercantil, en los usos mercantiles, que no sean contrarios a la ley y finalmente en el derecho civil en cuanto sea razonable.

(V. MARGHERI, *Motivos*, Vol. III, parte 2, pág. 12).

18 VIVANTE, loc. cit., y ROCCO, (ob cit., n. 39, pág. 1). “Según el artículo 1º del Código de Comercio se aplican los usos si las leyes mercantiles no *disponen nada*, se aplicará el derecho civil, si las leyes mercantiles *no disponen nada* y falta una norma consuetudinaria. Ahora que, no puede decirse que la ley escrita no disponga nada, cuando es posible la extensión analógica”.

19 Ob cit., n. 40, pág. 160; sobre la interpretación analógica de los usos, a que se refiere ROCCO, volveremos en otro lugar.

20 Ob cit., pág. 160.

21 Ob cit., loc cit.,

22 Ob cit., n. 40, pág. 161.

23 VIVANTE, loc cit.,

24 BOLAFFIO, *Disposiciones generales* etc., Turín, 1922, arts. 1, 2, § 8, pág. 43, y en otro lugar (ob. cit., § 87, págs. 37-38, remacha: “las expresiones del artículo 1º Código de Comercio según el cual, “cuando las leyes mercantiles no dispongan nada se observarán, etc.”, no significan que se deba recurrir inmediatamente a las fuentes subsidiarias si no existe una *norma expresa* de la ley mercantil; sino más bien, en relación con el artículo 3º de las disp. prelim., que no se recurrirá a las leyes subsidiarias hasta que no se haya agotado o con una disposición precisa o con disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas, la fuente inmediata del derecho mercantil constituida por la ley mercantil y por los usos: *similia similibus*”, y aún más (n. 8, pág. 47): “La aplicación del derecho civil a la materia mercantil es, por lo tanto, un *extremum remedium legis*, cuando la institución o la relación mercantil no tiene regulación o norma propia, expresa o analógica, esto es, deducidas por la identidad substancial con la norma expresa hasta estimarla: como una emanación directa de la “*ratio-legis*”.

25 Ob cit., § 7, pág. 36. “No se dice —escribe— que las normas reguladoras de los requisitos genéricos de todo contrato sean normas de derecho mercantil especial”. Verdaderamente, continúa, después. . . “Sería un equívoco, tanto como sostener que son normas de derecho especial civil”, pero dada la contraposición del artículo 1º Código de Comercio entre “leyes mercantiles” y “derecho civil”, me parece que para las normas escritas *non datur tertium*, y si no son de las unas son de las otras. A este propósito, parece incierto, en cambio, BOLAFFIO que después de las palabras indicadas continúa: las calificamos normas o *principios generales de derecho privado* precisamente para expresar nuestro pensamiento; porque si bien contenidas en el Código Civil, no son, sin embargo, normas especiales de derecho civil —ley subsidiaria, integradora en materia mercantil—, sino, más bien normas o principios que valen indistintamente para la legislación civil y para la mercantil y que por esto deben considerarse como presupuestos para la aplicación de las normas particulares de la ley mercantil que no las derogan, así como *reglas generales* a las que están subordinados todos los contratos civiles y mercantiles tengan o no una denominación propia. “V. también n. 8, pág. 47. Pero, precisamente se trata de ver si estos “principios generales del derecho privado ‘en el sentido indicado por B son según el artículo 1º C. Co.’, “leyes mercantiles” o “derecho civil”. En otro lugar (pág. 37, nota 1.) niega B que pueda admitirse que el uso mercantil derogue aquellas normas generales, mientras que en otra parte finalmente

(ob cit., n. 8, pág. 45), al decir que "el derecho civil aludido en el artículo 19., "sobre el fundamento de la unidad orgánica del derecho privado de las obligaciones", parece considerar comprendidas en el "derecho civil" aquellas normas generales que valen, según nosotros como "leyes mercantiles", y que constituyen, en verdad, las bases del derecho privado de obligaciones.

26 Ob cit., § 8, pág. 45.

27 DEGNI, ob cit., pág. 29.

28 Ob cit., loc cit.,

29 DEGNI, loc cit.,

30 Incluso estaría tentado de extenderme aquí, no para examinar y eventualmente criticar, las diversas definiciones de "ley mercantil". (V. FRANCHI-PAGANI, ob. cit., pág. 7; SCIALOJA, *Ensayos jurídicos varios* I, pág. 255 sgts. NAVARRINI, ob. cit., I, n. 25; ROCCO, *Principios*, pág. 45, sgts.), sino para discutir las recientes afirmaciones de CANDIAN que en aquel agudo escrito, ya recordado, observa que no existe una "ley mercantil" con características peculiares, y que la objeción de tautología que se puede oponer a todas las tentativas de definirla no se pueda evitar, ni siquiera admitiendo con ROCCO, normas determinativas y sistemáticas (CANDIAN, ob. cit., pág. 329). No quisiera yo insistir, ahora, sobre los caracteres típicos de la ley mercantil, pero no veo dificultad en estimar que la determinación de la "ley mercantil" pueda derivarse de la "materia comercial", tal como queda definido o mejor dicho determinada por el legislador, y esto sin compartir la opinión de ROCCO, acerca de la posibilidad de una definición de lo que es "acto de comercio". (V. mis observaciones en *Rev. Der. Merc.*, 1929, I, pág. 106 y sgts.). La objeción que CANDIAN hace a ROCCO y que este autor preve y resuelve (ob. cit., pág. 171), es la de que se admita una interpretación extensiva para normas que establecen la esfera de aplicación de lo que se afirma que es "derecho singular":

31 V. artículos 284, 1231, 1232, 1325, 1328, 1329, 1341, 1513, 1627, 1629, 1663, 1646, 1726, 1831, 1866; 1890, 1958, 2138, 2139, cod. civ.; V. también c. pr. civ. art. 91, cód. mar. merc. arts. 32, 33, 56, 73, 75.—Según VIVANTE entrarían también en esta categoría los arts. 1450-1451 (c. c. porque aluden a mercancías (I, n. 3, pág. 46 y III, n. 897, pág. 60); de acuerdo Casación de Roma, 14. Nev. 1893, *Jurisp. ital.*, 1894, I, 474. (Sobre este problema v. también las notas siguientes.) En verdad, las observaciones suscitadas por BOLAFFIO (ob. cit., n. 8, pág. 48) me parecen convincentes (v. C. Roma, 12 Feb. 1913, *Jurisp. ital.*, 1913, I, 392): para nosotros son disposiciones de la "ley mercantil"; pero, en cuanto comprendamos en esta todas las normas generales comunes a los dos derechos obligatorios, por consiguiente, inderogables por los usos (Contra, Casac, Florencia, 3, Dic. 1901, en *Temas*, 1902, 61).

32 Arts. 53, 67, 70, 107, 365, 708, 773, 916, c. co. También reproducen arts. del c., civ. los arts. 456 c. co. (= 1890 c. civ.) Estas repeticiones que son consideradas como inútiles por BOLAFFIO, (*Temas Ven.* 1890, 200), y por SACERDOTI, (idem, 1891, 13) tendrían según VIVANTE, la finalidad de sustraer las citadas normas a la fuerza derogatoria de los usos (ob. cit., I, núm. 29 pág. 65).

33 Así el artículo 42 c. co., que deroga las normas del Código Civil, sólo en cuanto concierne a la dilación que el juez en materia civil, tiene la facultad de conceder al que incumple, lo confirma por lo demás. Así admite también VIVANTE: “en tal caso toda la regla en la parte no derogada es incluida en el sistema del derecho mercantil, porque el supuesto de la derogación es la eficacia de la regla en la parte no derogada. V. Tratado, I. n. 20 pág. 65 y v., también I. n. 3 pág. 46; en contra, en cambio, SCIALOJA (ob cit., pág. 274), porque según este A., la derogación puede ser ampliada por los usos.

34 NAVARRINI, Tratado elemental, n. 29., (este A., cambió, después, de opinión en el *Tratado teórico práctico*, I. n. 43, pág. 71); SRAFFA, en *Jurisp. ital.* 1898, IV, pág. 360; VIGHI, en *Temas Ven.* 1898, 329; NATTINI, *La doctrina del poder*, pág. 195. Así también la *Apelac.*, Florencia, 3 enero 1914, en *Foro ital.*, 1914, I. 178, que a propósito de la admisibilidad de la prueba de una costumbre contraria a lo dispuesto en el artículo 1451 en materia mercantil, razona así: “Debe notarse que éste (el art. 1º C. Co.), no dispone que en materia mercantil se observen las leyes del Código de Comercio, sino que se observen las leyes mercantiles y subsidiarias los usos de comercio. Si la disposición del artículo 1451 cod. civ., fuese disposición común a las leyes civiles y mercantiles, la prueba de la costumbre estaría, en consecuencia, en contraposición con una disposición de la ley mercantil no podría admitirse. Ahora que por estar contenido el artículo en el Código Civil no se deduce que la disposición no sea común. Hay disposiciones que, por su carácter general, no era necesario que fuesen repetidas en el C. Co., por estar necesariamente sobreentendidas. No han sido incluidas en éste, por ejemplo los artículos 1447 cód. ci., que definen la compraventa y fijan sus elementos, pero todo el mundo comprende que habrá que recurrir al mismo para deducir si existe o no existe un contrato de compraventa o si es o no es perfecto, y que sería vana la prueba de una costumbre, que no obstante la obligación asumida por una parte de dar la cosa, y por la otra la correlativa de pagar su precio, con arreglo a la cual debiese estimarse que la propiedad era retenida por un tiempo dado por el vendedor. Los caracteres sustanciales de la venta son iguales ya sea en materia mercantil o civil, y por consiguiente, las disposiciones mencionadas del Código Civil son también disposiciones de leyes mercantiles, cuando regulan relaciones comerciales. Esto debe afirmarse también del artículo 1451 que declara perfeccionada en el acto la compraventa en masa de mercancías, y define cuando existe ésta, sin que pueda dudarse que esta disposición por su carácter se refiere tanto a relaciones civiles como mercantiles, aun cuando no se encuentre materialmente repetida en el Código de Comercio. Por consiguiente, sólo ilegalmente, podían invocarse en contrario usos mercantiles que tropezarían con la disposición, desde luego mercantil, contenida en ese artículo, y sólo podría probarse sin eficacia, la existencia de una costumbre, contra el principio que surge de la venta perfecta *res perit domino*, según la cual los riesgos de la mercancía son por cuenta del vendedor, después de una venta en masa, inmediatamente perfecta a cargo del vendedor. En contra de la opinión de los autores indicadas, compartida por la sentencia en las palabras indicadas: VIVANTE, Tratado, I. n. 4, pág. 46 (sin embargo, estima el artículo 1451 c. civ. como norma mercantil, por la razón expuesta en las notas precedentes); FRANCHI-PAGANI, ob. cit. n. 5, pág. 10, nota 16; SCIALOJA A., ob. cit., loc. cit.

Análogamente estimamos aplicables directamente, incluso a las relaciones civiles, aquellas normas del Código de Comercio que tienen un carácter general para todo el derecho de obligaciones, como la del artículo 36 y semejantes; en esto concuerda con nosotros DEGNI, *ob. cit.*, pág. 21.

35 DEGNI, por ejemplo, lo niega (v. también para las normas imperativas *Bolaffio*, *ob. cit.*, n. 14, pág. 90) del derecho civil "porque si siquiera en materia de comercio podría formarse y tener autoridad una costumbre *contra legem* (*ob. cit.*, pág. 29), pero la derogabilidad de las normas del derecho civil por parte de las costumbres mercantiles está claramente admitida por el artículo 1 del Código de Comercio. La solución plausible no se tiene más que con la interpretación acogida en el texto, esto es, estimando que las normas generales contenidas también en el Código Civil, pero aplicables también a la materia mercantil, son leyes mercantiles, esto es, fuentes primarias, inderogables, por consiguiente, por las costumbres.

Parece admitir la derogabilidad de estas normas generales comunes, durante los trabajos preparatorios, CORSI, que en la sesión del 12 de diciembre de 1871 de la comisión, refiriéndose al contrato de sociedad, decía: "las disposiciones contenidas en el Código Civil, en el título *Del contrato de sociedad*, son aplicables a la sociedad mercantil, siempre que el Código Mercantil y los usos mercantiles no conduzcan a decisiones distintas". (MARGHERI, *Motivos*, vol. II, parte 2ª, pág. 375.)

36 En contra, VIVANTE, *Tratado*, I, n. 4, pág. 46, que observa que no es apoyo válido para la tesis admitida aquí el artículo 1103 del Código Civil, lo que es completamente exacto, tanto más que el 1103 del Código, al principio, parece precisamente que declara "particulares a ciertos contratos civiles" todas las disposiciones, incluso generales de los títulos VI y siguientes del libro III: viceversa, no me parece que pueda excluirse sin más la tesis admitida en el texto, por la observación de que esta interpretación haría superfluas las referencias expresas de los artículos 41, 67, 708, etc., del Código de Comercio, a lo que puede objetarse que la interpretación admitida por nosotros haría en cambio inútiles las derogaciones expresas hechas por el legislador mercantil (v. Artículos 40, 42, 44, 67, C. Co. en aquella parte, al menos, en que la derogación está establecida ya por los usos.

En cuanto a la argumentación que se deduce del artículo 1 del Código Civil "que atribuye a los usos una fuerza que prevalece sobre el Código Civil y lo condena a ceder el puesto a los mismos, en toda la materia del comercio, esto es, tanto en las disposiciones generales como en las especiales", presupone justamente la interpretación que es necesario dar al artículo 1.

Con VIVANTE, FRANCHI-PAGANI, *ob. cit.*, pág. 10, nota 16. En contra, negando la derogabilidad, BOLAFFIO, *ob. cit.*, n. 8, pág. 37.

37 CANDIAN, *ob. cit.*, pág. 326.

38 *Id. idem.*

39 No procede la aplicación de la equidad, sino cuando falte una explícita disposición de la ley; de otro modo, será la ley escrita o no escrita, la que deba aplicarse según el artículo 3 de la disposición preliminar al Código Civil. El magistrado no podrá recurrir a la equidad, sino cuando deba juzgar *ex bono et aequo*, esto es, según su prudente arbitrio, si le faltan los medios legales para proceder de otra manera, no pudiendo valerse, en el supuesto de hecho dado del artículo 3 de las

disposiciones preliminares. Cos. c. Florencia, 16 de enero de 1913, en "*Foro Veneto*", 1913, 322. Sobre este punto véase también lo que escribí en *Equidad y principios generales de derecho*, en "*Rev. Der. Civ.* 1924. 266 y sigs.

40 Así interpretaba, y así quería que se dijese expresamente la Facultad de Pisa, en sus observaciones al proyecto "... las instituciones mercantiles, tan diferentes de las comunes, que requieren reglas especiales. Si faltan los usos para tales instituciones, no se les podrá aplicar ciertamente el derecho civil, porque aplicar es tomar la regla cual es, y juzgar según la misma. En estos casos, en cambio, se podrá recurrir a los principios generales, según las normas de la analogía. . . . Propone, por consiguiente, que se reforme el artículo 1 y se diga que, en materia mercantil, cuando las leyes especiales sobre el comercio no dispongan, se observarán los usos mercantiles, y a falta de ellos, se recurrirá a los principios análogos del Derecho Civil: (v. MARGHERI, vol. II, parte 2ª, pág. 13). En contra, NAVARRINI (*Tratado teórico práctico*, I. n. 57, pág. 86), que mantiene: que después de la ley mercantil y de los usos, se aplicará el derecho civil: "se entiende, cuando este contemple las mismas relaciones jurídicas que son reguladas ya por el derecho mercantil.