

FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Lic. OCTAVIO TORREALBA
Suplente Derecho Mercantil
Primer Curso,
Facultad de Derecho.

1. INTRODUCCION

Es muy antigua ya la observación de que el Derecho mercantil no es exactamente el Derecho de comercio. El comercio, como actividad económica, está regulado por multitud de normas jurídicas que pertenecen al Derecho civil, al Derecho fiscal, al administrativo, al penal y, también, en una parte muy considerable, al Derecho mercantil. Pero el Derecho mercantil es, por eso mismo, sólo una parte del Derecho que regula el comercio porque el comerciante, en su actividad profesional, debe sujetar su conducta no sólo a las reglas contenidas en el Código de comercio, sino también a las del Código civil, a las del fiscal, a las del penal, etc.

El Derecho mercantil es una parte del ordenamiento jurídico privado. No es un Derecho de excepción frente al Derecho civil —como por mucho tiempo se le consideró— porque constituye por sí mismo un sistema completo de normas susceptibles de ampliación analógica, lo cual no sería posible si tuvieran el carácter de excepcionales. En el Derecho mercantil se encuentran instituciones desconocidas en el campo civil (como los títulos valores, por ejemplo); no tiene sentido considerar las normas que las regulan como excepcionales a una regla general que no existe (1).

(1) Así, Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, 1959, pág. 23. En contra, Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, 1954, Tomo I, pág. 2.

El Derecho mercantil debe ser considerado como un Derecho especial que, mediante normas delimitadoras, crea un campo de aplicación propio dentro de las relaciones jurídico-privadas para someterlo a un sistema específico. Las relaciones sometidas a esta regulación especial constituyen lo que se llama la "materia mercantil".

Tal condición de especialidad que caracteriza al Derecho mercantil dentro de las relaciones jurídico-privadas (reguladas en forma más general por el Derecho civil), unida a la particularidad de ser un sistema completo de normas susceptibles de ser ampliadas por analogía, nos lleva necesariamente al problema de cómo opera el Derecho mercantil al resolver los problemas que le son propios: cuáles son las fuentes de que se nutre el Derecho mercantil y cómo colma sus lagunas cuando sus disposiciones específicas se agotan.

Este es el tema de las fuentes del Derecho mercantil.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la terminología jurídica se habla de fuentes del Derecho en dos sentidos distintos: desde un punto de vista *formal*, fuente del Derecho es el modo o forma como se exterioriza el Derecho positivo, es decir, el proceso de creación de la norma jurídica; desde un punto de vista *material*, la fuente está constituida por los factores, elementos o causas que contribuyen a que la norma nazca y hacen que ella tenga un determinado contenido (convicción jurídica de los comerciantes, la tradición, la opinión popular, naturaleza de las cosas y demás factores económicos, políticos, sociales).

Desde el punto de vista formal, el estudio de las fuentes tiende a descubrir los requisitos puramente extrínsecos, es decir, los procesos a través de los cuales nace la norma y, por consiguiente, nada tiene que ver este tema con el contenido de las reglas jurídicas, con lo que ellas preceptúan;

porque esto último es el campo de investigación de las fuentes materiales, que nos señalarán los factores o causas que hacen que la norma disponga lo que dispone.

En la materia mercantil, indagar por las fuentes materiales del Derecho significa tanto como investigar por qué existen y por qué son de determinada manera las leyes mercantiles o, lo que es lo mismo, por qué hay Derecho mercantil. Esto nos llevaría a entrar de lleno en la añeja discusión —nunca acabada— sobre si se justifica o no la existencia del Derecho mercantil como rama separada del Derecho civil. ¿Por qué existe el Derecho mercantil?, se han preguntado siempre los juristas. ¿A qué peculiares necesidades vitales obedece esta rama del Derecho? Y las respuestas a estas preguntas han sido cuatro, a través del tiempo:

a) El Derecho mercantil existe, han dicho unos, porque entre las actividades profesionales hay una profesión —la del comerciante— que reclama un Derecho especial. A esta posición pertenecen los sistemas mercantiles "subjetivos" del medioevo.

b) Para otros, el Derecho mercantil se justifica porque entre las actividades humanas, con independencia de la profesión del comerciante, hay unos actos —los actos de comercio— que deben ser regulados por un Derecho especial. A esta tesis se afiliaron las legislaciones inspiradas en el Código de comercio napoleónico de 1807.

c) Una tercera posición sostiene que hay Derecho mercantil porque en la estructura de la economía moderna hay unos organismos —las empresas— que reclaman un Derecho especial.

d) Y, finalmente, sostienen otros que la repetición masiva de actos jurídicos, propia del mundo de los negocios, produce fenómenos psicológicos y sociales de adecuación

externa e interna, que exigen una regulación especial. Estas, precisamente, el Derecho mercantil (2).

A estas dos últimas tendencias pertenecen las modernas concepciones del Derecho mercantil como el Derecho de las empresas organizadas y de los actos en masa, que han recibido sanción legislativa en los actuales códigos de Italia y Honduras.

Todas estas teorías que pretenden explicar el por qué del Derecho mercantil o, lo que es lo mismo, cuáles son sus fuentes materiales, con ser tan interesantes, se salen del propósito de esta exposición, pues se relacionan íntimamente con el concepto mismo del Derecho mercantil, que es otro tema.

Nos vamos a ocupar aquí de las fuentes formales, exclusivamente, es decir, de los modos o formas de manifestarse los preceptos mercantiles externamente. Y esto nos lleva a un primer aspecto.

3. CUALES SON LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO MERCANTIL?

Como las de todo Derecho positivo, substancialmente dos: la ley y la costumbre (3). La norma jurídica se manifiesta reflexivamente y en forma mediata a través de los órganos competentes del Estado, o espontánea e inmediatamente por las costumbres de la sociedad misma. Hay leyes mercantiles y costumbres mercantiles; estas son las únicas fuentes de esta rama del Derecho. En general, la actividad comercial está regulada, como antes lo apuntamos, por normas pertenecientes a diversas ramas del Derecho, entre ellas, principalmente, por el Derecho civil. "Los comerciantes, los objetos y los negocios mercantiles —dice Garrigues— están sometidos también a las normas de otros or-

(2) Véase Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 1962, Tomo I, pág. 4.

(3) Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, México, 1946, pág. 249.

denamientos legales. De ellos, el más próximo, por la comunidad de origen y de naturaleza, es el Derecho civil. El ámbito del Derecho mercantil y el del Derecho civil en los asuntos comerciales es relativo entre sí y complementario. Por eso es natural que, una vez agotada la virtualidad de las normas genuinamente mercantiles, se acuda a la disciplina jurídica matriz. Muéstrase así el Derecho civil como un Derecho subsidiario del Derecho privado mercantil" (4).

Pero el Derecho civil no puede ser fuente del Derecho mercantil; es otra rama del Derecho privado que, a su vez, se exterioriza en otro grupo de fuentes. Es el civil un conjunto de normas ya formuladas y promulgadas que no puede ser fuente, a su vez, de otro Derecho, aunque indudablemente se aplique, supletoriamente, a relaciones mercantiles.

Para fijar cuál sea la posición del Derecho civil respecto a la materia comercial —dice Alfredo Rocco—, basta, en realidad, recordar que el Derecho mercantil contiene la especial reglamentación jurídica de las relaciones mercantiles como tales; la regulación jurídica de las relaciones mercantiles como relaciones entre particulares o privadas hay que buscarla siempre en el Derecho Civil. Hasta donde alcance la norma especial, reguladora de las relaciones mercantiles, consideradas éstas como clase especial de relaciones privadas, es ella la que debe aplicarse; cuando desfallezca, aparece el Derecho civil que rige las relaciones de todas clases de índole privada, y entre ellas, por tanto, las mercantiles.

El Derecho común se aplica a materia regida por normas especiales o excepcionales, cuando se carezca de un precepto especial, y precisamente porque es Derecho común; no porque se transforme en Derecho Particular o especial; por consiguiente, para resolver cuándo el Derecho

(4) Op. cit., pág. 104.

civil es aplicable en materia comercial hay que resolver primeramente si no existe norma especial jurídica mercantil para la relación comercial (5).

Una norma jurídica —legislativa o consuetudinaria— es mercantil y, por lo tanto, fuente formal de esta rama del Derecho, cuando ha sido dictada directa y especialmente para la materia comercial. Una ley tiene carácter comercial —enseña Mantilla Molina— no sólo cuando el legislador se lo ha dado explícitamente, sino también cuando recae sobre materia que por la propia ley, o por otra diversa, ha sido declarada comercial (6).

4. LA LEY MERCANTIL

Se entiende por ley mercantil no sólo el Código de comercio, que lo es por excelencia, sino también todas aquellas leyes no codificadas que rigen particular y especialmente la materia de comercio. Este carácter hay que inducirlo del contenido mismo de la ley, de la naturaleza de las relaciones que regula; después, para resolver si la materia que rige la ley es materia comercial, hay que acudir al Código de comercio y examinar si las relaciones que la ley rige son relaciones derivadas de actos que en virtud de los preceptos del Código deben reputarse de naturaleza mercantil (7).

A la par, pues, del Código de comercio, están las leyes mercantiles especiales, como fuentes primarias del Derecho mercantil. Justamente por ello —y a sugerencia de los licenciados Jaime Solera y Francisco Morelli—, en el artículo 2º del nuevo Código de comercio se hizo expresa mención

(5) Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, México, 1960, pág. 104.

(6) Op. cit., pág. 39.

(7) Rocco, Op., cit., pág. 110.

de las "otras leyes mercantiles" como fuentes legislativas de nuestro Derecho mercantil (8).

Desde la codificación napoleónica, la ley ocupa el primer lugar en la jerarquía de las fuentes, en los países llamados romanistas. La codificación moderna ha producido, en cuanto al Derecho comercial se refiere, un fenómeno de inversión en la jerarquía de las fuentes, pasando la ley a ocupar rango preferente sobre la costumbre, la cual, aun siendo manifestación más directa y espontánea del sentido jurídico popular, tiene que agradecer a la ley el reconocimiento de su existencia. Esta primacía de la ley parte de la base preconcebida de que la ley de un país proporciona, en todas las hipótesis, los elementos para resolver cualquier problema jurídico, de suerte que aplicando la ley, combinando entre sí las disposiciones de las diversas leyes, se resolverá siempre el problema en cuestión. La codificación se consideró tan importante y decisiva que en Francia se creyó que todo Derecho francés podía encontrarse exclusivamente en los códigos franceses. Y se cuenta que un profesor francés de Derecho civil, dijo un día: "Yo no conozco el Derecho civil; yo enseñé el Código de Napoleón" (9).

5. USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES

Mas a pesar de esa preponderancia indiscutible que la ley escrita ejerce sobre la norma consuetudinaria en los regímenes jurídicos contemporáneos llamados continentales, no ha podido, en ninguna parte del mundo, desplazar del todo a la costumbre como fuente riquísima de preceptos jurídicos, que sigue gobernando las relaciones humanas, en mayor o menor grado, según las diversas ramas del Derecho en que se desenvuelvan. En el Derecho internacional

(8) Muchas leyes mercantiles quedaron sin codificar, como las que regulan los contratos de seguro, los almacenes generales de depósito, los almacenes de depósito fiscal y las marcas y nombres comerciales, para no citar más que algunas.

(9) Así, de Solá Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, 1963 Tomo I, pág. 288.

forma público, por ejemplo, la mayoría de las reglas tienen, aún, forma consuetudinaria, a pesar de los múltiples organismos creadores de normas y principios escritos. En el Derecho constitucional, la costumbre tiene todavía gran importancia; basta percatarse de que la constitución inglesa, verbigracia, tiene una base eminentemente consuetudinaria.

En otras ramas del Derecho, como el penal, por ejemplo, la costumbre ha quedado prácticamente excluída en los regímenes civilizados, porque el principio general moderno de que no puede haber crimen ni pena sin que hayan sido establecidos previamente por una ley escrita. No obstante lo cual, según apunta Recasens, los tribunales de Nüremberg y Tokio, al sancionar los crímenes de guerra, aplicaron no solamente previas leyes escritas, sino también principios de Derecho que formaban parte del ordenamiento jurídico internacional, aunque no estuvieran declarados explícitamente, pero que sin duda pertenecen y pertenecían a la conciencia jurídica de las naciones civilizadas (10).

¿Y qué decir del Derecho civil y del laboral? Nuestro Código civil, para no ir muy lejos —aparte de las múltiples remisiones a los usos y las costumbres que hace en todo su articulado—, tiene sentada la regla básica de que "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta" (11); lo que le da entrada a los usos jurídicos, aun por encima de la ley, en la amplia esfera de la contratación. Y el Código de trabajo, por su parte, al establecer en sus disposiciones generales que "Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales del Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales", le está dando preferencia al Derecho consue-

(10) *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, 1952, pág. 297.

(11) Art. 1023 C. C.

im part tudinario, por lo menos respecto a la ley escrita civil, ya que a continuación agrega que "en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se oponga a las leyes del país, y (por último) los principios y leyes del derecho común" (12).

En materia mercantil, el uso ha tenido y tiene una importancia capital. Históricamente, la importancia del uso ha sido superior a la de la ley (13). La costumbre ha sido en otros tiempos la fuente esencial —y hasta única— del Derecho comercial. En la Edad Media el Derecho mercantil con carácter profesional e internacional, se fue elaborando a base de las costumbres de los comerciantes. El Derecho comercial no nació ni se elaboró a base de leyes, sino de usos del comercio (14). Cuando la ley civil no se adaptaba a las peculiares exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no se cruzaban de brazos esperando una ordenanza legal adecuada —ha dicho Garrigues—, sino que se separaban en seguida de la aplicación de la ley por medio de usos *extra legem*, adecuados a sus especiales finalidades económicas (15).

A partir de la codificación napoleónica, como antes apuntamos, los usos y costumbres pasan a segundo término como fuentes del Derecho mercantil y se entroniza la ley escrita como fuente primaria; pero aun así, como advierte, Uría, la imposibilidad de que los Códigos mercantiles, incluso los más perfectos, llenen las exigencias siempre nuevas del comercio, hace que el uso siga conservando un importante papel como fuente del Derecho mercantil moderno (16).

(12) Art. 15 C. de T.

(13) Rodrigo Uría, *Derecho Mercantil*, 1962, pág. 17.

(14) de Solá, *Op. cit.*, pág. 297.

(15) Garrigues, *Op. cit.*, pág. 93.

(16) Uría, *Op. cit.*, pág. 17.

Un principio elemental de economía de esfuerzo, según el cual es más fácil hacer lo que siempre se ha visto realizar por otros (limitación) a lo que ya se ha hecho alguna otra vez (hábito), favorece la creación de la norma consuetudinaria. La repetición constante es el elemento material, extrínseco, aparente, de la costumbre jurídica; pero éste por sí solo no basta; hay actos que se repiten continuamente, sin constituir, sin embargo, costumbre en sentido jurídico. Piénsese, por ejemplo, en las reglas de prudencia (por ejemplo, cerrar la puerta de la casa), de higiene, de decoro personal, de cortesía, de piedad (por ejemplo, hacia los difuntos), reglas que todos observamos, incluso con la conciencia de cumplir un deber, sin pensar por eso en atribuir a los demás la facultad de imponerles tal observancia. Para que la costumbre jurídica surja, precisa que la repetición constante sea avalorada por la persuasión de que la reiteración misma es absolutamente obligatoria, esto es, que los demás pueden exigirla y no depende, por tanto, del mero arbitrio subjetivo. Este elemento psicológico es lo que los romanos llamaron la opinio iuris o necessitatis (17).

En la teoría general del Derecho se discute en qué momento una costumbre deja de ser mero hábito para convertirse en regla de Derecho. Para algunos autores, la regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico mientras el poder público no le reconozca carácter obligatorio: expresamente, por medio de una ley (como cuando el Código dice que, a falta de ley aplicable, deberá el juez recurrir a la costumbre); o tácitamente, cuando consiente en la aplicación de una costumbre en la solución de casos concretos, por medio de la sentencia judicial. Para otros autores (François Gèny), la costumbre jurídica no nace de la práctica de los tribunales (ni, mucho menos, del reconocimiento legislativo), sino que, si los tribunales la aplican es precisamente porque en su concepto corresponde a una verdadera norma de Derecho, es decir, a un precepto nacido

(17) del Vecchio, Op. cit., pág. 250.

consuetudinariamente, y anterior, por tanto, a las decisiones que le reconocen validez. La aplicación no constituye un acto de creación sino de reconocimiento de la norma (18).

Sin embargo, el problema de la fuerza obligatoria de los usos y costumbres en materia mercantil, es mucho más reducido y sencillo. Casi todos los Códigos de comercio contemporáneos (desde luego, en los países en que hay separación legislativa civil y mercantil), haciéndose cargo de la importancia histórica y pragmática de la costumbre como fuente del Derecho mercantil, les reconocen fuerza obligatoria para los casos no previstos en la ley y, por tanto, es evidente que su fuerza viculante les viene del texto mismo del legislador, al margen de toda discusión académica.

Cuando, como en este caso, nos encontramos con un texto legal que, en vez de expresar con precisión la regla, apela a los usos y las costumbres, hay que reconocer que éstos tienen valor de Derecho vigente. En realidad, este caso de invocación de los usos por una ley escrita no se distingue en nada, jurídicamente, de aquellos otros en que, para fijar el contenido de la regla, se remite la ley a un factor que le es extraño; y así sucede cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la voluntad privada, como por ejemplo, cuando dice que los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (19), o como cuando subordina la aplicación de las normas relativas a la sucesión legítima al evento de que el causante no haya expresado su voluntad en otro sentido por vía testamentaria. (20).

Fijado así el carácter obligatorio de los usos y costumbres en el Derecho mercantil, nuestra atención debe dirigirse a tres temas fundamentales:

(18) García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 1963, págs. 63 y 64.

(19) Art. 1022 C. C.

(20) Art. 571 C. C. Véase Rocco Op. Cit., pág. 118.

- a) Cómo se forman los usos y costumbres mercantiles y su respectiva clasificación atendiendo a su grado de desarrollo;
- b) características de una y otra clase de usos;
- c) significado de los términos "usos y costumbres" utilizados por el Código de comercio.

Veamos por separado cada una de esas tres cuestiones.

a) Génesis y clasificación de los usos mercantiles.

El uso mercantil se engendra y desarrolla a través de un lento proceso de repetición de actos. En esta evolución, Garrigues distingue tres fases o etapas:

En la primera fase, dice, el uso consiste en la repetición de una cláusula en la misma clase de contratos (la tipicidad de los contratos mercantiles favorece la formación del uso). Ciertas cláusulas se convierten así en usuales, frecuentes sobre todo en la contratación de las grandes empresas y, en general, en la contratación en masa, característica del Derecho mercantil (pólizas de seguros y de transportes, contratos bancarios y bursátiles, etc.). Hasta aquí no hay uso en el sentido técnico de la palabra: la cláusula está expresa en el contrato.

En una segunda fase, la cláusula muchas veces repetida acaba por sobrentenderse, sea entre los mismos contratantes, sea dentro de un pequeño grupo de personas dedicadas al mismo género de comercio (cláusula de estilo).

En una tercera fase, llamada fase de la "objetivación generalizadora", aquella cláusula típica del contrato se destaca de la voluntad de las partes, se aísla de ella y se convierte en norma objetiva de Derecho y como tal se impone a la voluntad de los particulares, quienes, no pactando lo contrario, quedan vinculados aunque lo ignoren. La práctica individual ha devenido práctica social, es decir, uso (21).

(21) Así, Garrigues, Op. cit., págs. 94 y 95.

En la primera etapa, como se dijo, no hay uso en sentido técnico, sino una simple repetición de una cláusula en sucesivos contratos, cuyo valor jurídico descansa en la cláusula misma, que está expresamente pactada. En la segunda fase, eliminada la cláusula a fuerza de repetirla (precisamente por considerarse obvia), se convierten la regla en una práctica individual, que concurre de modo tácito en la formación del contrato, como estipulación sobrentendida. La voluntad existe entre los contratantes; lo que se ha eliminado (por innecesaria) es la manifestación expresa de esa voluntad. Por eso es que, al resolver las dudas que pudieran presentarse al interpretar el contrato, lo lógico es remitirse a lo que, en circunstancias similares, ha sido usual entre los contratantes, como medio de desentrañar el verdadero significado de sus obligaciones; no sólo en lo que ha sido dicho, sino, particularmente, en lo que ha sido omitido. Y esto porque "si una persona, al repetir los mismos actos, suele manifestar una cierta voluntad, parece lógico presumir que aquella serie de actos responde a una voluntad constante, y que esta voluntad existe, aun cuando en un caso particular falte la correspondiente especial manifestación" (22).

Estos usos o prácticas profesionales de los comerciantes, por lo mismo que constituyen normas jurídicas de contratación y sirven para interpretar la voluntad presunta de los contratantes, reciben el nombre de usos interpretativos.

El uso, finalmente, alcanza la condición de uso normativo, o sea que se convierte en una verdadera norma de Derecho consuetudinario, cuando, en la tercera, fase, deja de ser una práctica individual para convertirse en práctica social; cuando se aplica de modo uniforme, general y duradero, entre toda una colectividad o, por lo menos, entre todos los que se dedican al mismo género de negocios; y, fundamentalmente, cuando en el consenso popular se respeta como norma absolutamente obligatoria, en el sentido

(22) Rocco, Op. cit., pág. 119.

de que puede ser exigida y no depende del mero arbitrio subjetivo. En una palabra, cuando surge el elemento psicológico-social de la *opinio iuris necessitatis*. Se crea así un uso normativo, que es una norma general de Derecho, una ley de carácter consuetudinario.

b) Características de los usos interpretativos y normativos.

Como hemos dicho, el uso interpretativo (o convencional, como también se le llama) encuentra su valor jurídico y significación en la voluntad presunta de las partes. Funciona como medio de interpretación. "No completa la voluntad, sino la declaración de voluntad" (23).

De ello se deducen tres consecuencias:

1º El uso interpretativo tiene que ser aprobado ante el juez, pues, tratándose de reglas de conducta contractual que derivan su valor de una presunción de voluntad, siempre será posible demostrar que hubo una voluntad distinta en el caso en cuestión.

2º Que la obligatoriedad del uso desaparece si se demuestra que una de las partes ignoraba su existencia, porque para la parte que pruebe esa ignorancia desaparece la presunción de voluntad en que se funda la fuerza vinculante del uso interpretativo.

3º En tanto no se impugne la presunción, el uso interpretativo se considera declaración de voluntad contractual y, como tal, puede y debe aplicarse por encima de aquellas reglas escritas de carácter supletorio, llamadas supletivas o declarativas, dictadas para regir sólo a falta de una voluntad contraria de los particulares.

—ooOoo—

Veamos ahora las características que deben reunir los usos normativos para que la práctica, o sea la forma en

(23) Garrigues, Op. cit., pág. 96.

que se repite el acto, se convierta en obligatoria y pase a integrar una norma de Derecho mercantil.

1) El uso para ser normativo debe ser un uso social, no individual. Porque a diferencia de los usos interpretativos, cuya eficacia reside en la voluntad privada, la eficacia de éstos tiene su fundamento en el consenso general, tal y como ocurre con las leyes mismas; y un mandato general, no puede estar determinado por la voluntad de una o más personas singulares.

2) No basta con que se trate de un uso social para que la práctica adquiera fuerza obligatoria para el Derecho mercantil. Es preciso que se trate de una práctica legítima, o sea que esté autorizada o no prohibida por el régimen jurídico. Los Códigos de comercio, cuando se refieren a los usos como fuentes jurídicas, no pretenden legitimar un uso cualquiera, sino usos lícitos. Y para que un uso pueda ser lícito, es necesario que no sea contrario a los principios de Derecho público; que no se oponga a las normas imperativas o coactivas del Derecho privado, mercantil o civil, pues una serie de actos ilícitos no puede engendrar jamás una norma de Derecho. Esto sería una reiterada violación de leyes imperativas, incapaz de crear situaciones jurídicas generales.

3) Como la repetición constante es el elemento extrínseco o aparente del uso, es preciso que la práctica que lo integra haya alcanzado cierta duración, porque no se puede establecer la uniformidad en la serie de actos repetidos, sin un espacio de tiempo suficientemente largo. Claro es —como lo señala del Vecchio— que este concepto de la duración es eminentemente relativo, ya que el mayor o menor número de repeticiones depende de la índole de la relación. Hay ciertos actos, como por ejemplo la tala de árboles, que por su naturaleza no pueden realizarse sino a largos intervalos. En estos casos, un número pequeño de reiteraciones será suficiente para demostrar la práctica uni-

forme. Lo que importa es que la regla sea observada en todos, o por lo menos en casi todos los casos en los cuales se presenta la posibilidad de cumplirla; de tal modo que la repetición pueda ser interpretada como expresión de un convencimiento o persuasión constante (24).

4) El uso normativo es, en absoluto, independiente de la voluntad de las partes. Se impone a ella como una norma de Derecho objetivo. Su validez es incondicionada (25). Al igual que ocurre con una ley escrita, tiene plena vigencia, aunque las partes desconozcan su existencia.

5) Finalmente, al menos en principio, el uso normativo no necesita ser probado ante el juez, porque éste tiene obligación de conocer el Derecho positivo; y si las leyes, en ciertos casos, obligan a probarlos, lo hacen sólo por razones de certeza, lo que no obsta a que el juez los aplique si los conoce, aunque sobre ellos no exista prueba en autos.

c) Significado de los términos "usos y costumbres" utilizados en el Código de comercio.

El nuevo Código de comercio utiliza la palabra "costumbre" —la cual generalmente se reserva en doctrina para designar las normas de Derecho consuetudinario (usos normativos)—, en dos sentidos: en el sentido propio de uso normativo, cuando establece que, a falta de disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán las costumbres (26), y que para que éstas sean aplicables y suplan el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de un modo general y por un largo tiempo (27). En el artículo 436, en cambio, utiliza el Código la palabra "costumbre" en el sentido de uso interpretativo, como puede apreciarse de la simple lectura de ese texto: "Cuando en la

(24) Op. cit., pág. 250.

(25) Garrigues, Op. cit., pág. 96.

(26) Art. 2.

(27) Art. 3. En este caso es evidente que, por asignarse a la costumbre la condición de norma general que suple a la ley escrita, se está dando al término el significado de uso normativo, que es el que reúne las mismas características de la ley.

redacción de un contrato —dice— se omitan cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo pactado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en el mismo caso se acostumbra en el lugar donde el contrato deba ejecutarse, y si los interesados no explicaren su acuerdo en la omisión, se procederá según la costumbre".

También en el artículo 4º, hace referencia el Código a los usos interpretativos cuando establece que "las costumbres mercantiles servirán... como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles".

6. ORDEN DE APLICACION DE LOS USOS MERCANTILES Y EL DERECHO CIVIL

Por último, deseamos referirnos a un tema que ha suscitado algunas discusiones con motivo de la promulgación del nuevo Código de comercio.

Según el sistema adoptado por el Código, los asuntos mercantiles se rigen, en primer término, por el Código mismo y por las otras leyes mercantiles; y en caso de que no exista en esos textos disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, el Código civil y los usos y costumbres.

Los licenciados Solera y Morelli, en su proyecto de Código de comercio (28), propusieron que se cambiara ese orden y que se usara el siguiente: primero, el Código y otras leyes mercantiles; segundo, los usos y costumbres, y tercero, el Código civil. Y, para justificar su posición, argumentaron así, en la exposición de motivos de su proyecto:

"... no podemos compartir el criterio del Código que sigue el sistema ya en desuso de relegar la costumbre al último lugar del orden de aplicación, dando preferencia a la Ley Civil. La costumbre comercial es parte integrante de los contratos mercantiles y no dudamos en recomendar un cambio del sistema francés usado en

(28) Gaceta del 29 de enero de 1963.

el Código. La doctrina más respetable y los códigos modernos siguen el sistema italiano de darle entrada preferente a los usos y costumbres mercantiles y nos basta citar la muy autorizada opinión de Blanco Constans".

Por su parte, los licenciados Valle y Zurcher, autores del proyecto original del Código, en una comunicación dirigida a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, defendieron la posición de su proyecto en los siguientes términos:

"Nosotros recomendamos mantener el sistema de jerarquización de las fuentes del Derecho Mercantil contenidas en el proyecto original, pero si se optara por acoger el sistema recomendado por los señores Solera y Morelli, para evitar antinomias, aconsejaríamos reformar el artículo 129 de la Constitución Política, que en su parte final dice: "La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario".

Para nosotros, no se trata de una simple discusión sobre el orden en que deben ir señaladas las normas de aplicación supletoria al Código de comercio. Se trata de aceptar o no los usos y costumbres del comercio, como parte integrante del sistema jurídico mercantil. Porque si, una vez agotada la virtualidad del Código de comercio y de las otras leyes mercantiles no codificadas, se entra a aplicar directamente el Código civil, con preferencia a los usos y costumbres del comercio, lo que se está estableciendo es que el Derecho mercantil termina donde se agotan sus leyes escritas. Recuérdese que el Derecho civil no es fuente del Derecho mercantil. El Derecho civil, como regulación general de las relaciones jurídico-privadas, empieza a regir ahí donde el Derecho mercantil no ha introducido normas de carácter especial; y si mediante este mecanismo puede entrar el Derecho civil a regular relaciones comerciales, no es que sus

disposiciones se conviertan en Derecho mercantil, sino, sencillamente, que esas relaciones no están sujetas al Derecho especial del comercio, sino al Derecho común.

De esta manera, sólo quedan dos alternativas: o se reconoce prioridad a los usos y costumbres del comercio frente al Derecho civil, y en este caso el Derecho mercantil quedará integrado por normas escritas y consuetudinarias; o se antepone el Derecho civil a los usos y costumbres y entonces el Derecho mercantil queda reducido al Código de comercio y demás leyes escritas especiales.

Y en este particular, no tenemos la menor duda de que los usos y las costumbres comerciales deben formar parte integrante del Derecho mercantil. Muchísimas son las razones que abonan esta posición y ya las hemos señalado anteriormente: que los usos y las costumbres han sido históricamente la fuente más importante —y hasta exclusiva en sus inicios— del Derecho mercantil; que para resolver los problemas comerciales es más adecuada la costumbre, dictada por las necesidades de la práctica, que la ley común, que no ha sido hecha tomando en cuenta las necesidades propias del comercio; que la elasticidad o facilidad de adecuación, indispensables en el Derecho mercantil, se verían entorpecidas por la ley escrita civil, si sólo a falta de ella se pudieran aplicar los usos mercantiles, etc.

La antinomia con el artículo 129 de la Constitución Política, nos parece que no existe. Si una ley, como el Código de comercio, está dándole a los usos y las costumbres el valor de norma de Derecho, estas prácticas son obligatorias porque constituyen el contenido mismo de la ley que las autoriza. De igual forma que la voluntad privada es ley entre las partes contratantes y tiene la virtud de derogar principios dispositivos de la ley escrita, los usos y las costumbres, autorizados legalmente en esos mismos términos, pueden operar el mismo resultado.

Recuérdese que los usos y las costumbres deben ser lícitos desde su origen, esto es, no debe ir contra el orden

público, o las buenas costumbres, o contra las leyes de carácter imperativo. Pero al lado de esas normas, existe en el Derecho privado un amplio campo constituido por las disposiciones supletivas o declarativas, que son aquellas que determinan las consecuencias de los actos jurídicos en el solo caso de que las partes interesadas no las hayan previsto y regulado de manera diferente. En este campo es donde, propiamente, cumplen su función reguladora los usos y costumbres mercantiles y donde, precisamente, no se ve qué impedimento podría hacer para que operaran con preferencia a las disposiciones del Código civil, las cuales, así como pueden ser modificadas por cláusulas contractuales, pueden también serlo por usos y costumbres, que no son otra cosa que sedimentación de cláusulas reiteradamente repetidas.

Además, se puede agregar que la aceptación preferente de un uso frente a una ley civil de carácter declarativo, no implica la derogación de ésta. Ella seguirá rigiendo todas las situaciones civiles para las que fue creada. El uso, en este caso, lo único que ha venido a quitarle es el supuesto de su vigencia, sea la no manifestación contraria de la voluntad de las partes (29).

De otro lado, obsérvese que la Ley de Sociedades comerciales de 24 de noviembre de 1909, recientemente derogada (art. 1º), el Código de Trabajo (art. 15), el mismo Código civil (art. 1023) y hasta el nuevo Código de comercio (arts. 278, 283, 292, 300, 309, 322, 335 inc. d), 353, 414, 418, 419, 436, 446, 451, 453, 454, 459 inc. b), 522, 589, 593 y 610), anteponen los usos y costumbres a la ley escrita en la solución de los asuntos jurídicos de que tratan. Sin que nadie, hasta ahora, los haya tachado de inconstitucionales.

Por todos esos motivos, nos parece que el orden que debió haberse adoptado en el Código es el sugerido por los licenciados Solera y Morelli.

(29) Ver Garrigues, Op. cit., pág. 100.

Necrología

In Memoriam

PROF. ENRIQUE SAYAGUES LASO

Ha muerto, en Montevideo, Enrique Sayagués Laso. El infortunio impidió su llegada a Costa Rica y su participación con el profesor Fernando Garrido Falla, de España, en un ciclo sobre descentralización administrativa que tendrá lugar en San José en la segunda mitad de junio próximo. Costa Rica debe agradecer al extinto maestro el donativo anticipado de sus conferencias y, sobre todo, su deseo de visitarnos, expresado desde sus primeras cartas con agradable vehemencia.

Su muerte, contrapunto de su vida, fue violenta e inesperada: a mano armada de un médico, mientras él cumplía su cometido profesional, rindiendo un informe disciplinario contra el homicida, a solicitud de la entidad patronal. Las súplicas y amenazas dieron contra la firmeza de Sayagués en mantener sus conclusiones legales.

Esta muerte en el trabajo y por el deber, expresa mucho de la obra de Sayagués. Su tratado de Derecho Administrativo está hecho de claridad y orden, como todo lo que hacen quienes aman el cumplimiento fiel de la responsabilidad. Es por ello que ese Tratado es la obra más objetiva y útil del nuevo Derecho Público de Latinoamérica, con su inmenso repertorio de fuentes y de problemas.