

EL PAPEL DE LOS USOS EN EL CODIGO DE COMERCIO

(Notas para una reinterpretación del art. 2 C de c)¹

Jesús Alfaro Aguila-Real

Profesor titular de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid.

I. La integración del contrato mercantil: Planteamiento del problema.

1. Pese a que, con frecuencia pasa desapercibido, el art. 1258 CC es un precepto absolutamente central dentro de nuestro Derecho de obligaciones y contratos pues en él se regulan las fuentes de integración del contrato, es decir, los "materiales" a los que han de acudir los operadores jurídicos para determinar el régimen jurídico de una relación contractual concreta². Justificar esta afirmación es tarea bien sencilla y bastarán para ello dos argumentos. En primer lugar, la imagen de dos contratantes regulando exhaustiva y minuciosamente todas las posibles vicisitudes que pueden afectar a su relación es simplemente quimérica. Los contratos tienen un carácter "naturalmente" incompleto. Por lo tanto, las labores de integración contractual constituyen una de las tareas más significativas entre las asignadas a los órganos de aplicación del Derecho³. En segundo lugar, el art. 1258 CC constituye la

¹ El presente trabajo constituye la reelaboración de una ponencia desarrollada en el Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la UAM. Las notas añadidas no tienen, lógicamente, pretensión de exhaustividad.

² V., por todos, DIEZ-PICAZO, Fundamentos de Derecho civil patrimonial I, Madrid, 1979 p 245.

³ V. sobre estas funciones del art. 1258, J. ALFARO, Las condiciones generales de la contratación, Madrid, 1991, p 359 ss con más indicaciones.

sede legitimadora del llamado desarrollo judicial del Derecho en el ámbito contractual. En aplicación de este precepto, los jueces actualizan el Derecho contractual dispositivo adaptándolo a la evolución del tráfico económico y dotando de regulación a los nuevos tipos contractuales producto de dicha evolución.

2. En la realización de las tareas de integración contractual, el art. 1258 CC ordena al juez que, ante una cuestión contractual litigiosa, acuda, en primer lugar, al propio contrato, para determinar si las partes han previsto la cuestión y han establecido una regulación de la misma ("lo expresamente pactado"). Si tal regulación existe, la tarea del juez se reduce a interpretar la cláusula o cláusulas contractuales correspondientes y a aplicarlas a la cuestión litigiosa. Si las cláusulas son dudosas, recurrirá a los criterios hermenéuticos consagrados en los arts. 1281 a 1289 CC. Si las partes no han previsto una regulación expresa, el juez acudirá, en principio, al Derecho dispositivo para determinar la regulación aplicable. Si existe una regla legal dispositiva y la misma se ajusta a las "expectativas normativas de las partes", el juez aplicará la norma dispositiva al caso concreto (integración del contrato de acuerdo con la ley). Si las partes no han previsto una regulación expresa y el juez acude al Derecho dispositivo y existe una regla aplicable a primera vista, pero, tras una valoración equilibrada de los intereses, ésta no se ajusta a las "expectativas normativas de las partes", el juez deberá resolver la cuestión acudiendo de nuevo al contrato para determinar si existen datos en el mismo que

permitan deducir qué regulación se habrían dado las partes, recurriendo en su caso a los usos si la regulación contenida en éstos responde mejor a dichas expectativas (interpretación integradora del contrato). Una vez determinada procederá a su aplicación a la cuestión litigiosa. Si las partes no han previsto una regulación expresa, y el Derecho dispositivo carece de una regulación para el supuesto planteado, el juez deberá verificar si existe un uso jurídico que dé una solución al conflicto y, lo aplicará al caso (integración del contrato de acuerdo con los usos). Por último, si tampoco existe una regla consuetudinaria aplicable al caso, el juez deberá examinar la "naturaleza" (tipo) del contrato celebrado y "descubrir" la regulación adaptada al mismo que (de acuerdo con las valoraciones de) el legislador (se) habría dado para ese supuesto (integración del contrato de acuerdo con la buena fe). Si la regulación "descubierta" es trasladable a otros supuestos y se inserta sin fisuras en el ordenamiento, pasará, en su caso, a formar parte del arsenal jurídico de los jueces (desarrollo judicial del Derecho)⁴.

3. En este contexto resulta extraño que en el Derecho mercantil no exista una norma similar al art. 1258 CC, sobre todo, si tenemos en cuenta que la mayor parte de la legislación mercantil resulta integrada por normas relativas a la contratación⁵ y que el Código de Comercio fue promulgado con

⁴ V. sobre todo esto, ampliamente, ALFARO ibidem, pp 359-360.

⁵ Basta con examinar el contenido del Código de Comercio. A la regulación de obligaciones y contratos mercantiles están dedicados directamente los artículos 50 a 87; 116 a 572 y 652 a 805. Por lo demás, el carácter predominantemente contractual del

anterioridad al Código civil. No se nos oculta, ciertamente, que el equivalente al art. 1258 CC podría encontrarse en el art. 57 C de c cuando establece que los contratos de comercio se ejecuten y cumplan de buena fe, "según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones"⁶. A nuestro juicio, sin embargo, tal equiparación no es correcta, al menos en lo que se refiere a las fuentes de integración del contrato. El art. 57 C de c no contiene la lista de los materiales a los que ha de recurrir el juez para integrar un contrato. a) En primer lugar, la buena fe a la que se refiere el art. 57 C de c es la buena fe in executivis⁷, no la buena fe en función de integración⁸. b) La

Derecho Mercantil es un lugar común en la doctrina: v., por todos, J. GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, III-1, Madrid, 1964, p 3. y GARRIGUES, "Los usos de comercio", RDP 1944, p 823.

⁶ La consideración del art. 57 C de c como la norma reguladora de las fuentes de integración del contrato mercantil se halla muy generalizada implícita o explícitamente, entre los mercantilistas: v., en la literatura más reciente, J.M. GONDRA, Derecho Mercantil I, Madrid, 1992 p 190; nosotros mismos hemos mantenido esta opinión en un trabajo anterior (v. ALFARO, Condiciones generales, p 384) que ahora corregimos.

⁷ Es decir, la buena fe como un patrón de conducta en el ejercicio de los derechos y obligaciones que resultan del contrato que impone a las partes un modo determinado de ejercitar y cumplir los mismos. Un ejemplo de la aplicación del art. 57 C de c en este sentido lo suministra la STS 4-VI-74 (Ar 2616) donde el tribunal rechazó la argumentación de una aseguradora que denegó la indemnización alegando que el asegurado había incumplido uno de los requisitos de ésta establecido en una de las cláusulas contractuales. El TS afirmó que si bien el requisito exigido no se había cumplido, la finalidad perseguida con el establecimiento del mismo si lo había sido por otro medio, por lo que la conducta de la aseguradora era incompatible con el art. 57 C de c.

referencia a los usos no se hace en función integradora. El equivalente del art. 57 C de c en este punto no es el art. 1258 CC o el art. 1287 CC 2ª proposición (usos en función integradora). El equivalente es el art. 1287 CC 1ª proposición (usos como medio de interpretación de declaraciones contractuales ambiguas⁹). c) Falta cualquier referencia al Derecho dispositivo mercantil. Por lo tanto, puede afirmarse con cierta seguridad que el art. 57 C de c no es la sede de las fuentes de integración del contrato mercantil¹⁰.

Frente a este planteamiento, ciertamente, cabría objetar que el Derecho mercantil no necesita una norma especial que regule las fuentes de integración del contrato, puesto que esta función la desempeña perfectamente el Código civil y, precisamente, el art. 1258. La objeción, sin embargo, puede soslayarse con facilidad y ello por dos razones. La primera -ya señalada- viene dada por la anterioridad del Código de comercio respecto del Código civil. La segunda y más importante estriba en la necesidad de una norma especial para el tráfico mercantil.

⁸ Es decir, como fuente de obligaciones y derechos para las partes. Un ejemplo puede verse en la STS 23-III-88 (Ar 2225) comentada en ALFARO, Condiciones generales, pp 443-444.

⁹ El significado usual al que se refiere el precepto es el significado normal de las palabras o en expresión del propio art. 57 el "sentido recto, propio... de las palabras" Los antecedentes del precepto, en el Código de Comercio de 1829 apoyan esta afirmación: al indicar que debía atenderse al "sentido usual" de las palabras, se estaba pensando, fundamentalmente (v. arts. 253, 254 y 255 C de c 1829) en palabras (sobre todo relativas a monedas, pesas, medidas, distancias) que podían tener varios significados v. P. GONZALEZ HUEBRA, Curso de Derecho Mercantil³, I Madrid, 1867 pp 102-103.

¹⁰ Así, con razón, MUÑOZ PLANAS, "Teoría de los usos" en Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España, Madrid, 1964, pp 31-32.

En efecto, parece razonable pensar que en materia de integración contractual debería existir una norma especial para los contratos mercantiles dado que, de otro modo, y por aplicación del art. 50 C de c habría que acudir al art. 1258 CC que, de acuerdo con la doctrina más atendible supone anteponer el Derecho dispositivo civil a los usos en el ámbito de la integración, lo que implicaría que en el sector de la materia mercantil en el que más propiamente ha de recurrirse a los usos como es el ámbito contractual no se aplicarían preferentemente los usos sobre el Derecho dispositivo civil¹¹.

4. La insatisfacción que provoca esta situación nos ha llevado a reflexionar sobre el artículo 2 C de c y a aventurar la hipótesis de que la función fundamental de este precepto no es regular las fuentes del Derecho Mercantil, sino resolver el problema de la integración contractual, dotando al Derecho mercantil de una regla que, cumpliendo la función propia del art. 1258 CC, tuviera también en cuenta las especialidades de la contratación mercantil. El objetivo de estas páginas consiste precisamente en argumentar que la función del art. 2 C de c es "especializar" la prelación de fuentes de integración recogida en el art. 1258 CC haciendo prevalecer los usos mercantiles sobre el Derecho dispositivo civil, lo cual permite explicar, además, algunos problemas sistemáticos discutidos tradicionalmente en relación con los artículos 50 y 59 C de c.

¹¹ Esta es, no obstante, la opinión de GONDRA, Derecho Mercantil, I p 190, donde se lee: "son éstas (las de interpretación e integración) las dos funciones clásicas atribuidas a los usos negociales que se recogen, con carácter general, en los artículos 1287 y 1258 CC aplicables en el ámbito mercantil, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 50 del Código de comercio". Opinión que no puede compartirse por las razones ya apuntadas y las que se desarrollan seguidamente.

La interpretación que proponemos puede formularse como sigue: el art. 2 C de c recoge el mismo esquema de fuentes de integración contractual que, más tarde, asumiría el Código Civil en el art. 1258 pero, coherentemente, consagra la **preferencia de los usos mercantiles sobre el derecho dispositivo civil en el ámbito de la integración de los contratos mercantiles**¹².

La interpretación que proponemos se aparta abiertamente de la interpretación que tradicionalmente viene haciéndose del art. 2 C de c. La doctrina mayoritaria analiza el art. 2 C de c en el marco de la discusión sobre las fuentes del Derecho afirmando que el Derecho Mercantil presenta como especialidad en materia de fuentes la preeminencia de la costumbre mercantil sobre el Derecho "común". El art. 2 C de c como sede de regulación de las fuentes del Derecho mercantil, tendría por cometido establecer las especialidades mercantiles en materia de fuentes respecto del Derecho Privado general¹³. Bajo esta óptica, el equivalente del art. 2 C de c. no sería el art. 1258 CC sino el art. 1.3 CC que hace prevalecer el Derecho legal sobre el Derecho

¹² Aunque, normalmente utilizaremos exclusivamente la expresión "integración" para no hacer excesivamente compleja la redacción, nos referimos sin embargo, a integración stricto sensu y a la interpretación integradora.

¹³ Esta es la concepción mayoritaria en nuestra doctrina, así, URÍA Derecho Mercantil¹⁷ Madrid, 1990 p 17-18; SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Madrid¹⁴, 1990 (hay ed. post.) p. 29; MUÑOZ PLANAS, Recopilación, p 34; MOTOS, "La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de comercio", RJCcat. 1955 p 34 ss recogiendo la opinión de Garrigues y de la doctrina más antigua; GONDRA, Derecho Mercantil I, Madrid, 1992 p 162 con matizaciones añadidas que se discutirán más adelante; Girón, por su parte, resuelve la contradicción entre Código de Comercio y Código civil considerando que la reforma del Título preliminar del CC de 1974 de donde procede el actual art. 1 CC supone una derogación tácita del art. 2 C de C, Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción, Madrid, 1987, p 128.

consuetudinario.

De esta manera se han producido algunos trastornos en la comprensión de los problemas que suscita esta materia. En efecto, la consideración del art. 2 C de c como sede de las fuentes específicas del Derecho Mercantil ha conducido a los estudiosos a examinar en este ámbito los problemas relativos a la validez, requisitos y prueba de la costumbre; a la distinción entre uso y costumbre; a la distinción entre usos normativos y usos interpretativos etc. tratando de elaborar una doctrina propia sobre los usos de comercio, siendo así que todas estas cuestiones pertenecen a la teoría general de las fuentes del Derecho y sobre ellas el Derecho mercantil no plantea especificidad alguna¹⁴. No es este, sin embargo, el trastorno más importante que ha producido la aproximación tradicional al art. 2 C de c. Lo que resulta más insatisfactorio es que el desplazamiento del centro de la discusión ha provocado una comprensión inadecuada de las relaciones entre el art. 2 y los arts. 50, 57 y 59 C de c que nos proponemos aclarar.

II. De nuevo sobre la exposición de motivos del Código de comercio.

1. A la confusión expuesta en el apartado anterior ha contribuido, no poco, la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885, que dedica fragmentos de inusitada extensión a

¹⁴ Para estos problemas siguen siendo fundamentales hoy las páginas de F. DE CASTRO, Derecho Civil de España, I Madrid, 1949, reimpr. 1984 pp 363 ss esp. pp 385 ss; v., también, recientemente A. GORDILLO CAÑAS, Comentario al art. 1.3 CC en ALBALADEJO/DIAZ ALABART, Comentarios al Código civil y compilaciones forales, I-1º Arts. 1 a 7 CC, Madrid, 1992 pp 77 ss e ibi ulteriores referencias.

aclarar la referencia que el art. 2 C de c hace a los usos. La razón que indujo al legislador a detenerse tan detalladamente en la justificación del precepto se encuentra sin duda en la novedad que introdujo respecto de la situación bajo la vigencia del Código de comercio de 1829, que carecía de una norma similar y cuyo art. 234 establecía que los actos mercantiles se regirían en primer lugar "por las disposiciones del derecho común con las modificaciones que establece la ley especial del comercio, y en segundo lugar por el uso común o práctica observada en el comercio"¹⁵. De la exposición de motivos interesa recordar ahora los pasos referidos a los usos de comercio que son los siguientes:

"Pero el ministro que suscribe debe manifestar, para evitar toda falsa interpretación, que los usos del comercio se admiten por el proyecto, no como derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos particulares que ocurran, ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya finalmente para dar al acto o contrato de que se trata el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes.

Bajo este aspecto, la autoridad de los usos del comercio es incontestable. Las operaciones mercantiles presentan accidentes y modos que dan por resultado atribuir a un mismo contrato efectos diferentes, según que se trate de asuntos civiles o comerciales, siendo tanta su importancia que sin ellos, los comerciantes no comprenderían la utilidad de las mismas operaciones a que afectan; y como se han introducido por la misma fuerza de los hechos, la práctica constante y general del comercio las ha conservado a pesar del silencio de la ley escrita, la cual... no puede prever todas las contingencias que pueden sobrevenir en la contratación...

A esta consideración hay que añadir que, siendo, por lo general, el estilo de los comerciantes excesivamente conciso, a veces oscuro, encerrando en pocas palabras variedad de conceptos y sobreentendiendo casi siempre los

¹⁵ V. al respecto, detalladamente, A. MENENDEZ MENENDEZ, "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española" en Centenario del Código de comercio I, Madrid, 1986 pp 80-81; v. también, GONDRA, Derecho Mercantil, p 159.

que son comunes y ordinarios, la interpretación de los actos o contratos mercantiles no puede hacerse exclusivamente desde el punto de vista del Derecho civil, porque haría incurrir a los tribunales en apreciaciones equivocadas, sino desde el punto de vista comercial, único que puede facilitar la verdadera inteligencia de las palabras oscuras, revelar el sentido que encierran y presentar el acto o contrato bajo todas sus fases.

Para esto deberán acudir los tribunales a los usos del comercio generalmente observados en cada localidad, los cuales les servirán de poderoso auxiliar para estimar, como explícitamente estipulado, todo lo que sea indispensable para que el contrato produzca los efectos comerciales que habían entrado en la intención de las partes"¹⁶.

2. La doctrina que se ha ocupado de este texto se muestra casi unánime en afirmar su incoherencia con el contenido del art. 2 C de c. La Exposición de Motivos -se nos dice- se refiere a los usos interpretativos, mientras que el art. 2 C de c consagra indubitadamente los usos normativos¹⁷. La incoherencia se resuelve, lógicamente, a favor del texto legal, privando de valor a la Exposición de motivos que se juzga desenfocada¹⁸ salvando de esta manera la concepción del art. 2 C de c. como sede de las fuentes del Derecho Mercantil. La revisión que proponemos, aunque reconoce ciertos errores "conceptuales" en la redacción de la Exposición de motivos, logra salvar su sentido fundamental que conduce a considerar el art. 2 C de c como sede de la integración del contrato.

¹⁶ Los subrayados son nuestros.

¹⁷ En este sentido v. J. GIRON, Apuntes de Derecho Mercantil. Introducción, Madrid 1987, pp 127-128; J. GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, I (colabor. A. BERCOVITZ), Madrid, 1976, p 126; GARRIGUES, RDP, 1944 p 832; MUÑOZ PLANAS, Recopilación, p 34 ss; GONDRA, Derecho Mercantil, I, p 187; F. BLANCO CONSTANS, Estudios elementales de Derecho Mercantil⁴ (a cargo de R. Mur Sáncho) I, Madrid, 1936 pp 344-345; A. BERGAMO, Instituciones de Derecho Mercantil, I, Madrid, 1951 pp 21-22; contra, F. ALVAREZ DEL MANZANO, Curso de Derecho Mercantil, I², Madrid, 1903, p 737;

¹⁸ Así, por ejemplo, Muñoz Planas ha llevado a afirmar que se trata de una Exposición de motivos "francesa" para un precepto "alemán" v. MUÑOZ PLANAS, Recopilación p 34-35

3. Para aperecibirnos de ello hemos de abrir un pequeño excursus sobre las distintas clases de usos de forma que queden fijadas con claridad las bases conceptuales de las que partimos.

a) La primera distinción que conviene valorar es la que separa uso y costumbre. A nuestro juicio, hoy no parece relevante jurídicamente distinguir entre uso (normativo) y costumbre¹⁹. El tenor del art. 1.3 II CC resulta, a nuestro juicio, definitivo²⁰, aún cuando un sector muy autorizado de la doctrina haya intentado conservar la distinción²¹.

¹⁹ Así, DE CASTRO, Derecho civil, I p 393.

²⁰ La equiparación que dicho precepto realiza entre usos y costumbre a efectos jurídicos hace poco fructífera, a nuestro juicio, la discusión acerca de si la equiparación es "entitativa" o meramente "funcional" (así GORDILLO, Comentarios, 257ss). Las distinciones jurídicas sólo tienen sentido cuando conducen a un régimen jurídico diferente y si el legislador equipara dos supuestos, deben considerarse jurídicamente idénticos.

²¹ L. DIEZ-PICAZO, Comentario al art. 1.3º CC en Comentarios a las reformas del Código civil, I, Madrid, 1977 p 50 ss y GORDILLO, Comentarios, pp 124-125. Ambos autores mantienen la distinción sobre diferentes argumentos. Según Diez-Picazo, los usos se diferencian de la costumbre en que ésta es una norma jurídica completa mientras que aquéllos son "puros elementos utilizados en los supuestos de hecho de otras normas" (p 70). En estos casos, afirma Diez-Picazo, la norma no está en los usos, sino en la norma que dice que recurramos a ellos ("el uso sólo obliga en forma indirecta, en cuanto ha sido recogido por otra norma como elemento de ella" p 67). A nuestro juicio, tal calificación de los usos es correcta referida a los supuestos de usos a los que la ley se remite (como por ejemplo el antiguo art. 528 C de c [así, también, GORDILLO, Comentarios al CC, p 119]), pero no es aceptable en relación con funciones generales de los usos como las de interpretación e integración. La "validez" de los usos en estas funciones deriva ya del reconocimiento genérico de la costumbre como fuente del Derecho. No hay en este punto una diferencia relevante con el derecho dispositivo en función integradora, como lo prueba el hecho de que el art. 1258 CC no se refiera sólo a los usos sino también a la ley siendo obvio que la función integradora del Derecho dispositivo no depende de que así lo haya establecido el art. 1258 CC. La argumentación de Gordillo para mantener la distinción entre uso y costumbre puede resumirse afirmando que la costumbre sería "una norma supletoria de la ley" y el uso "un dato objetivo supletorio del pacto o integrador del mismo" es decir, con función supletoria de la voluntad privada (GORDILLO, Comentarios, pp 134-135, pp 139 ss; p 141 donde habla de una "normatividad menor" de los usos" p. 189 y, passim concluyendo que la costumbre, consiguientemente, ha perdido cualquier

b) Descartada la distinción anterior, a nuestro juicio, la distinción debe contraerse a la que se realiza entre usos interpretativos y usos normativos. La distinción no se funda en razones materiales²², sino funcionales²³. En el ámbito contractual y, de acuerdo con las actividades que debe llevar a cabo el juez en la resolución de conflictos contractuales y que hemos descrito más arriba, habría usos con función interpretativa en sentido estricto (se presume que las partes que han utilizado una cláusula "quieren" las consecuencias que habitualmente se derivan de tal cláusula) y usos con función integradora²⁴. Cuando

trascendencia como fuente autónoma del Derecho). A nuestro juicio, Gordillo olvida que la función fundamental del Derecho dispositivo en el ámbito contractual no es otra que integrar la voluntad privada (v. al respecto, ALFARO, Condiciones generales, pp 361 ss y p 374 ss), es decir, exactamente la misma que la que él atribuye a los usos. Por lo tanto, la distinción entre uso integrador y costumbre sólo puede mantenerse a costa de negar carácter normativo al Derecho dispositivo, lo cual no parece aceptable. Consecuentemente, nos atreveríamos a afirmar que el criterio real de distinción entre uso y costumbre que subyace a la exposición de Gordillo es el de uso como norma consuetudinaria dispositiva frente a la costumbre como norma consuetudinaria imperativa, criterio que nada tiene que ver con el carácter normativo o no de una regla de conducta.

²² La distinción no es, en efecto, aceptable si pretende afirmarse sobre la base de que los usos negociales carecen de opinio iuris. La razón es clara: tampoco la costumbre exige opinio iuris (v. DE CASTRO, Derecho Civil, I p 389-391; GARRIGUES, RDP, 1944 p 826; en general, N. BOBBIO, voz "Consuetudine", Enciclopedia del Diritto, IX, Milán 1961 p 426 ss; contra, ahora, GORDILLO, Comentarios, p 142 y 172 ss. Por otro lado, es equívoco hablar de usos "negociales" (para referirse a los usos interpretativos) frente a usos "normativos" porque ambas cualidades no son excluyentes. Hay usos aplicables a los negocios que son normativos. Es más, prácticamente todos los usos relevantes en el ámbito mercantil son usos de la contratación (así, GARRIGUES, RDP 1944, p 823 y 824).

²³ Como ha defendido fundamentalmente De Castro (Derecho civil, I, pp 389-391). La distinción es negada por Garrigues (RDP, 1944 p 827) que considera que el uso interpretativo no es sino la forma inicial del uso integrador; en el mismo sentido, MUÑOZ PLANAS, Recopilación, pp 31-32; sobre la discusión, v. DIEZ-PICAZO, Comentarios, p 63 y GORDILLO, Comentarios, pp 241 ss; v. también, PAVONE DE LA ROSA, "Gli usi bancari", BBTC 1977 I p 17.

²⁴ DE CASTRO, Derecho civil, I, p 396 ss. En su función estrictamente interpretativa, los usos sirven a la tipificación y estandarización del significado de cláusulas contractuales habitualmente utilizadas en el tráfico mercantil (CAPELLE/CANARIS, Handelsrecht, p 166). Por ejemplo, la cláusula "Pago contra documentos" debe interpretarse en el sentido de que el comprador debe abonar el precio no cuando reciba las mercancías sino cuando entregue los documentos al banco pagador

desempeñan esta última función, los usos son costumbre en el sentido del art. 1.3 II CC.

c) Las consecuencias de esta distinción se manifiestan fundamentalmente en la relación entre usos y Derecho dispositivo. La interpretación "conforme a los usos" es un criterio más, entre otros, de interpretación (arts. 1287 1ª prop. y art. 57 C de c) de una cláusula contractual. Esta "interpretación usual" no entra en conflicto con la alternativa aplicación del Derecho dispositivo²⁵. Lo usos en función de interpretación integradora se aplican con preferencia respecto del Derecho dispositivo (porque su contenido es remitible a la voluntad de las partes) en la medida en que de acuerdo con los datos suministrados por el contrato existan razones para pensar que su regulación responde mejor a las expectativas normativas de las partes que la regulación correspondiente del Derecho dispositivo²⁶. Por último, debe aplicarse preferentemente el Derecho dispositivo respecto de los usos cuando su función es cubrir una laguna contractual sin que existan datos en el contrato que nos permitan deducir que la regulación del uso sería más conforme con la voluntad de las partes (función de regulación supletoria de segundo grado). En su función de integración, pues, forman parte de los contratos por su fuerza

del crédito documentario. Un ejemplo de uso en función integradora es aquél que prevea la cuantía de la comisión que recibe un comisionista mercantil en un determinado sector del tráfico o en una determinada zona geográfica (art. 277 II C de c) (v. CAPELLE/CANARIS, *ibidem*, p 169). No es posible poner un ejemplo de un uso en función de interpretación integradora, precisamente porque como señala De Castro (p 399) son los mismos usos que desempeñan la función de integración, según se expuso supra .

²⁵ Los usos en función estrictamente interpretativa (interpretación usual) se aplican salvo que se demuestre que las partes pretendieron otra cosa, correctamente en este punto, GARRIGUES (RDP, 1944 p 829).

²⁶ Al no tener en cuenta la existencia de la interpretación integradora, era errónea la opinión de GARRIGUES (RDP, 1944 p 829) cuando afirmaba que los usos interpretativos también se impone a los propios contratantes, en tanto en cuanto no demuestren que en aquel caso se han querido apartar de la interpretación usual de la cláusula". La opinión es correcta, como hemos señalado, en el ámbito de la interpretación en sentido estricto (v. art. 1287 CC y 57 C de c) pero no lo es en el ámbito de la interpretación integradora, donde no se trata de aclarar el significado de una cláusula contractual, sino de integrar la declaración (no la voluntad) de las partes. En este caso, las alternativas son los usos o el Derecho dispositivo y sólo cuando haya razones para pensar que las partes hubieran preferido la aplicación del uso es posible desplazar la aplicación del Derecho dispositivo que, en otro caso, es de aplicación preferente. Por tanto, es necesario "probar" que "la voluntad de las partes iba enderezado a reconocer" el uso (correctamente, DE CASTRO, Derecho civil, I p 399).

normativa²⁷, y a salvo de derogación expresa por las partes²⁸, tras la aplicación del Derecho dispositivo.

De la disgresión anterior se extraen las siguientes consecuencias: a) Los usos deben clasificarse, de acuerdo con su función, en usos interpretativos (que resuelven dudas derivadas de cláusulas ambiguas, imprecisas o indeterminadas) y usos integradores (que completan la regulación expresamente pactada de acuerdo con la voluntad presunta de las partes). b) Los usos integradores son usos normativos y constituyen Derecho consuetudinario.

4. Tales conclusiones revisten una extraordinaria relevancia para valorar la coherencia de la Exposición de Motivos con el art. 2 C de c.

a) La Exposición de Motivos es incorrecta en cuanto que en el art. 2 C de c no se encuentran los usos estrictamente interpretativos (que se encuentran en el art. 57 C de c) sino los usos en función de integración (arts. 1287 2ª prop. y 1258 CC). La Exposición de Motivos es correcta, sin embargo, en la medida en que se refiere también a los usos en función de integración²⁹.

²⁷ V. al respecto, recientemente, GONDRA, Derecho Mercantil, 185 ss; CAPELLE/CANARIS Handelsrecht²⁰, Munich 1988 p 164-165; K. SCHMIDT, Handelsrecht, p 18 ss.

²⁸ Como se observará, la exposición realizada sigue a la doctrina de DE CASTRO (Derecho Civil, I pp 395 ss) con una matización derivada de la concepción que, a nuestro juicio, debe mantenerse de la interpretación integradora. (ALFARO, Condiciones generales, pp 374 ss).

²⁹ Así lo demuestran expresiones como "supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles" o "ya finalmente para dar al acto o contrato de que se trata el efecto que naturalmente debe tener" y sobre todo "A esta consideración (es decir, a que el contenido de los usos integra los contratos

b) También es incorrecta la Exposición de Motivos en cuanto afirma que los usos en función de integración no son "Derecho consuetudinario". Los usos en función de integración tienen, según hemos visto, la consideración de costumbre (art. 1.3 CC) y, consecuentemente, han de calificarse como normas.

5. Los errores son, sin embargo, comprensibles e irrelevantes para la utilización de la Exposición de Motivos en la interpretación del art. 2 C de c. Son perfectamente comprensibles si se examinan en el marco de las concepciones dominantes en la Codificación, donde las dos funciones de los usos no se conciben como diferentes, como lo demuestra el examen de los antecedentes del art. 1258 CC y sus relaciones con el art. 1287 CC³⁰. La razón se encuentra en la concepción del Derecho dispositivo propia del siglo XIX, en la cual, el Derecho dispositivo (y no sólo los usos) reflejaba la "voluntad presumible de las partes". Sólo pretendía validez en la medida en que por acción u omisión pudiera quedar referida a la voluntad contractual³¹, es decir, "autonomía privada, usos de

mercantiles) hay que añadir que... la interpretación de los actos o contratos mercantiles no puede hacerse exclusivamente desde el punto de vista del Derecho civil" (es decir, la interpretación conforme con los usos).

³⁰ V. ALFARO, Condiciones generales, p 393 y CAFFARENA, "El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas", ADC 1985, p 934 nota 70.

³¹ Sobre esta función del Derecho dispositivo, v. ALFARO, Condiciones Generales, pp 361-362 y 388 ss, con amplias referencias, especialmente, p. 391 que reproduce un texto de Demolombe donde queda paladinamente clara esta concepción: "la ley, toda de interés privado, que regula... los efectos de una convención, es una ley puramente interpretativa de la voluntad presunta de las partes contratantes" (DEMOLOMBE, Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles, t. XII, París, (sin fecha) p 24.

comercio, derecho dispositivo son... distintos segmentos de una misma secuencia en la que se viene a afirmar como fuente del Derecho la voluntad real o presunta del individuo"³².

Pero es que, además, tales errores dogmáticos son, en todo caso, irrelevantes para la interpretación del art. 2 C de c. Al contrario, la afirmación del texto de la Exposición señalando que no estaba hablando de "Derecho consuetudinario" es muy reveladora del verdadero sentido del precepto. El autor de la Exposición de Motivos no trataba de aclarar que el art. 2 C de c sólo iba referido a los usos interpretativos y no a los usos normativos. Trataba, simplemente, de dejar claro que la novedad introducida por el art. 2 C de c en relación con el Código de 1829 no significaba en absoluto una alteración de la teoría de las fuentes del Derecho, lo cual hubiera ocurrido si afirmase que el Derecho consuetudinario era aplicable con preferencia respecto al Derecho legal³³. Su significado es, fundamentalmente, técnico: los usos de comercio deben aplicarse con carácter preferente tanto en función de interpretación como de integración de los contratos mercantiles respecto al Derecho dispositivo civil porque es lógico pensar que su contenido será más conforme con las expectativas normativas de dos comerciantes que el contenido de las reglas dispositivas del Derecho civil.

6. Por lo demás, el texto de la Exposición de Motivos

³² A. MENENDEZ, Centenario C de c, I, p 80; también, GONDRA, Derecho Mercantil, I, p 187 quien, sin embargo ve en ello una especialidad del Derecho Mercantil, mientras que, a nuestro juicio, es ésta una concepción predicable también de la codificación civil.

³³ Esta es la explicación que daba De Benito (apud MUÑOZ PLANAS, Recopilación, p 34).

refleja con gran claridad las mismas ideas que están detrás del art. 1258 CC. Es más, existe una muy destacable proximidad incluso literal de los párrafos de la Exposición de motivos transcritos con los arts. 1287 y 1258 CC y los textos relevantes para su interpretación³⁴. Conviene reproducir, por ello, un texto de García Goyena en su comentario al posteriormente art. 1258 CC. En dicho texto, García Goyena cita un paso del Digesto (<<quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis veniunt>>) y señala que para integrar el contrato se estará en primer lugar, "a la voluntad espresa (sic) de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso o costumbre; tercero, a falta de voluntad espresa y presunta, la equidad y la buena fe".

7. Por tanto, la Exposición de Motivos nos permite concluir que el art. 2 C de c se ocupa exclusivamente de determinar el orden de prelación de las fuentes de integración del contrato mercantil (ley mercantil, usos mercantiles, ley civil, usos civiles, buena fe) y, en esta medida, constituye el equivalente al art. 1258 CC, al cual modifica, coherentemente, anteponiendo al derecho dispositivo supletorio de segundo grado (el Derecho común), los usos de comercio, pero colocando éstos, al igual que el art. 1258 CC, tras el Derecho dispositivo legal de primer grado (el Derecho mercantil).

³⁴ V. ampliamente, ALFARO, Las condiciones generales de la contratación, Madrid, 1991, pp 388 ss. Sobre la fuente próxima del texto de la Exposición, parece acertada la sugerida por MUÑOZ PLANAS. Recopilación, p 35, que se trataba de un texto de Masse (p 35). Sin embargo, esa forma de hablar se encuentra también en la fundamentación del art. 1258 CC tal como se explica en el texto.

III. La interpretación de los arts. 57, 50 y 59 C de c.

Esta interpretación del art. 2 se confirma al examinar los arts. 57, 50 y 59 C de c, pues es la única que permite una comprensión sistemática y valorativamente coherente de este conjunto normativo. Pero vayamos por partes.

1. De acuerdo con el art. 57 C de c, la interpretación y ejecución de los contratos mercantiles deberá hacerse de conformidad con la buena fe. Ya hemos visto (supra I.3) que los usos no se reclaman aquí en función integradora, cuando parece evidente que deberían tenerla. Con la interpretación que proponemos, la explicación de por qué los usos no aparecen en función integradora en el art. 57 C de C es, ahora, bien sencilla: La razón es que las fuentes de integración del contrato y, por tanto, los usos no están en dicho precepto sino en el art. 2 C de C. En el art. 57 C de C basta con la referencia a la interpretación literal puramente objetiva (equivalente a los arts. 1281, 1283 ss CC) y a la interpretación usual. Esta conclusión se refuerza teniendo en cuenta que en el código de 1829, el art. 250 (situado inmediatamente después del actual 57) recogía dicha función integradora de los usos³⁵. El precepto correspondiente desapareció en el código de 1885 precisamente porque su contenido quedó incorporado al actual artículo 2 C de C.

³⁵ "Omitiéndose en la redacción de un contrato cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo contratado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en casos de igual especie se practicare en el punto donde el contrato debía recibir su ejecución y en este sentido se procederá, si los interesados no se acomodaren á explicar su voluntad de común acuerdo".

2. La interpretación expuesta viene confirmada por el texto del art. 50 C de C, que parece colocar al Derecho común como derecho regulador de primer grado junto a las normas mercantiles en todo lo relativo a los contratos, haciéndolo prevalecer - aparentemente- sobre los usos de comercio, que no aparecen reflejados en el tenor del artículo, lo que es especialmente grave en materia de "interpretación" de los contratos. La doctrina mayoritaria ve aquí una aparente antinomia y la resuelve afirmando, bien la supremacía del art. 2 C de c y, por tanto, la prevalencia de los usos de comercio sobre el Derecho común también en el ámbito de la parte general de contratos, o bien afirmando la especialidad del art. 50 C de c respecto al art. 2 C de c³⁶.

A nuestro juicio, la cuestión está mal planteada y puede resolverse correctamente si consideramos el art. 2 C de c como equivalente al art. 1258 CC como aquí se ha propuesto. En realidad, no hay tal antinomia. En el art. 2 C de c y en el art. 50 C de c se regulan distintos sistemas de prelación de fuentes.

³⁶ Así, por ejemplo, MOTOS, RJCat, 1955 pp 42-43 que considera un error que el art. 50 mencione la interpretación; GIRON, Apuntes, p 122, que se extraña de que en el art. 50 C de C no haya una referencia a los usos; o F. VICENT CHULIA, Compendio de Derecho Mercantil I², Barcelona, 1991 p 28: "es claro que el art. 50 no puede modificar el art. 2 suprimiendo porque no los cita los usos de comercio, y precisamente en relación con los contratos que es donde tienen más amplia aplicación": URIA, Derecho Mercantil¹⁷ p 18; SANCHEZ CALERO, Instituciones¹⁴, p 29; OLIVENCIA, (en G. JIMENEZ [Coord.] Derecho Mercantil, Barcelona, 1991, pp 43-44) afirma que "hay que aclarar que, aún cuando en materia de regulación de los contratos mercantiles, el art. 50 C de c no se remita expresamente a los usos de comercio, de la interpretación sistemática de este precepto con el de carácter general que contiene el art. 2 se desprende que también en esta materia los usos normativos mercantiles han de preceder en su aplicación a las reglas del Derecho común".

Mientras en el artículo 2 C de c se recogen las fuentes de integración de los contratos³⁷, en el art. 50 C de c se regula un supuesto de integración de normas legales por remisión a otras normas. Por lo tanto, las normas del "Derecho común" a las que se refieren uno y otro precepto no pueden ser las mismas. Si el art. 2 C de c se ocupa de la integración contractual, hay que entender que al referirse al Derecho común lo hace a las normas integradoras de los contratos del Derecho común, es decir, a normas dispositivas reguladoras de cada tipo contractual (arts. 1445 ss CC) y normas dispositivas sobre obligaciones (arts. 1088 ss) normas a las que se refiere, igualmente, el art. 1258 CC. Por el contrario, la referencia al Derecho común del art. 50 debe entenderse realizada -como se deduce del propio tenor literal- a "lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes", es decir, a las normas (imperativas) generales sobre contratos que después serían arts. 1261 ss CC. La función de unas y otras normas es muy diferente y el codificador era consciente de ello. En el art. 2 sólo le preocupaba que la voluntad "presunta por el uso mercantil" no fuera contrariada por las normas que para ese tipo de contrato previera dispositivamente el Derecho civil. En el art. 50 y ss. el codificador omitió el desarrollo de una "parte general de las obligaciones y los contratos mercantiles", por considerar que en esa materia debían regir las reglas generales. De ahí que sea correcto afirmar que en materia de "Parte general", el CC es

³⁷ No debe olvidarse, en efecto, que el art. 2 C de c no reza "la materia mercantil se regirá" (así el art. 1 del Código de comercio italiano derogado). o "Son fuentes del Derecho mercantil..." sino "los actos de comercio... se regirán".

directamente aplicable (salvo las especialidades contenidas en el C de C) a los contratos mercantiles³⁸.

Si se acepta la propuesta que aquí realizamos en el sentido de que el art. 2 C de c recoge las fuentes de integración contractual, no es necesario afirmar que el art. 50 C de c "incurre... en un evidente error" al incluir entre las materias en las que el Derecho común es regulador de primer grado junto al Derecho mercantil la "interpretación" de los contratos³⁹, ámbito en el que más preocupante resultaba para la doctrina mercantilista admitir la prevalencia del Derecho común sobre los usos. El precepto es perfectamente correcto siempre que admitamos la indiferenciación propia de la época entre interpretación e integración según venimos haciendo aquí. Según su tenor literal la "interpretación" de los contratos mercantiles "se regirá en todo lo que no se halle expresamente

³⁸ V. GAY DE MONTELLA, Código de comercio I Barcelona, 1948 p 228. quien pone de ejemplo de "normas especiales" las relativas al comerciante casado y otras normas contenidas en los arts. 4 ss C de c; apunta la idea, ahora, GONDRA, Derecho Mercantil, I, p 162; en este sentido debe recordarse, igualmente, que en el Código de comercio italiano derogado, el art. 1 establecía, al igual que nuestro art. 2 la prevalencia de los usos sobre el Derecho civil. No obstante, Bolaffio señalaba "que no deben ser consideradas como elementos de la legislación especial civil, sino como presupuestos necesarios para la validez de cualquier obligación (civil o mercantil) los principios generales del derecho de las obligaciones contenidos en el Código civil, donde no hayan sido derogados por las leyes comerciales" (BOLAFFIO, en BOLAFFIO/VIVANTE, Il codice di commercio commentato I⁵, Milán-Nápoles-Roma, 1922, p 47). Es decir, Bolaffio llega a conclusiones similares a las que se deducen de coordinar el art. 50 con el art. 2 C de c sin tener un texto legal ad hoc.

³⁹ MOTOS, RJCat, 1955 p 42 quien concluye que "el art. 59 enerva -porque se remite expresamente al art. 2-, en relación con la interpretación del contrato mercantil, la eficacia y ejecutoriedad del orden normativo implantado por el 50 del Código. Este y no otro, es el alcance y significación que creemos se debe atribuir al 59 del Código de comercio español" p 43.

establecido en este código" por el Derecho común. Es decir, ordena que se esté, en primer lugar a lo que disponga el Código de Comercio y que se recurra al Código civil sólo en defecto de norma legal mercantil. Y el Código de Comercio recoge criterios interpretativos de los contratos no sólo en el art. 57 y en el art. 59 sino también en el art. 2 (integración), por lo que la preferencia de los usos mercantiles sobre el Derecho común en la integración contractual se deduce de una interpretación simplemente literal del art. 50 C de c. Naturalmente, si se interpreta que el art. 2 C de c recoge las fuentes del Derecho Mercantil, el art. 50 no puede considerarse referido también a él, puesto que entre los aspectos que menciona este precepto no se encuentra -porque no puede- el de las fuentes.

3. El art. 59 C de c confirma, por último, la interpretación expuesta cuando remite al art. 2 para resolver dudas en la interpretación de los contratos. Su equivalente en el CC, el artículo 1289 CC, se remite únicamente a las normas sobre interpretación de los contratos ("por las reglas establecidas en los artículos precedentes"). Resulta extraño que un precepto se refiera a las dudas que no pueden resolverse con arreglo a los criterios legales de interpretación (1289 CC) y que el otro prevea una regla residual para el caso de que el non liquet resultara ;tras aplicar el sistema de fuentes!⁴⁰. Pero si

⁴⁰ Resultaría efectivamente extraño que el codificador hubiera querido decir en el art. 59 C de c que "si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el sistema de fuentes (!) deberá resolverse la cuestión a favor del deudor", sobre todo teniendo en cuenta que eso lo dice un precepto de la ley mercantil, primera fuente del Derecho según el propio art. 2 C de c. Como señaló Motos, partiendo de una concepción del art. 2 C de c como sede de las fuentes del

interpretamos el art. 2 C de C como norma equivalente al art. 1258 CC, la referencia resulta sencilla: cuando las dudas interpretativas no puedan eliminarse recurriendo a la interpretación (voluntad expresa), a la interpretación integradora (voluntad presunta por los usos o la buena fe) y a la integración (recurriendo a la regulación legal mercantil del contrato celebrado, a los usos y a la regulación civil), como regla de cierre, se decidirá la cuestión a favor del deudor.

Nuevamente, podemos encontrar argumentos adicionales recurriendo a los antecedentes históricos del precepto. El art. 252 del Código de 1829 -antecedente del actual 59- rezaba:

"En caso de rigurosa duda que no pueda resolverse por los medios indicados en el art. 249, se decidirá ésta a favor del deudor"

Es decir, el codificador se remitía exclusivamente al precepto que recogía las fuentes de integración contractual⁴¹, con lo que la correspondencia del art. 59 C de C con el 1289 CC es ahora mucho mayor. No es absoluta porque con la remisión al art. 2 C de c, sin embargo, la norma del art. 59 C de c no es

Derecho mercantil, el art. 59 C de c no se aplicaría nunca porque la duda tendría que poder ser resuelta por aplicación de las reglas del Código civil ("es ilógico que existan dudas que no puedan resolverse con ayuda de las normas amparadas en el 2º C de co. puesto en relación con lo dispuesto en el 6º del C c." RJCat, 1955 p 34 y 35) incluyendo el art. 1289 CC.

⁴¹ Art. 249 C. de C 1829: "Cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas del contratos y los contratantes no resuelvan de común acuerdo la duda ocurrida, se tendrán por bases de su interpretación" 1. Las cláusulas averdadas y consentidas del mismo contrato que puedan explicar las dudosas; 2. Los hechos de las partes subsiguientes al contrato que tengan relación con lo que se disputa; 3. El uso común y práctica observada generalmente en los casos de igual naturaleza; 4. El juicio de personas prácticas en el ramo a que corresponda la negociación que ocasiona la duda". Es decir, interpretación sistemática, hechos de las partes, integración usual e integración de acuerdo con la buena fe.

sólo una norma de cierre para el caso de non liquet en la interpretación sino también en la integración contractual⁴². Esta falta de correspondencia no altera, sin embargo, las conclusiones señaladas si recordamos nuevamente que durante la codificación no hay una distinción clara entre operaciones de interpretación y de integración contractual⁴³.

Considerando el art. 2 C de c como sede de las fuentes de integración contractual, se desactiva, por último, una interpretación del art. 59 C de c que lo condena, igualmente, a la inutilidad. Si entendemos que en el art. 2 C de c están las fuentes del Derecho Mercantil, la aplicación del favor debitoris exigiría que, previamente, no hubieran podido resolverse las dudas recurriendo al Derecho mercantil, a los usos o al Derecho común. Como el art. 1289 CC (que establece la máxima reciprocidad de intereses como criterio de cierre) es parte del Derecho común, siempre se aplicaría el art. 1289 CC y nunca el 59 C de c. Pero si entendemos el art. 2 C de c como sede de las

⁴² En sentido parecido, MOTOS, RJCcat, 1955, 44 al reconocer que si la doctrina mayoritaria afirma que en el art. 2 C de c están los usos normativos, coherentemente, hay que entender que la remisión del art. 59 al art. 2 C de c debe entenderse hecha a los usos también normativos y no sólo a los interpretativos.

⁴³ V. ALFARO, Condiciones generales, pp 392-393; La consecuencia de tal modificación es, probablemente que si la cuestión no regulada por las partes en el contrato no puede decidirse recurriendo -tras las normas legales y los usos mercantiles- al Derecho común entendiendo por tal, como aquí se ha propuesto las normas aplicables a cada tipo contractual (arts. 1445 ss CC) y las normas generales sobre obligaciones, habría que resolver igualmente la cuestión a favor del deudor. El supuesto es, sin embargo, de laboratorio, puesto que lo normal es que quepa aplicar analógicamente una regla mercantil o civil. Esto no significa que el precepto sólo prevea hipótesis de laboratorio, puesto que resulta plenamente aplicable como criterio interpretativo de cierre, es decir, como criterio para resolver una duda respecto al significado de una cláusula contractual.

fuentes de integración contractual, las normas de "Derecho común" a las que se refiere no son todo el Código civil sino, como hemos visto, las normas dispositivas que regulan cada contrato (es decir, las normas que pueden desempeñar una función de integración contractual) y no las normas de la Parte general de Derecho de obligaciones y contratos en la que se enmarcan los arts. 1281 a 1289 relativos a la interpretación.

IV. La objeción sistemática.

La objeción de mayor calibre que puede realizarse a la interpretación del art. 2 C de c que aquí se ha propuesto es que no da razón de la ubicación sistemática del precepto. Según se ha señalado, el contenido del artículo se encontraba, en el Código de 1829 en sede de parte general de obligaciones y contratos y fue trasladado al frontispicio del Código de lo que puede deducirse lógicamente la voluntad del legislador de alterar su significado. Tal objeción puede, no obstante, ser soslayada.

1. La colocación del contenido del art. 2 al frente del Código responde, por un lado, al carácter básicamente contractual del Derecho Mercantil codificado⁴⁴. Como es sabido, la doctrina de los actos de comercio pretendía resolver el problema de la delimitación del ámbito de aplicación del código de comercio frente al civil, una vez desaparecido el carácter corporativo del Derecho mercantil como Derecho originado por los comerciantes y aplicado a los comerciantes. Pero, como se ha

⁴⁴ V. supra nota 5.

demostrado -entre nosotros definitivamente por Girón⁴⁵- como explicación teórica, la doctrina de los actos de comercio es un fracaso absoluto porque sólo servía (y escasamente) para delimitar los contratos y obligaciones los civiles⁴⁶. Por lo tanto, no era incongruente incluir las fuentes de integración de los contratos al inicio de un Código que se ocupaba básicamente de ellos⁴⁷.

⁴⁵ J. GIRON TENA "Concepto de Derecho Mercantil en el Derecho español", ADC 1954 pp 971 ss

⁴⁶ SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil¹⁴, Madrid, 1990 (hay ed. post.) p 29; en el Código de comercio italiano derogado en lugar de utilizar la expresión "los actos de comercio se regirán", se utiliza la expresión "en materia de comercio" (art. 1). Dicho precepto procede, igualmente, de una extensión de la regla de prevalencia de los usos sobre el Derecho mercantil que estaba consagrada exclusivamente para los contratos mercantiles. Aunque Bolaffio afirma que no hay identidad entre "contratos" y "materia" mercantil, sus referencias posteriores son siempre a contratos, interpretando el cambio de redacción como voluntad de incluir también los "rapporti unilateralmente commerciali", es decir, los famosos actos mixtos (BOLAFFIO en BOLAFFIO/VIVANTE, Codice p 9 ss, p 22, p 51 ss). Es decir, seguimos en el ámbito de las obligaciones y contratos.

⁴⁷ La doctrina que ha tratado de refutar esta argumentación se ha enfrentado con dificultades. Así, Muñoz Planas afirma (Recopilación, p 35): no es "una pura cuestión de lugar sistemático, sino que implica un giro estructural en cuanto al valor del uso... los usos devienen fuente de todo el Derecho mercantil con valor normativo... Ciertamente el Derecho Mercantil tiene un contenido prevalentemente contractual y el modo más frecuente de formarse la norma consuetudinaria debe buscarse en la repetición de cláusulas contractuales, pero ello no excluye con absoluta seguridad (sic) que otros usos puedan formarse de distinta manera y fuera del campo de los contratos". La expresión ("no excluye con absoluta seguridad") que emplea Muñoz Planas supone, más bien, un reconocimiento de que los usos carecen de relevancia como instrumento regulador de los actos de comercio fuera de las obligaciones y contratos, y la mejor prueba nos la suministra el propio Garrigues (RDP, 1944, p 834) cuando trata de aportar un ejemplo de acto de comercio no obligacional/contractual y propone el del abordaje culposo. No creemos que pueda afirmarse que el abordaje culposo del art. 826 C de c sea un acto de comercio. (Los demás argumentos de Garrigues para afirmar que estamos en el ámbito de las fuentes tampoco son muy efectivos. Por ejemplo, el hecho de que los usos

2. Pero, sobre todo, la situación sistemática del precepto se explica por razones políticas. Como se ha señalado con acierto, el Código de Comercio de 1885 respondía a una directriz política clara de independizar en lo posible el Derecho mercantil respecto del Derecho civil, configurándolo como un ordenamiento completo⁴⁸. Tal configuración exigía, lógicamente un sistema de fuentes específico, para lo cual, hubo de recurrirse a las fuentes de integración contractual recogidas -en el seno de la regulación de los contratos- en el Código de 1829. De ahí que, como hemos expuesto, en la Exposición de Motivos se apresurase a aclarar que, materialmente, no se había producido una alteración de la teoría de las fuentes del Derecho. Esta explicación se corrobora por el hecho de que no se colocara junto al art. 2 C de c el contenido del art. 50. De haber sido coherente con esta consideración de sistema de fuentes el contenido de ambos preceptos debiera haber sido refundido, puesto que tendrían la consideración de norma general y norma excepcional, tal como ha venido siendo interpretada por la doctrina mayoritaria.

V. Conclusiones.

1. Con la interpretación aquí mantenida, el sentido del

se mencionen junto a "un conjunto de fuentes", no obsta para considerarlo como sede de las fuentes de integración del contrato como la simple lectura del art. 1258 CC demuestra al mencionar los usos junto a la ley y la buena fe. Por último, puede recordarse que el art. 1258 se encuentra, igualmente, al comienzo de las disposiciones generales sobre contratos en el Código civil.

⁴⁸ Así, MENENDEZ, Centenario C de c. I, pp 80-81.

art. 2 C de c es que la integración de los contratos mercantiles exige tener en cuenta los usos mercantiles antes de aplicar las reglas (legales o consuetudinarias) dispositivas civiles; y ello, con la vista siempre puesta en atender a la voluntad de las partes criterio fundamental de interpretación e integración contractual (art. 1281 CC). El precepto resulta así coherente con el art. 1258 CC. En realidad, se limita a reproducir en el ámbito mercantil la misma valoración recogida en el art. 1258 CC: hacer prevalecer aquella regulación que deba considerarse como más adaptada a las expectativas normativas de las partes. El codificador considera que los usos mercantiles han de presumirse como "más adaptados a las expectativas normativas de las partes" que las reglas dispositivas del CC cuando estamos en contratos mercantiles de ahí que los considere de preferente aplicación⁴⁹.

2. En cuanto a la jurisprudencia, debe señalarse, en primer lugar, que la mayor parte de las sentencias en las que se mencionan los arts. 2 y 50 C de c carecen de valor respecto a la cuestión aquí discutida porque en los casos resueltos no se

⁴⁹ Para una interpretación del origen del texto diferente, GONDRA, Derecho Mercantil, p 187 quien considera que el carácter complementador de la autonomía privada que tiene el Derecho dispositivo de acuerdo con los citados preceptos ("hasta la propia ley se ve preferentemente como un instrumento complementador de la voluntad negocial") es un rasgo especial del Derecho mercantil: "el rigor de la dogmática jurídica no parece casar con el Derecho mercantil, que se considera un Derecho <<de prácticos>>, en cuya creación y desenvolvimiento la práctica mercantil debe jugar un papel preponderante". Como se señala en el texto, en nuestra opinión las valoraciones a las que responde el art. 2 C de c son idénticas a las recogidas en el art. 1258 CC por lo que no hay especialidades mercantiles. De hecho -como también se señalará- el art. 2 C de c, al hacer prevalecer las normas legales mercantiles sobre las consuetudinarias contradice una supuesta preponderancia de la práctica mercantil.

planteaba un conflicto entre un uso de comercio y una norma del código civil, único supuesto en el que la referencia al art. 50 o al art. 2 C de c tendría trascendencia⁵⁰.

En los supuestos aquí relevantes, es decir, cuando se plantea la disconformidad entre un uso de comercio y una norma de Derecho civil, los fallos del TS confirman la interpretación aquí expuesta. El TS ha aplicado el art. 2 (dando preferencia al uso (TS 14.11.51) en supuestos en los que, claramente, se trataba de normas dispositivas integradoras, es decir, aquéllos que, según se acaba de exponer deben considerarse referidos en el art. 2 C de c y no en el art. 50⁵¹ y ha dado preferencia al Derecho civil en materias propias de la parte general de contratos⁵²

⁵⁰ V. entre muchas, STS 4-VI-74 (Ar 2616); 18-V-84 (Ar 2419); 20-X-84 (Ar 4906); 17-I-85 (Ar 179); 14-V-86 (Ar 2726); 29-XII-87 (Ar 6956); 28-V-90 (LA LEY, 1990-3 p 471). Es más, en ocasiones, la aplicabilidad del Código civil a un contrato mercantil se justifica haciendo cita de los arts. 2 y 50 C de c simultáneamente v. STS 31-V-85 (Ar 2835).

⁵¹ TS 2-VII-73 Ar 2931 -facultad de especificación unilateral-; TS 16-VII-67 -medios de pago admisibles-; TS 30.3.74 -documentos acreditativos del pago- sobre estas sentencias, v. J. M. OTERO LASTRES, "La interpretación y aplicación por la jurisprudencia de los usos de comercio", Revista de la corte española de arbitraje, 1984 p 11 ss; puede verse también, STS 16-II-65 (Ar. 614) que igualmente hace prevalecer el art. 2 en materia de regulación aplicable al contrato de cuenta corriente mercantil. Por último tiene especial interés la STS 9-X-81 (Ar 3595) -caso del Sorolla falso- en la que el tribunal de casación aplicó un uso para negar la responsabilidad del vendedor de buena fe por la falsedad de un cuadro.

⁵² Así, especialmente interesante es la TS 24-XII-46 (Ar 128/47), donde se trataba de dilucidar si podía considerarse probada la existencia de un contrato por medio de la nota de pedido y facturas emitidas por el vendedor, es decir, materias reguladas en el art. 51 C de c que se remite nuevamente al Derecho civil. El TS afirma que no puede dejar de aplicarse el derecho civil aplicando "un hipotético uso comercial que

3. La coherencia con el art. 1258 CC es total: el art. 2 C de C reproduce igualmente la relación entre ley y costumbre en el ámbito mercantil consagrada para el ámbito civil en el art. 1258 CC, haciendo prevalecer la ley mercantil sobre la costumbre⁵³. Esta coherencia permite extender las soluciones encontradas por la doctrina a los problemas de interpretación integradora e integración de los contratos en el marco del art. 1258 CC a los contratos mercantiles. Así, en primer lugar, no debe caber duda a nuestro juicio, de la posibilidad de admitir excepcionalmente la aplicación preferente de los usos mercantiles sobre el Derecho dispositivo mercantil cuando existan datos en el contrato que indiquen que de este modo se atiende mejor a las expectativas normativas de las partes (interpretación integradora del contrato) porque existan datos

suponiendo que se hubiera probado, no podría prevalecer nunca al amparo del art. 2 C de c referente a las fuentes del Derecho mercantil, puesto que conforme al art. 50 del expresado Código rige como supletorio en materia contractual en primer término el Derecho común".

⁵³ Así, también, GARRIGUES, RDP 1944, p 831. Con ello se añade un argumento más en contra de la opinión de un importante sector doctrinal según el cual existiría una primacía genérica de los usos sobre el derecho dispositivo en la integración contractual (v. J. CAFFARENA "El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas" ADC (1985) pp 909-940; L. DIEZ-PICAZO, Comentario al Código Civil del Ministerio de Justicia, II Madrid, 1991 art. 1258 VII; GORDILLO, Comentarios, p 134 y pp 195-196 con otras indicaciones. Para una crítica de esta postura, v. ampliamente, ALFARO Condiciones generales, pp 393-394). La razón nos parece clara. El C de C. no hace prevalecer los usos sobre las normas dispositivas del código de comercio, sino sólo sobre el derecho supletorio de segundo grado, es decir, el Derecho civil. Por tanto, el legislador parte de que aún cuando los usos mercantiles están más adaptados a las necesidades prácticas que el Derecho civil, no lo están más que el Código de comercio. Trasladando el argumento al código civil y a la interpretación del art. 1258 CC, hay que concluir que es de suponer que el codificador civil, igualmente, habría de considerar más adaptado al tráfico civil las normas que él mismo dictaba que los usos.

en el contrato que induzcan a pensar razonablemente que tal hubiera sido la solución prevista de las partes⁵⁴. En segundo lugar, con esta interpretación queda resuelta igualmente la cuestión de si el art. 2 C de C se refiere a las normas civiles en general (incluyendo normas imperativas) o sólo a las normas dispositivas. Se refiere únicamente a las normas dispositivas y, dentro de éstas a las mismas a las que se refiere el art. 1258 CC. Por último, cuando la regulación de un tipo contractual (vgr. la compraventa) sea fragmentaria en el Código de comercio, debe aplicarse el art. 2 (a salvo de lo afirmado en el párrafo anterior) y, consiguientemente, debe recurrirse con carácter preferente a los usos mercantiles respecto del Derecho civil para determinar los derechos y obligaciones de las partes⁵⁵.

⁵⁴ v. ampliamente, ALFARO, Condiciones generales, p 388 ss; aparentemente, en el mismo sentido, GARRIGUES, RDP 1944, p 831.

⁵⁵ Contra GONDRA, Derecho Mercantil I p 162-163. La concepción de este autor respecto a la función del Código civil en relación con el código de comercio no puede compartirse. Según Gondra, el Código civil se aplicaría supletoriamente (es decir, tras los usos mercantiles) a los supuestos de "lagunas... impensadas" del Código de comercio y, en vía de integración (es decir, antes que los usos mercantiles) "en aquellas zonas, en las que el Derecho especial se ha concebido ab initio con un carácter fragmentario", afirmando más adelante que "por ejemplo, el régimen mercantil de algunos contratos, en particular de la compraventa, se revela en ciertos puntos deliberadamente fragmentario. También aquí habrá de recurrirse a su integración a través del régimen civil de la compraventa (vgr.: las acciones redhibitorias y quanti minoris)". Pues bien, de lo expuesto en el texto se deduce que, a nuestro juicio, la voluntad del codificador expresada en el art. 2 C de c era, precisamente, que en la integración de los contratos mercantiles se recurriese a los usos de comercio (si es que existen usos, por ejemplo, en materia de acciones de saneamiento) antes que al Código civil. En definitiva, aunque, efectivamente, la remisión del art. 50 C de c al Derecho común se justifique porque se consideró que las normas generales sobre contratos debían aplicarse igualmente a los contratos mercantiles, no nos parece correcto extraer de dicha remisión un criterio general (la fragmentariedad de la regulación) aplicable a otras normas distintas de aquéllas a las que se refiere el precepto. El criterio general en materia de integración contractual se encuentra en el art. 2 C de c.