

CAPITULO II

Los actos de comercio 1)

§ II.—LOS ACTOS DE COMERCIO EN GENERAL

Sumario.—29. Contenido objetivo del Código de comercio.—30. Importancia de la indagación preliminar de dicho contenido.—31. Concepto de los actos de comercio.—32. Actos objetivos y subjetivos de comercio.

29. En su significado común, la industria comercial comprende todas las operaciones que hacen pasar las mercancías y los títulos de crédito de quien las pone en circulación a quien las usa o consume. A veces estas cosas van directamente del productor al consumidor, pero lo corriente es que pasen por manos de quien verifica sistemáticamente un oficio de distribución en el mercado libre.

Son de ordinario los comerciantes los que cumplen profesionalmente esta función, importando y exportando las mercancías para ofrecerlas al mercado en donde su necesidad se deja sentir; gran función social que provee a las necesidades de la vida substituyendo los angostos y caprichosos mercados locales por un mercado mundial, y los variables precios de cada localidad por un precio medio y constante.

Toda la cadena de las operaciones principales (operaciones de venta y de banca) y de las operaciones accesorias (trasporte, mediación, seguro) que favorecen y efectúan la transferencia de las mercancías del productor al consumidor, así como la cadena de las operaciones que en sentido contrario llevan el precio pagado

(1) *Literatura:* MANARA, *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente C. di comm.*, Turín, 1887; en la primera parte de esta obra se trata de los actos de comercio en general; BOLAFFIO, *Commentario al codice di commercio*, vol. 1; GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, 2.ª edic., vol. 1, §§ 42-59; ARCANGELI, *Rivista di diritto comm.*, 1904; pág. 24 y sigs.; MAGRI, *Le materie commerc. nella legis. ital.*, Bologna, 1910; ROCCO, *Riv. dir. com.*, 1916, 1, 88. Para la historia véase principalmente en el mismo, §§ 41, 42 y *Universalg.*, § 7, nota 102; LATTES, §§ 6, 7, 21.

por el consumidor a los centros de producción, constituyen la trama de la industria comercial. Con bastante frecuencia las mercancías, al circular, se detienen para sufrir un proceso de transformación más o menos largo, pero luego reanudan su marcha yendo a satisfacer las exigencias del mercado, al que las nuevas aplicaciones científicas de la industria hacen cada vez más refinado en sus necesidades. Esta obra de transformación entra asimismo en la órbita comercial.

Pero las líneas económicas que señalan los límites del comercio no siempre coinciden con las jurídicas, las cuales comprenden un campo ora más vasto ora más restringido: de aquí la necesidad de fijar ese confín según las disposiciones legislativas.

Para toda disciplina jurídica ha de realizarse una investigación de dichos límites. Mas ésta adquiere respecto del Derecho mercantil especial importancia y tiene especiales deberes de precisión porque debe dividir en dos partes el Derecho privado, es decir, debe dividir una materia que es única y en la que, por su misma naturaleza, no hay ninguna solución de continuidad, aunque sea regulada por el Código civil y por el Código de comercio (véase en este volumen la introducción).

Naturalmente, en esta busca preliminar se examinan los hechos regulados por las leyes mercantiles al objeto de determinar los límites. Después, los mismos hechos, son de nuevo considerados particularmente en su disciplina jurídica.

30. Los artículos 3 y 4 del Código de comercio, completados por otras leyes especiales, determinan cuáles son los negocios regulados por las leyes mercantiles y por consiguiente trazan la línea limítrofe que divide el reino del Derecho comercial y el del Derecho civil. Esta línea divisoria, fijada con carácter imperativo, tiene un alcance general que va más allá del Código de comercio y se aplica siempre que hace falta determinar, por razones administrativas fiscales o penales, cuál es la materia comercial, y consecuentemente cuáles son los comerciantes y las Sociedades mercantiles, conceptos derivados del acto de comercio.

31. Cuando el legislador habla de actos de comercio (artículos 3 y 4) usa esta frase como si un hombre de negocios dijese *operaciones, negocios comerciales* (1): les considera como negocios,

(1) Co. Prel., acta, núm. 115; Memoria MANCINI, pág. 26: «las leyes comerciales rigen los actos o las operaciones comerciales», pág. 30: «Se quiso atribuir naturaleza de acto de comercio a todas aquellas operaciones que por su esencia o en el orden económico y en la opinión general constituyen una manifestación de

como actividades mercantiles capaces de generar obligaciones comerciales.

Precisamente porque el legislador tuvo en cuenta la operación de comercio y no el acto jurídico, deben interpretarse las operaciones designadas en el art. 3, en su unidad comercial, sin atenerse a la limitada figura jurídica con que a veces la operación comercial viene indicada. La intención legislativa de designar con el art. 3 una serie de operaciones comerciales en su completa unidad queda manifestada en las expresiones que se emplean: *empresas, operaciones, agencias, oficinas, expediciones marítimas, armamentos de nave*, conceptos del lenguaje comercial que no tienen una correspondiente determinación jurídica. Así, con la frase «empresas de transporte» el legislador no quiso comprender solamente los contratos de transporte que forman el núcleo de ellas sino también todas las operaciones accesorias que sirven para que dichas empresas desarrollen su actividad.

La intención de comprender en el nombre toda la operación se encuentra asimismo en la definición de la compra mercantil, puesto que da tal carácter a la compra de mercancías para revenderlas aun *después de haberlas trabajado o puesto en obra*, significando así que también se comprenden en esta operación comercial los actos accesorios capaces de adoptar las mercancías a la reventa, como, por ejemplo, el sazonomiento, la formación de muestrarios, el embalaje, la expedición.

Dicha intención del legislador se deduce igualmente de la adopción de la frase: «son actos de comercio *las letras de cambio*». El legislador no dice «las obligaciones cambiarias» sino «las letras de cambio», porque ha tenido en cuenta todas las operaciones relacionadas con la circulación de las letras, como, por ejemplo, el protesto, la cuenta de resaca, los negocios de descuento y de redescuento.

Siguiendo la intención legislativa de someter a las leyes mercantiles las operaciones comerciales en su totalidad, y no el solo contrato que les da el nombre, se va de acuerdo los motivos de índole social y económica que determinaron la formación del art. 3 y

actividad comercial». El art. 10 resuelve también legislativamente la cuestión porque dice que los actos de comercio son *hechos*.

Por lo tanto no puedo absolutamente estar de acuerdo con BOLAFFIO, *Comm.*, 2.^a edic., págs. 15, 103, quien da a la palabra *atti* del art. 3 el significado de *vínculo jurídico, de obligación, de deuda comercial*. Cómo pueda conciliarse esta interpretación con el significado complejo y orgánico de las voces: *empresas, expediciones marítimas, agencias de negocios*, yo no lo entiendo. Coincide en esta crítica ARCANGELI, *Riv. dir. com.*, 1904, 54; MAGRI, pág. 11; Rocco, *Riv. dir. comm.*, 1916, 83, 88.

se aplica en el campo jurídico la regla de lógica según la cual lo accesorio sigue a lo principal, dando así unidad jurídica a la operación que es única en su función económica. La aplicación de esta regla no tiene ninguna importancia práctica cuando la operación es ejecutada por el comerciante, puesto que todos sus actos, sean accesorios o principales, se presumen actos mercantiles. Pero la tiene cuando la operación queda aislada, o cuando perteneciendo a una serie de actos de comercio es llevada a cabo por quien no puede ser comerciante, como el Estado.

32. Los actos de comercio se dividen en dos clases: *actos de comercio objetivos*, los cuales adquieren su carácter comercial por una declaración imperativa de la ley (art. 3) y son tales aun contra la voluntad de quien los ejecuta, por fuerza legal; y *actos de comercio subjetivos*, que son mercantiles sólo cuando los realiza un comerciante, por simple presunción de la ley (art. 4). Los actos de comercio objetivos dan vida al comerciante; los actos subjetivos la presumen y por tanto no existen si falta el presupuesto, o sea el comerciante. *Todos* los actos de comercio están comprendidos en estas dos categorías; el intérprete debe operar con ellas, solamente con ellas, y adscribir el acto de comercio a la una o a la otra. En nuestro sistema legislativo no hay lugar para una tercera categoría, ni principal, ni complementaria.

Complicando el sistema del Código, se ha propuesto añadir a dichas dos categorías principales, dos categorías secundarias, de origen puramente doctrinal: la de los actos de comercio objetivos accesorios y la de los actos subjetivos accesorios igualmente. Esta última categoría carece en absoluto de resultado práctico, porque todos los actos de un comerciante se presumen comerciales y quedan, sin más, sujetos a las leyes mercantiles.

También la categoría de los actos accesorios objetivos es una inútil superposición, pues la serie de los actos de comercio objetivos es simplemente demostrativa y puede extenderse por analogía. Nada impide que a los negocios accesorios de mediación o a las agencias de negocios se añadan, por analogía, las empresas de publicidad o las dedicadas a la compra o a la exacción de créditos comerciales. Se ha creído que sería útil establecer esta nueva categoría para negar a estos actos accesorios la posibilidad de crear, con su ejercicio profesional, la cualidad de comerciante. Pero tal limitación es arbitraria. En el sistema del Código, la virtud de crear el comerciante es dada a todos los actos objetivos, sin distinguirlos en principales y accesorios, puesto que la serie demostrativa del art. 3 no admite esa distinción. Y es justo que no la admita desde el momento en que también los negocios accesorios

pueden ser ejercidos de modo profesional; aun conservando para cada negocio el carácter jurídico de accesorio su ejercicio sistemático puede dar vida a una actividad mercantil, principal y autónoma, como en los ejemplos antes citados (1).

§ 12.—*Actos de comercio objetivos*

Sumario.—33. La serie de los actos objetivos es demostrativa.—

34. Imposibilidad de un concepto unitario y de una definición.—35. Nueva agrupación.

33. La serie de actos de comercio objetivos debería, a primera vista, considerarse taxativa, porque determina qué actos han de ser regulados por las leyes mercantiles y cuál es el procedimiento aplicable a las controversias que de ellos se derivan. Se deduce así quién es comerciante e indirectamente quién es penable por bancarrota: materias todas de carácter público. Es el criterio seguido en Bélgica (2) en Alemania (3), y también

(1) Corresponde al Prof. BOLAFFIO el mérito de haber puesto de manifiesto la importancia de la regla *accessorium sequitur principale* en el estudio de los actos de comercio, pero la llevó a consecuencias inadmisibles cuando hizo de ella dos partes autónomas. Yo he impugnado su criterio en la *Riv. dir. com.*, 1906, 1, 1, y en el vol. 1, 4.^a edic. de mi *Tratado*, y la combato todavía bajo su reciente forma (*Com.*, 4.^a edic., núm. 20). Esta tentativa fué generalmente criticada por ARCANGELI, *Riv. dir. com.*, 1905; por MAGRI repetidamente, y últimamente en sus recomendables monografías: *Delle recenti teoricke sulla partizione degli atti di commercio*, Perugia, 1909, pág. 23 y sigs.; *Le materie com. nella legisl. ital.*, Bòlogna, 1910, pág. 34 y sigs.; por AZZARITTI, *Riv. dir. com.*, 1908, 1, 45; por NAVARRINI, *Trat.*, 1, núm. 26; por D'AMELIO, *Il Cod. di com.*, art. 3, núms. 6-7; por la Casación de Roma con una sentencia del Cons. MORTARA, 19 de Agosto de 1903; *Riv. dir. com.*, 1903, 11, 391. El cariño a la tesis ha podido hacer creer al Prof. BOLAFFIO que tenía a su favor la doctrina de algún Magistrado autorizado, pero, a mi parecer la sentencia condena explícitamente su tesis diciendo: *Un negocio jurídico accesorio no puede tener naturaleza específica propia desde el punto de vista de los actos de comercio, sino que participa por lógica necesidad de la del principal del que depende*. Ni las sentencias que B. cita (*Riv. dir. com.*, 1909, pág. 2, nota 3) proporcionan apoyo alguno a su doctrina, porque aunque dichas sentencias se refieren a ella por la frágil seducción de la novedad, se sostienen perfectamente aun con el solo apoyo de la regla *accessorium, s. principale*.

(2) Ley belga, 15 de Diciembre de 1872, art. 1: «Son comerciantes aquellos que ejercen actos de comercio, *calificados tales por la ley*». Esta reforma del Código anterior que estaba conforme con el Código francés, aun cuando vivamente combatida, triunfó porque no se quiso poner en manos de los Magistrados cuestiones de carácter público. Véase NAMUR, *Le Code de commerce belge*, 2.^a edic., 1, páginas 24-26; y los trabajos preparatorios reunidos por NYSSSEN y HERMANN DE BAETS, *Commentairez législatif du Code de commerce belge*, 1, núm. 93 y sigs.

(3) GOLDSCHMIDT, 2.^a edic., § 42, nota 26; BEHREND, § 22, nota 4; ENDE-

en Francia, si bien la necesidad de llenar las lagunas del Código, viejo de un siglo, obligue frecuentemente a la doctrina a salir de sus confines (1).

Pero las leyes mercantiles que determinan los actos de comercio no son ni leyes penales, ni leyes de excepción, ni leyes que restrinjan el libre ejercicio de los derechos; antes al contrario, muchas veces le hacen más libre, como sucede en materia de prueba. De aquí que sean capaces de interpretación por analogía. La frase «la ley reputa actos de comercio» que sirve de exordio al artículo, se empleó para expresar el doble pensamiento de que, como norma de carácter público, la serie de actos de comercio no puede ser restringida por voluntad de las partes, pero puede ampliarse para comprender nuevas operaciones (2); por consiguiente, la naturaleza de las leyes mercantiles, que no son leyes de excepción, y el significado atribuido a la frase «la ley reputa» concuerdan para admitir la interpretación analógica del art. 3.

34. Este carácter demostrativo de la ley haría más que nunca útil un concepto unitario del acto de comercio, capaz de determinar la naturaleza comercial de todas las operaciones, sean enumeradas o silenciadas por el legislador. Pero la ciencia debe reconocer su impotencia para alcanzar tal finalidad.

Se suele definir el acto de comercio objetivo como el acto

MANNIS, *Handbuch*, § 14, nota 1; PAPPENHEIM, *Zeitschrift*, XXXV (1888), página 292. La cuestión no puede ya hacerse bajo el nuevo Código de 1900 que no reconoce más actos objetivos de comercio; véase LEHMANN, *Lehrbuch*, § 14.

(1) La doctrina francesa cree limitativa la enumeración del Código (artículos 631, 633, 638): LOCRE, IV, pág. 86; TROPLONG, *Des sociétés*, núm. 317; DELANGE, *Sociétés*, núms. 26, 133 y más precisamente que todos, DELAMARRE y LEPOITVIN, I, núm. 37; THALLER, *Traité élem.*, núm. 9. Pero con poca consecuencia, muchos autores franceses admiten también la interpretación por analogía; véase LYON-CAEN y RENAULT, *Traité*, núm. 104; BOISFILL, núm. 32.

(2) Memoria de MANCINI, pág. 27: «En la continua evolución de las necesidades del comercio y de las variadas formas de sus negocios creadas por la ingeniosa actividad de las industrias, queda dentro del poder del Magistrado estimar su naturaleza íntima para declararles actos de comercio. Conformes las posteriores Memorias presentadas al Senado y a la Cámara. Véase *Trabajos preparatorios*, vol. II, parte I, págs. 32 y 165; así como las Actas de la Com. preliminar, núm. 120; Casación Roma, 3 de Junio de 1897, *Ley*, II, 145; *Id.*, 18 de Octubre de 1898; Foro, I, 313; *Id.*, 16 de Agosto de 1903; *Jur. it.*, 736; Casación Turín, 30 de Julio de 1896, *Jur. it.*, 1896, 904; *Id.*, 30 de Octubre de 1902; *Jur. Tor.*, 1903, 113; Casación Turín, 31 de Agosto de 1916; *Mon.*, 1917, 46; Casación Palermo, 12 de Marzo de 1896; *Foro Rep.*, voz *Acto de com.*, núm. 2. Por tanto debo reconocer con RAMPONI, *Mon. Trib.*, 1893, 989; con SRAFFA, *Diritto com.*, 1894, 142; con BOLAFFIO, *Com.*, 2.ª edic., núm. 18; y con FRANCHI, *Com.*, núm. 31, que se podrá declarar la quiebra de un comerciante aunque su género de comercio no esté expresamente enumerado en el art. 3.

de quien se interpone entre productores y consumidores favoreciendo de este modo, con propósito de lucro, la circulación de la riqueza. Esta definición no hace más que generalizar los caracteres tradicionales de la compraventa mercantil extendiéndoles a todos los actos de comercio. Pero aunque comprende varios actos mercantiles, no consigue recoger en un concepto común todos los actos que el Código considera comerciales, fallando por consiguiente el objetivo de una definición.

En efecto, algunos actos del Código no pierden su carácter mercantil aunque carezcan de la finalidad del *lucro*: así, las obligaciones cambiarias de favor, los depósitos hechos en almacenes generales por razón agrícola o doméstica, los contratos de alquiler encaminados a expediciones científicas son actos de comercio a pesar de faltar en ellos el ánimo de realizar una ganancia (núms. 56, 73, 75). Y tampoco dichos actos verifican siempre un papel de *mediación* entre productores y consumidores, a menos que se pretenda dar a esa palabra un significado tan vago y elástico que perdería todo sentido característico. Baste considerar que la ley enumera entre los actos de comercio la adquisición a plazo de títulos de crédito, aunque el adquirente desee solamente emplear en ellos sus propios ahorros y el depósito en un almacén general aun tratándose del productor que coloca allí los frutos recogidos en su hacienda, para llegar a la conclusión de que en vano se buscará en todos los actos de comercio ese papel mediador. El último de los actos que acabamos de mencionar, lejos de constituir un acto de mediación es un acto accesorio de la producción, puesto que el productor le realiza para conservar sus productos.

La verdad es que nuestro legislador, al formar la serie de los actos de comercio no hizo un examen preliminar de la función económica de estos, sino que la formó teniendo en cuenta otras influencias bien distintas. El legislador se inspiró en la tradición histórica cuando mantuvo dentro de aquella serie actos como la letra de cambio y el comercio marítimo que, aunque hoy sirven indistintamente para cualquier necesidad de la vida social, fueron un tiempo los órganos más laboriosos de la actividad mercantil; se inspiró en nuevos intereses morales cuando adscribió a ella algunos institutos de previsión, como las unidades cooperativas y los seguros mutuos, considerando que cumplirían mejor su función bajo la tutela de la ley mercantil; se inspiró en razones de policía comercial cuando incluyó en la serie de actos mercantiles las empresas teatrales, las especulaciones sobre inmuebles, las operaciones de bolsa, todo ello con objeto de poder aplicar a estos especuladores las sanciones de la quiebra y de la bancarrota.

No es posible resumir en un solo concepto los actos variados a los que el legislador atribuye el carácter comercial; la doctrina que quiera informarse en el Derecho positivo, debe renunciar francamente a una definición que sería por necesidad inconciliable con el derecho vigente (1). Renunciando al cometido imposible, de dar una definición común a lo que es heterogéneo, tendremos un sistema más modesto, dividiendo la numerosa serie de los actos de comercio en pocas categorías, según el elemento característico (*ratio legis*) de cada una de ellas. No será un gran progreso jurídico; pero permitirá al intérprete trabajar con la ayuda de la analogía sobre cada grupo aislado, extendiendo su significación. La determinación del carácter fundamental de cada categoría constituye la razón principal de esta nueva agrupación.

35. Los actos de comercio designados por el Código y por las leyes especiales, teniendo en cuenta el carácter esencial común a los negocios comprendidos en cada grupo particular, se pueden dividir en once categorías:

- 1.º Compra y venta de mercancías.
- 2.º La constitución de Sociedades y de agrupaciones comerciales y el movimiento de sus participaciones y acciones.
- 3.º Especulaciones comerciales sobre inmuebles.
- 4.º Operaciones de crédito en forma bancaria.
- 5.º Operaciones cambiarias.
- 6.º Operaciones a plazo sobre títulos de crédito.

(1) Así también la memoria MANZINI, pág. 29: «Es fácil convencerse de que todas las definiciones propuestas son inexactas e incompletas o comunes también a muchas contrataciones civiles». D'AMELIO, *Com.*, art. 3, núm. 8; ARCANGELI, *Riv. dir. com.*, 1914, I, 596; BOLAFFIO, 4.ª edic., núm. 18; FRANCHI, *Com.*, números 27 y 28; LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, núm. 28, *Traité*, I, núms. 103, 99: «No se puede formular una definición de los actos de comercio sin contradecir los textos dispositivos de la ley»; ROCCO, *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 81, ha reanudado esta tentativa basando el acto de comercio objetivo en el carácter de mediación, pero su trabajo ha quedado incompleto y por tanto, hasta ahora, no se ha conseguido hallar un concepto unitario; THALLER, *Faillites*, I, pág. 163; ENDEMANN, *Deutsches Handelsrecht*, § 4 y BEHREND, § 3 y 6, pág. 11: *Eine scharfe Sonderung des Handels von dem sonstigen Verkehr nicht durchführbar ist*; LEHMANN, *Lehrbuch*, § 2, IV; SMITH, *Introd.*, pág. LXIII: *The division between mercantile law and other parts of the law of contract must necessarily be somewhat arbitrary*. Las ingeniosas tentativas hechas por GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, 2.ª ed., § 41, para llegar a una definición precisa del acto de comercio, continuadas en nuestro país por MANARA, núms. 16-20, no formaron escuela ni siquiera en la doctrina alemana, si bien el Código alemán presentase en el art. 271 una serie de actos de comercio mucho más restringida y homogénea que el nuestro. Esta tentativa fué llevada por THALLER al Derecho francés (*Anales*, 1895, II, 184), pero también dicho autor reconoce que *l'exuberance de la loi italienne ne comporte une construction d'ensemble*.

- 7.º Empresas industriales y comerciales.
- 8.º Los depósitos comerciales.
- 9.º Los seguros.
10. Operaciones referentes a la navegación.
11. Operaciones accesorias a las precedentes, como la prenda, la fianza, la mediación y la expedición.

Núm. I.—*Compra y venta de mercancías*

Sumario.—36. Requisito común a las compras y a las ventas.—37. Requisito específico de las compras: la intención de revender.—38. La intención del lucro es connatural, no esencial al negocio.—39. Compra para trabajar la mercancía comprada.—40. Compra para alquilar.—41. Objeto de la compra.—42. Aplicaciones extensivas.—43. Venta o alquiler de mercancías compradas con la intención de revender o de alquilar.—44. Venta de mercancías que se compran sucesivamente. Venta al descubierto.—45. Venta verificada por una persona distinta del comprador.—46. El contrato estimatorio.

36. El elemento característico de estos negocios está en que deben ser considerados por quien los verifica como negocios comprendidos en una serie sucesiva de cambios. Tal es la compra mercantil que constituyendo por sí un acto de cambio prepara en la mente de quien compra un cambio ulterior; tal es la venta que siendo por sí un acto de cambio realiza en la mente del que vende un cambio anterior.

Para poner de manifiesto la diferencia entre estas compras y ventas y las de carácter civil, hace falta analizar separadamente la compra y la venta.

37. A. La compra de mercancías.—Lo que distingue esencialmente la compra comercial de la civil es la *intención* del comprador de vender o de alquilar la casa comprada; el cambio del dinero por la mercancía que verifica el comprador debe ser realizado con el propósito de añadir un cambio a la cadena de cambios. Tal es la operación corriente del tendero que se interpone entre el productor y el que consume, buscando proveer las necesidades ajenas y realizar una especulación sobre las mercancías que pasan por sus manos. Por consiguiente, no constituye acto objetivo de comercio la compra hecha para el propio consumo o para el de la propia familia.

Hace falta que la intención de revender sea *contemporánea* a la adquisición; de donde resulta que el acto sigue siendo comer-

cial aunque el comprador se valga más tarde de las cosas compradas para su propio uso, y por el contrario, no adquiere el carácter comercial aunque el comprador revenda posteriormente las cosas que compró para su uso particular. La primera intención es la que caracteriza al negocio. El ánimo de revender no deja de ser contemporáneo a la adquisición aun cuando el que compra haya ya vendido precedentemente la cosa que adquiere (por ejemplo, venta de cosa ajena), con tal que la intención de revender continúe en el acto de la compra.

El propósito de reventa debe ser el motivo *principal* de la adquisición. De aquí se deduce que no es mercantil la adquisición para revender cuando la actividad del que compra no va dirigida a verificar un ulterior acto de cambio, sino a desarrollar su propio trabajo; por ejemplo, a ejercer un arte, una profesión, cual sucede con quien compra cuero, madera, paño, mármol, etc., para trasformarles con su propio arte de zapatero, carpintero, sastre, escultor, relojero, fotógrafo o modisto (1). En estas hipótesis no hay reventa de la misma cosa comprada sino de una cosa diferente, porque el trabajo del artesano o del artista transforma la mercancía en otra distinta y no nos hallamos dentro de lo previsto en el art. 3, núm. 1.º que supone la reventa de la misma cosa comprada, si bien puede ser trabajada o puesta en obra. La identidad de la cosa comprada con la vendida (café tostado, joyas engarzadas) es necesaria si no queremos caer en otras figuras de actos de comercio, por ejemplo, en la empresa manufacturera.

La intención de revender, propia del comprador, debe ser *reconocible* por el vendedor, por consiguiente debe figurar extrínsecamente y objetivamente en el contrato, porque al definir los contratos y sus efectos sólo se puede tener en cuenta la intención de los contratantes (art. 1.131, del Código civil). Si a propósito de los actos de comercio subjetivos la ley quiere que, para

(1) Apelación Venecia, 10 de Marzo de 1893, *Temi veneta*, 169 (Zapatero); Apelación Catania, 18 de Marzo de 1901; *Mon.*, 516 (Carpintero); Casación Roma, 20 de Marzo de 1879; *Foro*, 1910 (Barnizador); Apelación Nápoles, 19 de Junio de 1891; *Foro*, 949 (Sastre); Casación Roma, 4 de Febrero de 1903; *Cas. única*, 507 (Litógrafo); Apelación Venecia, 30 de Enero de 1908, *Temi*, 258 (Dentista). Así, tampoco es comercial la adquisición de medicinas, géneros alimenticios o telas para un establecimiento sanitario o de educación: Apelación Génova, 13 de Diciembre de 1895; *Temi genov.*, 725. Según mi parecer es comercial la compra de tabacos o de sal para revenderles: aquí el estanquero no tiene otra misión ni otro propósito que revender; no transforma la mercancía con ningún procedimiento, sino que debe revenderla tal como la ha comprado: Conforme Casación Roma en materia penal de 26 de Septiembre de 1903; 26 de Marzo de 1912; *Foro il.*, 11, 462; *id.*, 224, contra BOLAFFIO, 4.ª edic., núm. 108.

calificar su naturaleza mercantil, sólo se tenga en cuenta lo que resulta del acto mismo, es decir, las circunstancias deducidas del contrato, esto valdrá también, por necesaria razón de analogía, para los actos objetivos (1).

El ánimo de revender puede ser *reconocible* por la cantidad o por la calidad de la mercancía, por la declaración expresa de los contratantes, por la forma de pago, por la profesión comercial del comprador, por las relaciones precedentes, por la forma del contrato, por el lugar en que el negocio es verificado o en que debe hacerse la entrega de las mercancías. Cuando la intención de revender surge de circunstancias contractuales que ninguna de las partes podía dar a conocer, la compra no pierde el carácter mercantil por el solo hecho de no haberlas advertido el vendedor (2).

La importancia esencial que el propósito de reventa tiene en la configuración jurídica de este acto de comercio no nos permite comprender en él la adquisición de toda una hacienda comercial, porque en este caso la compra no se verifica con ánimo de revender. Pero para evitar el absurdo lógico y práctico de considerar como comerciales los actos aislados que proveen a la hacienda de las mercancías necesarias para la reventa, y no la adquisición de la hacienda misma que es el presupuesto necesario de aquel comercio, se recurre a la otra figura jurídica dibujada en la compra o arrendamiento de inmuebles realizadas con fines de especulación mercantil (núms. 50 y 51).

38. La intención de obtener una ganancia sobre la diferencia del precio es consustancial a la compra mercantil, puesto que nadie querrá perder el tiempo ni el dinero. Pero aun en el caso de que el comprador no tenga el propósito de realizar una ganancia, el negocio continúa siendo mercantil si dicho comprador ha comprado con la intención de revender. Es la intención de revender la que, según la fórmula del legislador, debe buscarse en quien compra, y ella se manifiesta por lo general en las circunstancias externas del negocio, no en el ánimo de lucro que nos conduciría

(1) En contra: TARTUFARI, *Comm.*, núm. 9, quien se contenta con la intención del comprador y cree que no se debe averiguar si el vendedor podía conocerla.

(2) Casación Turín, 12 de Diciembre de 1887; *Monit. Trib.*, 1888, pág. 63; Casación Turín, 13 de Julio de 1889; *Giurisp. Tor.*, 1889, 574; PARDESSUS, número 12; LYON-CAEN y RENAULT, *Traité*, núm. 114; GOLDSCHMIDT, I, § 14, notas 67-71; BERREND, § 24, 141; ENDEMANN, *Handbuch*, I, § 14, notas 67, 71; GAREIS UND FUCHSBERGER, art. 271, núm. 10 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citada allí. Yo no he dicho en ninguna edición que la intención del comprador debiese ser conocida por el vendedor, como afirma FRANCHI, *Comm.*, núm. 38, nota 12; dije siempre que tanto vale que la conociera, como si debiera de conocerla.

a indagaciones llenas de incertidumbre. Cuando el legislador quiere hacer del ánimo de lucro un elemento del negocio mercantil, lo dice claramente, como ocurre con la compra y la venta de bienes inmuebles (art. 3, núm. 3). Si en la serie demostrativa del Código figuran muchos actos en los que puede faltar el propósito de ganancia, como en las obligaciones cambiarias, en los seguros mutuos o en la navegación, no es lícito deducir de nuestro sistema legislativo el principio general de que todo acto de comercio debe ser un acto de especulación, y por tanto no se puede aplicar ese principio allí donde el legislador no lo ha querido expresamente. La doctrina que pretende introducir el elemento esencial de la especulación en la compra mercantil es contradicha por el texto legal y carece de todo apoyo en las normas generales seguidas por el Código de comercio; se debe pues eliminar este elemento, ya que sólo podría mantenerse gracias a una tradición abandonada por el legislador. Al enumerar el Código entre los actos de comercio los realizados por el Estado o por los Ayuntamientos en los que falta generalmente la intención de especular (art. 7), demuestra claramente que no quiso hacer de dicha intención un elemento esencial del acto mercantil. Puesto que el Estado, las Provincias, los Municipios verifican actos de comercio objetivos (y todos lo reconocen) cuando con el fin de proveerse de géneros para prevenir los daños de una carestía fletan una nave que les conduzca (art. 3, n. 18), cuando al objeto de conservarles les depositan en los almacenes generales (art. 3, núm. 24), cuando se obligan cambiariamente para pagar el precio (art. 3, núm. 12), ¿cómo podría admitirse que todos estos actos, económicamente accesorios de la venta, fuesen mercantiles y la propia venta tuviese carácter civil? La opinión dominante formada sobre las precedentes fuentes legislativas me es contraria. Pero desde el momento en que los Códigos modernos tomaron como base de su sistema los actos de comercio objetivos, aislados, y estos así considerados no introducen ninguna variación en su estructura técnica o jurídica, exista o no en la mente de quien les verifica el ánimo de lucro, habrá que concluir que el legislador o el intérprete están justificados si no tienen en cuenta esa circunstancia (1).

(1) Esta es la jurisprudencia que prevalece hoy. Casación Nápoles, 11 de Marzo de 1873; *Foro*, 401; Casación Palermo, 24 de Marzo de 1892; *Giurisp. Giuri.*, 63; Tribunal Bolonia, 12 de Marzo de 1895; *Foro*, 412; Casación Turín, 6 de Noviembre de 1903; *Cons. Comm.*, 904, 21. PAPA D'MICO, *Teoria sociologica e giuridica del commercio*; del *Archivio Giuridico*, 1883, parte 11, núm. 1.º; THALLER, *Annalez*, 1895, 11, 186, 187; *Tratté élém.*, 2.ª edic., núm. 21; y algunos escritores alemanes: VON HAHN, 2.ª edic., págs. 17-21, 30, 33; ENDEMANN, *Handbuch*, 1, § 14, notas 3, 45, 49; BEHREND, § 26, nota 22. En contra de una doc-

De la doctrina expuesta se deduce que deben estimarse como compras mercantiles:

1.° las hechas con pérdida segura, por ejemplo, para vencer una competencia o para completar un surtido (1);

2.° las realizadas para procurarse dinero aun cuando se verifiquen con la intención de revender las mercancías compradas, por bajo de su precio corriente (2).

3.° las llevadas a cabo por el Estado o por otras Corporaciones morales para atenuar con la venta los daños de una carestía o para difundir más fácilmente con la reducción de precios el uso de nuevas máquinas agrícolas, de abonos artificiales, etc., etc.

4.° las del industrial que revende los géneros alimenticios a sus obreros, aunque lo haga al precio de compra con objeto de librar a éstos de la avidez de los comerciantes al detalle, abreviar el tiempo del descanso o de la comida, etc., etc.

5.° las de las Sociedades cooperativas, sea que vendan al precio de costo aumentado con los gastos, sea que vendan al precio corriente. En ninguno de los dos casos tiene la empresa propósito alguno de ganancias, inspirada como está en un fin de previsión social, pero esto no influye en la estructura técnica y jurídica de la compra. Si ante la moderna tendencia a sustituir el costoso trabajo de los comerciantes por el desinteresado del Estado o de los entes morales o cooperativas escapasen estos al Derecho mercantil, no solo se iría restringiendo cada vez más el campo de acción del Código de comercio en la actuación capitalista, sino que se le sustraería a las influencias éticas más nobles

trina muy apreciada antigua y moderna: VIDARI, 4.ª edic., 1, vol. 1, núms. 16 y sigs.; MANARA, núms. 18, 21 y sigs.; BOLAFFIO, *Comm.*, 2.ª edic., núm. 24; TARTUFARI, *Comm.*, núms. 6, 7; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 115; BOISTET, núm. 34; GOLDSCHMIDT, § 40, notas 14, 17; § 47, notas 45-52. Pero esta doctrina, que identifica la intención de vender con la de ganar, debe ser examinada de nuevo frente al Código vigente que al formar la serie de los actos objetivos no tuvo solamente en cuenta su función económica sino también otras razones prácticas (véase núm. 34). La doctrina que combatimos fué acogida expresamente en algún Código extranjero; véase Código español, art. 325. «La compra debe considerarse comercial cuando se haya realizado con la intención de obtener una ganancia en la reventa»; Código de Méjico, art. 218; Código del Perú, art. 297.

(1) En esto están de acuerdo los que creen que no existe compra comercial sin propósito de lucro, porque este propósito aparece cuando se relacione aquel acto con el ejercicio comercial del que forma parte.

(2) Art. 856, núm. 3.º. Sin embargo no sería objetivamente comercial el acto del que toma del deudor insolvente los muebles a título de pago; véase Tribunal de Roma, 2 de Mayo de 1883; *Temí romana*, 1883, 715. Aquí la adquisición no mira al acto posterior de la reventa, sino a concluir un negocio ya empezado, a extinguir una obligación precedente: es una *receptio in solutum*, no una compra.

y laboriosas que van trasformando el actual ordenamiento económico.

Naturalmente, quedan excluidas de las compras mercantiles las *compras para dar*, aunque la donación esté disimulada con las formas de una venta.

39. La compra es comercial aun en el caso en que el adquirente se proponga trabajar o manipular la cosa comprada antes de revenderla, siempre que no la transforme en otra distinta, pues entonces no se trataría de una compra dirigida a una reventa, sino de una compra encaminada a la venta ulterior de un nuevo producto (núm. 37).

40. La compra es mercantil aun cuando el adquirente tenga intención de arrendar la cosa comprada; tal es el caso de quien adquiere libros para uso de bibliotecas circulantes, caballos y coches para ejercer un servicio público de trasportes, muebles para colocarlos en habitaciones, vestidos para artistas de teatros, trilladoras para alquilar a los agricultores (1).

41. El objeto de este negocio puede ser cualquier cosa mueble que tenga en sí un valor de cambio: los *géneros* o productos que vienen directamente de la tierra y son destinados al inmediato consumo; las *mercancías* o todos los demás objetos muebles que llevan en sí su propio valor (naves, máquinas, utensilios domésticos) (2); los *títulos de crédito circulantes en el comercio* o documentos necesarios para ejercitar el crédito que en ellos se menciona, entre los cuales están principalmente las obligaciones del Estado, los títulos inmobiliarios y agrícolas, las obligaciones emitidas por Sociedades mercantiles, Provincias, Municipios, los títulos de empréstitos emitidos por Gobiernos u otras entidades extranjeras.

Desde que la ley de 20 de Marzo de 1913, sobre las Bolsas imprimió (art. 47) carácter comercial a todas las compras y ven-

(1) Corte de Apelación Turín, 30 de Junio de 1883; *Monit. Trib.*, 1883, 1.107; Apelación Florencia, 31 de Mayo de 1902; *Foro*, Repr. Palabra: *Acto de comercio*, núm. 6.º

(2) También la compra de agua para revenderla para uso potable, industrial, higiénico: Apelación Génova, 30 de Diciembre de 1882; *Foro ital.*, 1883, 181; *Id.*, 17 de Diciembre de 1888; *Temi genov.*, 1889; Casación Turín, 29 de Diciembre de 1889; *Temi gen.*, 1890, 99. También la compra de productos de las industrias extractivas, como piedras y minerales; la compra de animales, de patentes de invención, de obras de arte. No se puede por lo tanto concluir que la palabra *merraderías* se refiera tan sólo a los productos de la industria manufacturera, como dice FRANCHI, *Comm.*, núm. 43.

tas a plazo, de títulos de crédito, la disposición del art. 3, números 1.º y 2.º relativa a los títulos de crédito circulantes en el comercio ha conservado su eficacia *sólo para las operaciones al contado*. Respecto a las realizadas a plazo sobre dichos títulos, la disposición de la ley citada ha absorbido en una esfera más amplia la operación de compra y venta prevista por el Código de comercio.

Para juzgar si un título de crédito, por ejemplo, una libreta de ahorros, una póliza de seguro sobre la vida, circulan habitualmente en el comercio, hace falta tener en cuenta no sólo la forma y el contenido del título, sino también el uso general o local; que sean cotizables en Bolsa o que circulen bajo la forma de títulos nominativos a la orden o al portador, es por completo indiferente.

Cualquiera que sea el objeto de la compra ésta no queda incluida en el grupo que examinamos si no va acompañada de la intención de revender. La circunstancia de que el objeto de la compra sea un título al portador, es decir, un título destinado por lo general a la venta, no basta para dar a dicha compra carácter comercial; se precisa la intención efectiva, personal, de revender, no es suficiente una intención probable o posible; faltaría entonces toda presunción legal en el sentido de que el que compra un título al portador tenga el propósito de revenderle (núm. 57).

42. *Aplicaciones extensivas.*—Puesto que el motivo del carácter mercantil de la compra radica en la naturaleza de la operación de cambio dirigida a un cambio posterior, se deberá considerar como comercial, a más de la compra para revender, la permuta, la adquisición de mercancías tomadas voluntariamente como pago, los pedidos de mercancías, por ejemplo, de máquinas a una fábrica, cuando estas operaciones van acompañadas del ánimo de reventa.

43. B. *Venta y arriendo de mercancías compradas con la intención de revenderlas o de arrendarlas.*—Mientras que, por regla general, el Código concentra en un solo grupo el negocio con que se inicia y se última una operación comercial (como en las operaciones de Banca), aquí distingue la compra que inicia el negocio de la venta que le lleva a efecto, aunque compra y venta se hallen coordinadas entre sí por un solo propósito económico y una sola intención. También en este caso el elemento esencial es la intención: es indispensable que el vendedor haya comprado precedentemente con el propósito de revender o de arrendar, o

más sencillamente, que la venta haya sido precedida de una compra mercantil (1). Por consiguiente no podrá reputarse mercantil la venta de productos de la hacienda hecha por el propietario, por el cultivador (art. 5); ni la venta de los productos de una mina (2), de una salina, de una pesquería, a menos que estos actos sean verificados en el ejercicio de una empresa comercial.

44. Es mercantil la venta o el arriendo aun en el caso en que la compra de la cosa vendida, necesaria para verificarles, sea hecha por el vendedor después de haber vendido o arrendado, en vista de la obligación contraída. Dos razones jurídicas pueden aducirse para comprender entre los actos de comercio estas ventas realizadas al descubierto. En primer lugar, que son también dominadas por la intención de verificar un acto de cambio enlazado con otro acto de cambio, circunstancia característica de las ventas mercantiles; pueden pues ser consideradas en este grupo ateniéndonos al carácter demostrativo del art. 3. En segundo lugar, diciendo el art. 549 del Código de comercio que la venta no deja de ser comercial cuando se vende la cosa ajena y se procede después a su adquisición, la ley, interpretada por sí misma, resuelve la cuestión (3).

45. La venta no pierde el carácter mercantil aun cuando se efectúe por una persona distinta de quien ha comprado, siempre que el vendedor explote la misma hacienda del comprador como sucesor o como representante; así, es comercial la venta de mercancías pertenecientes al quebrado, hecha por el curador (4).

46. *El contrato estimatorio* (5).—Este contrato aparece cuando

(1) Por eso no es comercial la venta, hecha por un autor, del papel que había comprado para publicar un trabajo interrumpido; véase Casación Turín, 26 de Abril de 1872; *Mon.*, XII, 512.

(2) Apelación Casale, 20 de Marzo de 1885; *Consul. Com.m.*, 133; Apelación Florencia, 4 de Diciembre de 1890; *Annali*, 1891, 279; Apelación Milán, 26 de Junio de 1893; *Foro*, 1.069; Casación Roma, 8 de Junio de 1894; *Foro*, 697. La regla del texto no deja de ser aplicable por la sola circunstancia de que la excavación y la venta sean practicadas por una sociedad anónima. En contra: Casación Florencia, 7 de Marzo de 1898; *Temi ven.*, 217.

(3) Cfr. D'AMELIO, *Com.*, núm. 21; SGIALOJA, *Foro ital.*, 1902, 1, 278; TARTUPARI, *Com. venta.*, núm. 8.º

(4) Apelación Milán, 26 de Junio de 1893, *Foro*, 1.079; Casación Roma, 8 de Junio de 1894, *Foro*, 697; Contra, FRANCHI, *Com.*, núm. 38, nota 10; Apelación CATANZARO, 20 de Abril de 1888, *Cons. com.*, 148.

(5) Para la historia y la dogmática véase COVIELLO, *Riv. ciencias jurídicas*, XV, pág. 398 y sig.; LIEBERT, *Zum contractus aestimatorius*, 1890; DEVENBURG, *Bürgerliches Recht*, 3.ª edic., Halle, 1906, II, 385 y sig. Ni el Código civil ni el Có-

alguno, por lo general un tendero, toma en custodia una mercancía (por ejemplo, objetos preciosos, antiguos o usados) para venderla a un precio mínimo fijado, con la obligación de restituir la cosa o de pagar el precio; una estimación personal de su valor es el signo característico. El que está encargado de la venta corre con los gastos de custodia y de venta y eventualmente con los riesgos del fío, hallando la compensación en el exceso de precio que realiza con la venta. La mercancía estimada permanece en propiedad del depositante hasta que sea vendida o hasta que declare el comerciante que la retiene para sí por comprarla él mismo; la estimación que acompaña al contrato excluye todo abuso y aproxima este caso al del comisionista que compra las cosas que está encargado de vender (art. 386).

El contrato en cuestión no entra en el cuadro de las ventas mercantiles porque la venta que hace el depositario por cuenta del depositante, no fué precedida de una compra realizada con el propósito de revender: imagínese el caso de una señora venida a menos que vende por medio de un comisionista un collar precioso a otra señora rica. En esta venta falta el elemento esencial de la compra hecha precedentemente con el fin de revender (artículo 3, núm. 2); existe el acto de cambio, pero falta el cambio anterior que le prepara; no nos encontramos ante un negocio incluido en una cadena de transferencias y por consiguiente no se puede aplicar la analogía de este caso con el carácter esencial de la venta mercantil.

No obstante, el acto podrá incluirse entre los actos de comercio como depósito por causa de comercio (art. 3, núm. 23) o como subjetivamente comercial, por la intervención de aquel que se encarga de la venta, el cual generalmente es un comerciante.

Núm. 2.—*La constitución de Sociedades comerciales y todas las operaciones que se verifican sobre sus participaciones y acciones*

Sumario.—47. Elemento esencial de este grupo.—48.—Aplicaciones.—49.—La compra-venta de obligaciones no constituye por sí misma un acto objetivo de comercio.

47. La naturaleza mercantil de todos los actos que sirven para constituir o para transformar una Sociedad comercial se deduce del

digo de comercio alemán hablan de ello; la nueva doctrina alemana le considera como acto de comercio sólo cuando forma parte de una hacienda comercial; DERNBURG, 11, 385; MAKOWER, 12, edic. 1.º, 17. Por su carácter objetivamente comercial: D'AMELIO, *Com.*, núm. 21 bis; contrario BOLAFFIO, *Riv. dir. com.*, 1919, 1, pág. 393, núm. 2.º que le considera acto objetivo de comercio.

art. 8 que la declara comerciante; y la naturaleza mercantil de las operaciones que se verifican sobre sus participaciones o acciones se desprende del art. 3, núm. 5.º El motivo de esta última disposición no es ya, como en la compraventa de mercancías, que se trate de un acto de cambio dirigido a otro acto de cambio ulterior, sino la naturaleza del título cuya adquisición expone al que la verifica *al mismo riesgo de ganancias o de pérdidas a que está expuesta la entidad social*. Todo negocio por el que se toma parte en los resultados patrimoniales de una Sociedad comercial tiene carácter mercantil. Este es el fundamento de la ley que debe proporcionar punto de apoyo para la interpretación.

Se dijo en los trabajos preparatorios (acta núm. 123) y se repite autorizadamente con ellos (1) que estos negocios deben considerarse como comerciales porque «constituyen o disuelven la relación social de quien compra y de quien vende la acción». El argumento no tiene consistencia, porque el vínculo jurídico que es objeto de la cesión no desaparece sino que pasa íntegramente del cedente al cesionario, siendo la cesión traslativa, no constitutiva de derechos: si la cesión disolviese el vínculo jurídico, aunque fuese por un instante, faltaría el objeto de la cesión. Es verdad que el cedente queda liberado de su carácter de socio, pero esto no sucede porque se disuelva el vínculo jurídico existente entre él y la Sociedad, sino porque pone a otro en su lugar; puesto que recibe en cambio, como generalmente ocurre, un equivalente, ello significa que la relación de Sociedad, objeto de la cesión y de la compensación recibida, continúa subsistiendo.

La diversidad del motivo conduce a la diversidad de efectos, porque si la razón de la ley estuviese en la constitución o en la disolución del vínculo social, no habría acto de comercio en la cesión de una participación de Sociedad en nombre colectivo no aprobada por la Sociedad misma y por tanto inexistente para ella (art. 79); no habría acto de comercio en la cesión de una acción nominativa no registrada y por consiguiente inexistente para la Sociedad (art. 16 a); y tampoco le habría en el contrato de prenda constituido sobre las acciones.

48. De lo que, de modo evidente, acabamos de exponer se deducen estos resultados:

a) Es mercantil la adquisición de participaciones o de acciones, bien se haga a título oneroso, bien a título gratuito; sea al contado, sea a crédito; sea para un empleo estable, sea para re-

(1) FRANCHI, *Com.*, núm. 53; BOLAFFIO, 4.ª edic., núm. 38; D'AMELIO, número 4.º, pág. 37.

venderlas; tanto si el equivalente es pagado en dinero como si es pagado con bienes muebles o inmuebles, con su propiedad o con su disfrute (1); tanto si pertenecen a una Sociedad regular como si pertenecen a una irregular (2); tanto si están representadas por títulos como si lo están por registros en los libros sociales.

b) Es mercantil la suscripción de participaciones o de acciones, sea para la constitución originaria de la Sociedad, sea para aumentar su capital.

c) Es mercantil la cesión de participaciones o de acciones, lo mismo a título oneroso que a título gratuito; tanto si la cesión tiene lugar con el consentimiento de otros socios como si se realiza ignorándolo estos (art. 79, Cód. de com.; art. 1.725, Código civil). así como su reembolso, total o parcial, verificado en pos de devolución o liquidación.

d) Lo son también los contratos de prenda sobre las participaciones o sobre las acciones, sean nominativas o al portador, puesto que dicho contrato lleva consigo el derecho a la venta, da derecho al cobro de dividendos, y eventualmente al cobro del capital, haciendo así participar al acreedor pignoraticio en los resultados del ejercicio social aunque sólo sea a título de garantía (3).

e) Lo son igualmente los *consorcios* y los *sindicatos* para la emisión y colocación de las acciones. Mediante estos contratos los gestores se obligan a colocarlas a un precio no inferior al valor nominal, o a adquirirlas a un precio mínimo, previamente fijado, si no encuentran quien las tome. Hay un contrato de venta, condicionado a la no colocación de las acciones y combinado con la

(1) Casación Turín, 10 de Agosto de 1867; *Giur. for.*, 258: «La naturaleza comercial de la acción está en la acción misma, no en la naturaleza de la deuda que se extingue con la cesión de la acción».

(2) Las Sociedades irregulares no están sujetas a todas las normas de Código vigente referentes a las Sociedades irregulares, salvo las sanciones que recaen sobre ellas por su irregularidad (vol. II, núm. 330); Apelación Génova, 11 de Junio de 1852; Casación Turín, 7 de Marzo de 1885; *Giurisp. it.*, 1852, 589; 1855, 221; D'AMELIO, *Com.*, núm. 5; BOLAFFIO, núm. 38, 39.

(3) Art. 45. En sentido opuesto Apelación Venecia, 24 de Julio de 1888; *Temí veneta*, 415; Casación Florencia, 25 de Marzo de 1889; *Temí veneta*, 190. También yo me adherí a esta opinión en las anteriores ediciones de mi Tratado puesto que señalaba como motivo esencial de este grupo de actos de comercio la naturaleza del vínculo social que se crea o se disuelve. Era lógica consecuencia de este motivo que la pignoración de acciones no se debiese considerar como comprendida en dicho grupo porque el contrato de pignoración ni estrecha ni disuelve el vínculo social. Pero señalada por la ley la causa en la naturaleza esencialmente comercial de la participación o acción, en virtud de la parte con que ésta contribuye a los resultados de la hacienda social no hay razón para excluir de este grupo al contrato de prenda.

obligación de actuar seria y lealmente para lograr el fin propuesto (1).

49. Como es natural, este carácter comercial no se extiende a los negocios que tienen por objeto las obligaciones emitidas por una Sociedad mercantil. No faltarán corrientemente otros grupos de negocios mercantiles en donde adscribir la operación, tales la compra para revender, la operación a plazo sobre títulos de crédito (núm. 58), el acto subjetivo verificado por la Sociedad emitente (art. 4); pero la compra y la venta de obligaciones, realizada entre personas no comerciantes carece, por lo general, de carácter mercantil.

Núm. 3.—*Las especulaciones comerciales sobre inmuebles* (2)

Sumario.—50. Carácter esencial.—51. Aplicaciones extensivas.

50. Es indispensable en estos negocios la intención de *realizar sobre los inmuebles una especulación comercial*. Esta intención de especular bajo la forma mercantil ha de existir en el momento en que se contrata sobre el inmueble y debe ser reconocible por la parte contraria; el destino del inmueble, su importancia, el momento del negocio, el riesgo de ganancias o de pérdidas que le acompaña superior al riesgo de los asuntos civiles, su conexión con otros negocios congéneres, pueden poner de manifiesto el

(1) Cfr. ANGELONI, *J. Sindacati finanziari*, núms. 43, 74, 78, 95.

(2) Sobre la conveniencia de dar carácter comercial a estas operaciones, véase MANGINI, *Relazioni*, págs. 31-37. La jurisprudencia y las legislaciones extranjeras continúan en su mayoría excluyendo del número de los actos comerciales las contrataciones sobre los inmuebles; véase en Francia: LYON-CAEN y RENAULT, *Traité*, núms. 109-112; en Bélgica: NAMUR, *Le Code de Comm.*, I, núm. 39; Código de Hungría, § 262; Código de Brasil, art. 191; Código Argentina, art. 515, 516, 578s; Chile, art. 3; Perú, art. 298. El nuevo Código español (1886) a diferencia del anterior que excluía a los inmuebles del comercio, calla, remitiéndose a la jurisprudencia; véase PRUD'HOMME, *Le Code de comm. espagnol*, pág. XLVI. Ni siquiera el Código rumano que es casi literal reproducción del nuestro, se atrevió a acoger la innovación (art. 3); sólo el Código portugués (1888) ha seguido el ejemplo italiano, art. 493: «Son consideradas comerciales... las compras y las ventas de inmuebles o de derechos inmobiliarios, cuando la compra haya sido hecha con la intención de revender». El nuevo Código de comercio alemán, § 2, somete a la propia disciplina también las empresas de construcción y especulación sobre inmuebles, pero es más determinado que el nuestro, porque las somete sólo cuando por la manera como son gestionadas y por la extensión que tienen produzcan una corriente comercial de negocios.

fin especulativo, y el Juez será árbitro supremo respecto de su mérito (1).

51. Deben considerarse como actos objetivos todas las especulaciones mercantiles que se verifican sobre los inmuebles, porque el legislador, al referirse al caso más frecuente de la compra y de la venta, pretendió solamente afirmar el principio según el cual la intención de especular sobre los inmuebles bajo formas comerciales, da carácter mercantil a los negocios que se realizan respecto de dichos bienes (2). Por consiguiente habrá que considerar comerciales los actos de arrendamiento hechos con la intención y las proporciones de una especulación comercial, por ejemplo, una exposición, el arriendo de un teatro, de un taller, de una fuerza motriz, de una tienda. La lógica no consiente que este acto inicial y fundamental de una hacienda o de una empresa mercantil tenga carácter y disciplina jurídica diversos del carácter y de la disciplina del organismo del que es parte esencial. Merced a esta interpretación la hacienda o la empresa, desde el principio hasta el fin de su existencia, estará bajo el imperio de la misma ley comercial, y el núm. 3.º del art. 3, interpretado en esta forma, servirá para integrar las figuras jurídicas mercantiles de que se hace mención en los otros números de ese artículo (3).

(1) Sobre los caracteres y la prueba de esta intención, véase núm. 48. La intención de revender no basta para dar carácter comercial a la compra de un inmueble. «Se precisa (dice la *Memoria*, MANCINI, pág. 36) que la operación o más propiamente una serie de operaciones parecidas, por su naturaleza y extensión o por el destino de los edificios y en todo caso por la intención de las partes, se propongan realizar una verdadera y notoria especulación comercial, de la que quedan Jueces y estimadores los Magistrados». Según MANARA las palabras «por especulación comercial deberían considerarse como un pleonasmo legislativo (ib. cit., núm. 21, nota); pero aceptando mi opinión, que excluye de los elementos esenciales de la compra mobiliaria el propósito del lucro, se evita hacer al legislador una crítica antijurídica (véase, núm. 38).

(2) Véase MANCINI, págs. 35, 36 de su *Memoria*; *Memorias Parlamentarias Lavori prep.*, vol. II, parte I, pág. 166; MANARA, núm. 112 y sigs.; VIDARI, 4.ª edic., vol. II, núms. 1.885, 1.587; SCOTTI, *Monit. Prib.*, 1885, 617; Casación Roma, 18 de Diciembre de 1884; *Mon.*, 1885, 474; Casación Roma, 28 de Mayo de 1897; *Giurispr. ital.*, 662, nota; Casación Roma, 2 de Diciembre de 1905; *Cass. comm.*, 1905, 269; en contra: BOLAFFIO, *comm.*, 4.ª edic., núm. 530, 31.

(3) Art. 3, núms. 1, 2, 6-10, 13, 21, 24. Véase además, núm. 45; Casación Roma, 3 de Junio de 1897, *Monit.*, 784; Apelación Venecia, 17 de Julio de 1896; *Tem. veneta*, 437; Casación Nápoles, 13 de Febrero de 1894; *Giurispr. Tron.*, 371; Apelación Venecia, 6 de Diciembre de 1892, *Monit.*, 93, 612; Apelación Milán, 4 de Abril de 1893; *Mon.*, 655; Apelación Milán, 7 de Marzo de 1888; *Mon.*, 314; Casación Roma, 18 de Diciembre de 1884; *Mon.*, 85, 474; Apelación Milán, 27 de Diciembre de 1884; *Monit.*, 85, 813; si la mayor parte del inmueble está destinada a la habitación, uso, el acto es civil: Apelación Turín, 8 de Agosto de 1895; *Mon.*, 814; Apelación Milán, 13 de Marzo de 1897; *Monit.*, 351; Apelación

Imprimiendo carácter comercial a las especulaciones sobre los inmuebles, el legislador, nada cambia en el ordenamiento civil de la propiedad inmueble, respecto de los títulos de adquisición de la misma (usucapión) y de la forma y la publicidad de las transferencias (1).

Núm. 4.—*Las operaciones de crédito en forma bancaria*

Sumario.—52. Definición de las operaciones de crédito.—53. Las operaciones de banca.—54. Las operaciones de crédito mobiliar.—55. Bancos de préstamos sobre prendas.

52. *Operación de crédito* es aquella en que se verifica una prestación (principalmente dinero) con la confianza de una contraprestación futura: en toda operación de crédito es esencial un intervalo de tiempo entre las dos prestaciones. Constituye pues la antítesis de la operación *al contado* donde ambas prestaciones se realizan contemporáneamente.

Las operaciones de crédito cumplen la función de hacer pasar los capitales de manos de quien no sabe emplearlos con el debido provecho a quien puede hacerlos más productivos, por ejemplo, a los comerciantes; de hacerles pasar de los países en que sobran a aquellos otros en que escasean. Las operaciones de crédito procuran además el capital necesario para la creación de nuevos centros de vida económica, cuales son las Sociedades comerciales, por lo que favorecen el desarrollo de la industria y del comercio no sólo procurando directamente a la una y al otro los capitales que necesitan, sino también creando las Sociedades que deben explotarles.

No todas las operaciones de crédito son actos de comercio; lo son solo aquellas que se verifican con la forma *bancaria*. El elemento general que distingue este grupo es la operación de crédito; el elemento específico es el carácter bancario de la operación.

*Milán, 15 de Marzo de 1897; *Monit.*, 99, 469. Sin embargo si ha sido contratado por quien es ya comerciante se presumirá comercial: Apelación Venecia, 25 de Agosto de 1898; *Foro*, 1,370; Apelación Roma, 5 de Abril de 1904; *Rass. comm.*, 1904, 181; Apelación Bologna, 17 de Julio de 1906; *Temi ven.*, 608.

(1) Esto se deduce del art. 44 y más claramente de la *Memoria MANCINI*, pág. 36: «El Código de comercio tuvo cuidado de no perjudicar el escrupuloso mantenimiento de las garantías de forma y de prueba prescriptas por el Código civil que son por cierto compatibles con la índole del acto comercial, como lo atestiguan las disposiciones poco diferentes que rigen igualmente en el Código de comercio la enajenación de los buques y los registros y transcripciones de los contratos que se refieren a ellos».

Hace falta encontrar el apoyo de ambos para aplicar la regla de la analogía.

53. *Las operaciones de banca* (1).—El capital, mediante una operación de crédito, puede pasar directamente de quien le posee en abundancia a quien tiene necesidad de él, como sucede a menudo en los mutuos hipotecarios, en las emisiones de obligaciones hechas por una Sociedad emisora y en la emisión de títulos de deuda pública realizada por el Estado. Pero por lo general el capital se recoge y se coloca, lo mismo en el interior que en el extranjero, por conducto de los Bancos, que verifican constantemente una obra de mediación entre quien dispone de capital sobrante y quien le necesita.

La Banca es el establecimiento comercial que recoge los capitales para distribuirles sistemáticamente con operaciones de crédito. Estas operaciones, consideradas en su íntima sustancia, están ya disciplinadas por el Derecho común, como sucede con los préstamos, prendas, comisiones, descuentos, etc., etc., pero adquieren con la práctica bancaria un carácter propio que las distingue aun en el caso de ser realizadas por quien no tiene los distintivos de una empresa bancaria (2).

(1) Para las investigaciones económicas: LAMPERTICO, *Il credito*, Milán, 1884; ROTA, *Principi di scienza bancaria*, Milán, 1885; FERRARIS, *Principi di scienza bancaria*, Milán, 1902; COURCELLE-SENEUIL, *Traité théorique et pratique des opérations de banque*, 9.ª edic., París, 1905; MACFOD, *The theory and pract. of banking*, 4.ª edic., Londres, 1883; WAGNER, en *Handbuch der polit. Oekon. von Schönberg*, vol. I y III (traducido por EUSEBIO en la Biblioteca degli economisti, Turín, 1885). Para las investigaciones históricas: ROTA, *Storia delle banche*, Milán, 1869; D'AIELLO, *I depositi, le fedi di credito e le polizze dei Banchi di Napoli*, en *Filangieri*, 1882; E. LATTES, *La libertà delle banche a Venezia*, Milán, 1869; CUSUMANO, *Storia dei banchi della Sicilia*, I, Roma, 1887; FADDA, *Istituti commerciali dei Romani*; Nápoles, 1908; VOIGT, *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer*, 1897; A. DELOUME, *Les maniers d'argent à Rome*, 1.ª edic., París, 1900; 2.ª edic., París, 1892; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, vol. 1, § 10, pág. 318 y sigs.

(2) Por eso reflejan mejor la realidad de las cosas aquellos Códigos que consideran comerciales las operaciones de los banqueros sólo cuando sean ejercidas profesionalmente: Código alemán, art. 272 (Código, 1900, § 343 y § 1, número 4.º); Código húngaro, § 259, núm. 1.º; Código holandés, art. 4, núm. 3; Código español, arts. 2, 117, 123, 177, 213; ARCANGELI, *Rivista di diritto commerciale*, 1904, pág. 38 y sigs., interpreta la ley como si en el art. 11 se hubiera escrito: las empresas de banca. Algunos Códigos ofrecen una serie demostrativa: véase Código español, art. 177. «Serán por regla general comprendidos en las operaciones de Banco, los descuentos, depósitos, cuenta corrientes, los cobros, préstamos, negocios de cambio y los contratos con el Estado y los entes morales; Código portugués, art. 362.º: «Son comerciales todas aquellas operaciones de Banca que tienden a especular sobre el numerario, sobre los fondos públicos, títulos circulantes en comercio, especialmente las operaciones de cambio, arbitrajes, préstamos, cobros, aperturas de

Si bien estos negocios son ordinariamente llevados a cabo mediante un Banco, tal requisito no es exigido por la ley, la cual en otro caso, relacionando la operación con el que la efectúa, habría dicho «empresas bancarias» «operaciones de los bancos», «operaciones de los institutos de crédito». La expresión objetiva de la ley tiene realmente utilidad, porque comprende también las operaciones bancarias verificadas por entidades o personas diferentes de un Banco o de una empresa mercantil, por ejemplo, por las Cajas de Ahorro, o por los Montes de Piedad, que son institutos de naturaleza civil.

Todas las operaciones *activas* o *pasivas* de los Bancos deben considerarse comerciales. Se comprenden entre las operaciones pasivas aquellas que procuran a dichos establecimientos los capitales necesarios para propio ejercicio y en cuya virtud queda el Banco deudor y paga una compensación: tales son, especialmente, el depósito en sus múltiples formas, el redescuento, las aceptaciones bancarias, la emisión de billetes de Banco. En este último caso pagan al Estado la compensación de su privilegio, bien con servicios especiales, bien con impuestos, o bien con una participación en los beneficios. Son activas las operaciones mediante las cuales los Bancos se hacen acreedores colocando sus capitales, como los descuentos, los anticipos sobre títulos o mercancías, las garantías, los mutuos hipotecarios, el comercio de la divisa extranjera, las aperturas de crédito. Una ley económica inflexible une la naturaleza de las operaciones pasivas con la de las operaciones activas: el instituto que sustrayendo sus capitales a las operaciones pasivas a breve plazo, como los depósitos disponibles, los emplease en préstamos hipotecarios, encontraría su ruina segura el día en que los depositantes acudiesen presurosos a retirar los depósitos.

Otras operaciones bancarias son los servicios de caja por cuenta del Estado, de otras Corporaciones morales o de los particulares; la recogida y pago de las letras de cambio; la custodia de objetos preciosos; la custodia de títulos de crédito y su administración; la adquisición y la colocación de acciones para favorecer la constitución de Sociedades anónimas; la adquisición y la colocación de obligaciones a fin de facilitar grandes empréstitos públicos o privados; la explotación de loterías permitidas por el Gobierno.

Cuando la existencia de una Banca, o sea de un comerciante, queda demostrada, todas sus operaciones, incluso las que no en-

crédito, emisión y circulación de títulos fiduciarios, pagables a la vista o al portador».

tren en el campo de los negocios bancarios, se presumen comerciales (art. 4).

54. Se incluyen igualmente entre las operaciones mercantiles las realizadas por los institutos de crédito inmobiliario, los cuales son también Bancos. Trasforman el capital recogido con la venta de los títulos inmobiliarios en un capital fijo consagrado duraderamente a la propiedad inmueble rústica y urbana, y por consiguiente cumplen aquella función de mediación entre quien dispone de capital y quien le necesita, característica de toda empresa bancaria. Es más, la cumplen con una precisión y con una claridad mayor que tratándose de los otros Bancos, porque deben tener en continua correspondencia la masa de los títulos circulantes con la masa de los préstamos, reservando al capital propio una simple misión de garantía. La emisión de títulos destinados a circular en el comercio y a colocarse en las más cautas y modestas haciendas domésticas es una función verdaderamente ardua e importante de los Bancos, y resultaría extraño que los institutos de crédito inmobiliario que irradian sus títulos en toda la economía nacional, pudiesen escapar al procedimiento colectivo de la quiebra, el cual con su rigurosa igualdad y con sus severas penas tutela la suerte de los acreedores próximos o lejanos. Es una contradicción atribuir carácter comercial a las especulaciones sobre edificios urbanos (como hace el Código cuando enumera entre los actos objetivos de comercio las empresas de fábricas o de construcciones, las compras y ventas de bienes inmuebles), y someter al Derecho civil las subvenciones o las aperturas de crédito que los institutos en cuestión realizan habitualmente ayudando a los especuladores de terrenos o de casas y promoviendo la construcción y el comercio de bienes inmuebles. Si así ocurriese, sucedería que operaciones íntimamente unidas como elementos de una sola empresa económica, o sea las especulaciones sobre inmuebles y los préstamos hipotecarios destinados a facilitarlas, serían reguladas por leyes diversas, con los más desastrosos resultados para la equidad y para el derecho, por ejemplo, respecto al sistema probatorio, a la quiebra (demanda de ella) y a las caducidades procesales (1).

55. *Bancos de préstamos sobre prenda.*—Se trata de Bancos (agencias) que dan su dinero a préstamo contra garantía real de cosas muebles o de resguardos del Monte de Piedad. En este úl-

(1) En igual sentido Apelación CAGLIARI, 5 de Noviembre de 1889, *Foro* 1890, 39; BOSCO, *Foro*, 1889, 485; VIDARI, *Dir. com.*, 1888, 768.

timo caso añaden al anticipo del Monte un anticipo propio garantizado por el valor que, sobre la suma prestada por el Monte, tiene la cosa empeñada. Si el cliente no reembolsa a tiempo, rescatan en su lugar la cosa dada en prenda y con el importe de su venta se resarcen de la suma reembolsada al Monte, del propio anticipo y de los intereses, ganando lo que aún sobre.

Son Bancos de un género inferior, pero también realizan operaciones de crédito, y por tanto adquieren con su ejercicio sistemático la cualidad de comerciantes, del mismo modo que es comerciante la Banca que anticipa sobre títulos de crédito o sobre las mercancías depositadas en almacenes generales. No pueden comprenderse estos Bancos entre las agencias de negocios (art. 3, núm. 21) porque no encaminan su actividad a promover la conclusión de negocios ajenos, sino que verifican por sí mismos y en nombre propio negocios sobre prenda (1).

Núm. 5.—*Las operaciones cambiarias*

Sumario.—56. Todas las operaciones sobre las letras de cambio son mercantiles

56. *Son comerciales las operaciones inherentes a la emisión, circulación y extinción de letras de cambio y de órdenes sobre mercaderías, aunque de las cláusulas añadidas a dichos títulos resulte que la causa de la emisión fué un acto civil, ya que estas cláusulas no tienen valor cambiario.*—La razón de la naturaleza mercantil de la operación radica en la *forma cambiaria del título* sobre el que dicha operación se lleva a cabo. Por consiguiente no son objetivamente comerciales las acciones que no tienen su fundamento en el título cambiario, como la acción de enriquecimiento indebido, al menos para quien no la considera de naturaleza cambiaria, y la acción del acreedor contra el que garantizó su pago, fuera de la letra de cambio (2).

(1) La intención legislativa de considerar estas agencias como comerciantes emerge también de la ley de Seguridad pública, que obliga a la autoridad de P. S. a oír a la Cámara de Comercio antes de conceder la licencia para esas operaciones (art. 67, ley de 30 de Junio de 1889; art. 67, Reglamento de 8 de Noviembre de 1889) Casación Palermo, 24 de Marzo de 1892; *Circ. Giurid.*, 63; Apelación Turín, 27 de Mayo de 1893; *Giurisp. Torin*, 478; Apelación Nápoles, 17 de Mayo de 1895; *Temi genov.*, 412. Conf. BOLAFFIO, 4.^a ed. núm. 74.

(2) Casación Turín, 27 de Abril de 1889; *Giurisp. tor.*, pág. 709; Casación Turín, 4 de Octubre de 1894; *Monit.*, 1895, 150. Me parece al contrario errónea

Núm. 6. — *Operaciones a plazo sobre títulos de crédito y valores*

Sumario.—57. Ley del 20 de Marzo de 1913 sobre el ordenamiento de las Bolsas.—58. Análisis de la ley. Las operaciones a plazo sobre títulos de crédito.—59. Las operaciones a plazo sobre valores.

57. En el sistema del Código de comercio la compra y la venta no adquieren carácter mercantil, por el solo hecho de referirse a títulos de crédito: los títulos de crédito no tienen la virtud de dar, gracias a su naturaleza de títulos destinados a la circulación, el carácter comercial a las compras y a las ventas. Para que estas adquieran carácter mercantil es preciso que la compra vaya acompañada de la intención de revender, y que la venta haya sido precedida de una adquisición hecha con propósito de reventa (número 36 y sig.); es preciso, dicho de otro modo, que con la una y con la otra se verifique un acto de cambio dirigido al cambio. La proposición, repetida y autorizadamente patronizada en los trabajos preparatorios del Código, de comprender entre los actos de comercio las compras y las ventas de títulos de crédito, haciendo abstracción de la intención del comprador y del vendedor, no tuvo fortuna: se opuso la tradición científica formada en el Derecho francés, que siempre ha considerado como acto de comercio solo el acto de cambio dirigido al cambio ().

Pero después de treinta años dicha proposición, que debía extender desmesuradamente el campo de acción del derecho mercantil, fué puesta en vigor por la ley de 20 de Marzo de 1913 sobre las Bolsas, art. 47. Esta ley se ha justificado aduciendo un motivo de carácter público que hasta entonces no había pasado por la mente del legislador, a saber: el propósito de atri-

una decisión de la Corte de Apelación de Milano, 1.º de Julio de 1885, *Monit.*, 838, que negó carácter comercial al pago realizado con la intervención de un tercero y el consiguiente retiro de los títulos extinguidos.

(1) La crónica de los trabajos preparatorios confirma la interpretación del texto. Se propuso varias veces en el curso de dichos trabajos, primero por el Profesor CARNAZZA-PUGLISI (*Actas de la com. prel. Relac.*, núms. 77 y 123), después por la Cámara de comercio de Roma (*Resumen de observaciones y pareceres*, pág. 21), que las compras y las ventas de títulos de crédito se considerasen siempre como comerciales, aun cuando faltase la intención de revender, dada su naturaleza alcatoria y para evitar cuestiones de competencia. Esta proposición fue defendida también en la *Memoria MANCINI* (pág. 39), pero después el texto quedó tal como le había votado la Comisión preliminar, y por tanto la compra de títulos de crédito no disfruta del carácter comercial si no va acompañada de la intención de revender

buir la cualidad de comerciantes a aquellos que especulan habitualmente y a plazo sobre títulos de crédito haciendo recaer en ellos las sanciones de la quiebra y de la bancarrota; y también se la justifica por el propósito secundario de completar el sistema del Código, que ya había enumerado entre los actos de comercio el contrato de *riporto* (1), prototipo de los negocios de Bolsa.

Para lograr prácticamente estos propósitos habría bastado decir en la ley que son actos de comercio los contratos de Bolsa aunque se resuelvan con el simple pago de las diferencias. Pero el motivo que dió impulso a la innovación encontró en el texto una forma más racional, que es a un tiempo más amplia y más restringida; más amplia, porque se comprenden todas las operaciones a plazo, aunque se realicen fuera de las Bolsas (2), y cualquiera que sea la intención que mueve a los contratantes; más restringida, porque no están comprendidas, como veremos, las operaciones diferenciales sobre las mercancías y sobre los inmuebles.

Después de la reforma contenida en el mencionado art. 47 deben considerarse actos de comercio todas las operaciones a plazo sobre títulos de crédito y sobre valores. Los elementos que caracterizan esta operación comercial son dos: debe ser una operación a plazo, y tener por objeto *títulos de crédito o valores*.

53. A. Las operaciones a plazo sobre títulos de crédito:

a). La operación puede consistir en una compra, en una venta,

(1) El *riporto* es un contrato característico de Italia consistente en una compra de títulos de crédito circulantes en el comercio, hecha al contado, y seguida inmediatamente de una venta a plazo de títulos de la misma clase comprados por el primitivo vendedor, pero a un precio algo más elevado. Es, pues, realmente una especie de préstamo (Cód. com. italiano, arts. 73-75). (Nota del Traductor).

(2) La proposición fué presentada por mí en las reuniones de la Comisión Real para la reforma de las leyes relativas a las tasas sobre los negocios y fué mantenida en todos los proyectos posteriores. Así expone su génesis la *Relac. de la Dirección general de Propiedades*, Roma, Civelli tip., 1907, Pres. Inghilleri, rel., FUCINI. «La subcomisión ha acogido también algunas sustanciales y útiles disposiciones del contraproyecto VIVANTE, dirigidas a regular legislativamente importantes y agitadas cuestiones de carácter jurídico y a dar mayor eficacia a los contratos de Bolsa mejorando su ambiente... Decía VIVANTE que se podía dar el carácter de acto objetivo de comercio a toda operación a plazo. Esto tendrá por consecuencia, no sólo la mayor libertad para probar las operaciones, sino también atribuir la cualidad de comerciante al que frecuenta las Bolsas y realiza habitualmente sus operaciones. Así, los que se dedican a esta peligrosa profesión, que muchas veces no disponen de un patrimonio real, pagarán con la pérdida de su libertad personal tras la quiebra y la bancarrota los abusos cometidos en daño de la economía nacional».

en un *riporto*, y también en un anticipo sobre prenda. No hay en la ley restricción alguna respecto a la naturaleza de la operación: las limitaciones de la ley se refieren solamente al objeto, que debe ser un título de crédito, y al vencimiento, que debe ser a plazo.

Si la ley cuenta entre las operaciones a plazo los *riporti* a largo vencimiento, no se pueden ciertamente excluir de ellas los anticipos, bajo prenda de títulos de crédito, ya que dichos *riporti* a largo vencimiento no significan otra cosa que una forma embrionaria de anticipo a la que se recurre para pagar un precio menor (1).

b) La operación es mercantil tanto si debe liquidarse con la consignación de los títulos de crédito como con el pago de sus diferencias, porque la ley ha rechazado toda distinción (núm. 57).

c) La operación es comercial tanto si tiene por objeto la formación de un contrato como si se trata de la renovación, modificación o prórroga de otro ya existente (L. art. 41).

d) La operación es comercial lo mismo si se realiza verbalmente que por escrito, entre presentes o entre ausentes, con la intervención de un mediador o de un comisionista, o directamente por los contratantes.

e) La operación debe ser a *plazo*, es decir, debe contener para su ejecución un plazo diferente del de su conclusión. Los breves plazos de dos o tres días que según los usos de la Bolsa corren para la ejecución del negocio en las operaciones al contado, no le trasforman en una operación a plazo. Esos términos breves pueden insertarse también en los contratos al contado por ineludible exigencia de las cosas, por ejemplo, en los contratos entre personas lejanas donde el plazo es necesario para el cambio de los títulos con el dinero (2). Como el *riporto* es por su naturaleza

(1) Ley de 20 de Marzo de 1913, art. 50; Reg., art. 97: Las indicaciones de las formas contractuales señaladas en el art. 34 no es taxativa, quizás porque no sería fácil proveer para todos los variados aspectos de la especulación sobre títulos y valores, y hace falta dejar mucho campo a los costumbres de las Bolsas. Debido a esta dificultad, el art. 34 estatuye que deben comprenderse bajo la denominación de contratos de Bolsa, para los efectos de la tasa, todos los contratos en general conformes con los usos mercantiles y que tienen por objeto los títulos en cuestión, se realicen dentro o fuera de la Bolsa. Informe presentado a la Cámara por el Ministro el 16 de Mayo de 1908, núm. 1.012, pág. 14.

(2) En los proyectos más antiguos se declaró que se consideraban como contratos al contado «también aquellos en que el pago del precio y la entrega de los títulos o valores se efectuasen dentro de las veinticuatro horas de su estipulación». En los proyectos posteriores el legislador se mostró más tolerante, puesto que declaraba «que se considerase como contrato al contado también aquel en que la consignación de los títulos o valores se efectuase en el primer día no festivo después de la conclusión del contrato». Pero el proyecto definitivo encontró más

un contrato a plazo sobre títulos de crédito (art. 73), el núm. 4.º del art. 3 ha sido absorbido por la ley sobre los contratos de Bolsa.

Las operaciones al contado que generalmente sirven para las necesidades cotidianas, no adquieren carácter comercial si no van acompañadas de las circunstancias que según el Código de comercio caracterizan el acto mercantil.

f) La operación debe tener por objeto *un título de crédito*, o sea un documento necesario al ejercicio del derecho literal y autónomo que en él está mencionado (vol. III, 4.ª edición, número 259 y sig.).

El título puede ser emitido por una razón civil, como los títulos de deuda del Estado, de las Provincias, de los Municipios y de otras entidades morales, o por una causa comercial, como las acciones y las obligaciones emitidas por Sociedades mercantiles, por institutos de crédito inmobiliario (L. art. 34); puede ser italiano o extranjero, cotizante en las Bolsas o no; esto es indiferente.

El objeto del contrato debe ser un crédito que haya tomado ya cuerpo en el título, instrumento necesario para su circulación.

La operación que da lugar a la emisión de un título que no existe todavía, por ejemplo, el contrato de mutuo, de Sociedad, que originan la emisión de obligaciones o de acciones, no caen en esta categoría de actos de comercio porque se refieren a títulos no existentes. Fundándose en ello (L. art. 44) ha podido decir la ley que no se comprenden entre las operaciones a plazo sobre títulos de crédito las operaciones de descuento: las excluye porque el descuento se basa generalmente en la confianza que inspira la firma del cliente a quien se descuenta, una firma que no existe sobre el título, sino que se pone y adquiere su valor literal en pos de la operación.

Por consiguiente no debe incluirse entre esta categoría de actos de comercio la compra y la venta de acciones de Sociedades mercantiles y civiles no emitidas, cuya transferencia se verifique mediante registro en los libros de los socios.

La misma falta de título de crédito impide igualmente que entren en la categoría de actos de comercio que examinamos las operaciones sobre mercancías, géneros o áreas edificadas, aunque sean realizadas con el propósito de especular sobre la diferencia de precio. En vano se objetaría que también en estos casos se trata de *valores*, comprendidos dentro del texto de la ley que

razonable someterlo a los usos porque «la disposición se presta a objeciones para los contratos al contado entre personas residentes en plazas distintas o lejanas». *Informe della Commissione Reale per la riforma delle leggi relative alle tasse sugli affari*. Roma, Civelli tip., 1907, pág. 560.

proclama actos de comercio todas las operaciones a plazo sobre valores (L. art. 47). Ciertamente, son valores de cambio, pero no son valores en el sentido específico de valores-moneda que es el empleado por el legislador al usar la palabra «valores» (art. 47). Si en ella se comprendiesen todas las mercancías, los géneros, los inmuebles y todo valor de cambio, significaría tanto como decir que se reputan actos de comercio todas las operaciones a plazo, sin más, y la palabra «valores» carecería de significación.

59. B. Las operaciones a plazo sobre valores.—Estas operaciones tienen por objeto los valores de cambio, como las divisas extranjeras y los valores metálicos, el oro en moneda o en lingotes (L. art. 34 b). Quedan pues excluidas las operaciones al contado a las que ocurren cotidianamente las gentes, aun las extrañas a los negocios, a fin de procurarse moneda o cartas de crédito para viajar, o valores internacionales para realizar pagos en el extranjero. No se excluyen, según ya dijimos, las operaciones que tienen por objeto otros valores, como mercancías, géneros, terrenos, aunque deban liquidarse con el pago de la diferencia de precio, porque la ley usa la palabra *valores* en sentido específico.

Núm. 7.—*Las empresas mercantiles e industriales*

Sumario.—60. Requisitos de este acto de comercio.—61. Carácter general de la empresa.—62. Ordenamiento jurídico de la empresa.—63. El objeto de lucro.—64. Profesión habitual del empresario.—65. Indivisibilidad de la empresa.—66. Línea divisoria entre la empresa y la profesión manual.—67. Las empresas agrícolas.—68. Las empresas especiales. A. Empresas de suministro.—69. B. Empresas de fábricas y construcciones.—70. C. Empresas de manufacturas.—71. D. Empresas de espectáculos públicos.—72. E. Empresas editoras tipográficas y de librería. Publicaciones de un periódico.—73. F. Empresas de transportes.

60. Dos condiciones se precisan para que los negocios comprendidos en este grupo adquieran el carácter comercial: una, general, que deben ser verificados por una *empresa*; otra, especial, que la empresa debe pertenecer por su *objeto* a uno de los números especificados en el art. 3 bajo el nombre de empresas. Es necesario apoyarse en ambos requisitos para interpretar la ley y para extenderla.

61. La empresa es un organismo económico que bajo su propio riesgo, recoge y pone en actuación sistemáticamente los elementos necesarios para obtener un producto destinado al cambio. La combinación de los varios factores, naturaleza, capital, trabajo, que asociándose producen resultados imposibles de conseguir si obrasen divididos, y el riesgo que el empresario asume al producir una nueva riqueza, son los dos requisitos indispensables a toda empresa (1). La recíproca importancia de estos elementos carece de interés porque la empresa es mercantil tanto si la base de su actividad es procurada principalmente por el capital, o sea por las máquinas (empresas eléctricas) o las existencias de mercancías que adquiere para distribuirlas sistemáticamente (empresas de suministro, empresas de librería, mineras), como si consiste en la mano de obra. El Derecho mercantil hace suyo este concepto económico de la empresa, siquiera sea poniendo en mayor evidencia que el trabajo del empresario debe encaminarse a proveer las necesidades ajenas, las necesidades del mercado, y que por eso, a semejanza de lo que ocurre generalmente con los comerciantes, debe verificar una función de intermediario, interponiéndose entre una masa de energías productoras (máquinas obreros, capitales) y la masa de consumidores. En este doble campo de las operaciones, unas pasivas con las que el empresario se procura la maquinaria, los capitales y los obreros, y otras activas mediante las que coloca los productos, se desarrolla su especial actividad reguladora que justifica su servicio y por lo general también su ganancia.

Es notable la tendencia de las empresas industriales a sustituir al comerciante para colocar sus propios productos, sin perder su carácter dominante de tales empresas. Esta inclinación a aproximarse al consumidor, o eliminar la costosa intervención del comerciante, halla correspondencia en la inclinación de los consumidores movidos siempre hacia las empresas. La función del comerciante al por mayor o al detalle debería irse reduciendo cada vez más tanto en beneficio de los consumidores, que adquirirían directamente de la empresa industrial productos más auténticos a precios más baratos, como en beneficio de los obreros a los que

(1) GRAZIANI, *Sulla teoria generale del profitto*, Milano, 1887, pág. 17 y sig.; RABBENO, *Le società cooperative di produzione*, Milano, 1889, pág. 431 y sig.; SCIALOJA, *Osservazioni sull'impresa come atto obiettivo di commercio*, Foro, 1908, 156; E. COSSA, *Concetto e forma dell'impresa industriale*, Milano, 1888; CARNELATTI, *Il concetto d'impresa nella legge degli infortuni*, Riv. dir. pub., 1909, pág. 231. Sobre el concepto jurídico de la empresa, véase MONTESSORI, *Riv. com.*, 1912, 1, pág. 408 y sig.; 496 y sig.; ARCANGELI, *Riv. dir. com.*, 1904, 1, pág. 32; MANGOLDT, *Die Lehre vom Unternehmervergewinn*; MATAJA, *Der Unternehmervergewinn*, y los otros autores citados profusamente en el opúsculo de COSSA.

el mayor beneficio de la empresa y el mayor consumo prepararían un gradual aumento de los salarios.

62. El ordenamiento jurídico de la entidad constitutiva de la empresa es indiferente; lo mismo da que la explote un individuo una sociedad o una Corporación moral. Lo que decide sobre su carácter comercial es la existencia de un organismo económico autónomo, que tenga los caracteres de la empresa.

Es mercantil aunque las leyes, los Reglamentos especiales y las tarifas impuestas a la actuación de estas empresas dejen poco margen a la libre contratación, como en la venta de sales o de tabacos y en los transportes ferroviarios. Tampoco debemos reparar en que empleen materias proporcionadas por el propio comitente o en que se las provean por si mismas y a su costa; ni en si los obreros trabajan en un taller o en sus casas; ni en que el objeto de la industria consista en la construcción o en el arreglo, por ejemplo, de máquinas; ni en que trabajen por comisión o para el mercado libre.

Naturalmente, no tienen carácter mercantil las industrias que el Estado o un particular dedican al propio consumo, como fábricas de armas, impresos de papel moneda, desecación de un lago, puesto que el trabajar para las necesidades ajenas constituye un requisito indispensable de la empresa.

63. También aquí, como en todos los negocios comerciales, el ánimo de lucro es connatural a la empresa, pero no esencial (núm. 38). Esta tiende, ciertamente, a aumentar la producción y a mejorar la distribución en pro de la economía pública, pero no es esencial que produzca una utilidad a quien la explota, desde el momento en que el Código enumera entre los actos de comercio las empresas del Estado, de los Municipios de las Sociedades cooperativas, las cuales pueden funcionar sin un fin lucrativo, en interés general. Según este concepto debe considerarse comprendida entre los actos de comercio una empresa de espectáculos públicos que se proponga fines benéficos o una empresa de suministro, como la de la luz o la del agua potable, cuya finalidad no sea el ánimo de lucro (1).

(1) Los economistas están de acuerdo en excluir de los elementos esenciales de la empresa el ánimo de lucro: véase GRAZIANI, lib. cit., pág. 24; COSSA, lib. cit., pág. 21; KARBENO, lib. cit., pág. 433; GOBBI, *Compendi di economia politica*, 1887, pág. 67; MATAJA, *Der Unternehmerngewinn*, 1884, págs. 36-37; Conforme Trib. Milano, 22 de Noviembre de 1915; *Mon.*, 1916, 312; Apelación Torino, 4 de Abril de 1865; *Giur. tor.*, 289; fué considerada comercial una sociedad para carreras cuyo objeto era mejorar la raza caballar y cuyos beneficios debían ser convertidos

Al incluir la empresa entre los actos mercantiles la ley no reparó en la profesión de quien la dirige, y así vemos que hay empresas como las del Estado, la Provincia, el Municipio, o aquellas otras de breve duración (empedrado de una calle, transportes para una peregrinación, adornos para una fiesta) cuyo gestor no siempre tiene el carácter comercial. La ley se fijó en la función esencialmente mediadora que la empresa realiza en medio del movimiento social verificando sistemáticamente un servicio o una producción. El equívoco en que alguno ha caído al deducir el carácter comercial de estas empresas del ejercicio profesional del empresario (1), depende de que la empresa por lo general, aun cuando sea una sola, comprende una serie continuada de negocios, los cuales son suficientes para atribuir a quien la explota el carácter de comerciante (2); se ha cambiado el efecto por la causa, porque la existencia de la empresa lleva consigo casi infaliblemente la del comerciante.

65. Todo acto que concurre a constituir la empresa y a su funcionamiento debe considerarse como un acto objetivo de comercio con tal que esté comprendido en su actividad industrial. Todas las operaciones que la empresa verifica en el propio ejercicio, tanto las pasivas con que se provee de materia prima, máquinas y obreros como las activas con las que realiza el despacho y el beneficio, tanto las principales como las accesorias, son comerciales, porque la empresa es jurídica y económicamente un organismo indivisible (3). Se podrán incluir entre los actos sub-

en fondos para otros ejercicios deportivos y para carreras, o en socorro de los empleados y personas adheridas a la Sociedad; Casación Florencia, 28 de Noviembre de 1907; *Foro*, 1908, 156; fué considerada comercial la empresa de espectáculos públicos organizada por un Comité para afrontar los gastos de un Congreso gimnástico. Conf. D'AMELIO, *Com.*, art. 3, núm. 6.º; BOLAFFIO, *Riv. dir. com.*, 1908, 11, 114; SCIALOJA, *Foro it.*, 1908, 160, parece aproximarse al concepto del texto porque se contenta con que la empresa se proponga conseguir un resultado económico, útil socialmente, aunque nada vaya al empresario.

(1) GOLDSCHMIDT, § 42, núms. 11 y 15; PAPPENHEIM en la *Zeitschrift*, XXV (1888) pág. 293; en contra del primero que quizás haya apreciado el Derecho francés e italiano con criterios informados en el sistema acogido en el Código alemán (art. 272) léase las justas consideraciones de MANARA, *Atti di comm.*, números 222-229.

(2) Apelación Génova, 16 de Julio de 1887; *Eco*, 226.

(3) Véase BOLAFFIO, *Comm.*, 2.ª edic., núm. 40; MANARA, *Atti di commercio*, núms. 225-229; Apelación Palermo, 27 de Diciembre de 1895; *Circ. giurid.*, 1896, pág. 811; Casación Turín, 7 de Febrero de 1889; *Monit.*, 156; Casación Turín, 13 de Septiembre de 1883; *Giurispr. italic.*, 1.069; Apelación Venecia, 23 de Marzo de 1876; *Tem. ven.*, 1, 155; en contra: GIORGI, *Personne giuridiche*, 2.ª edición, vol. 11, núm. 173.

jetivos de la empresa los que no entran en el organismo industria y no son actos objetivos de comercio.

66. El decidir si el ejercicio de una industria posee los caracteres de una empresa en antítesis a la industria ejercida por *profesión manual*, depende de sus proporciones, de la importancia de los riesgos, de los capitales que se emplean en máquinas, en mercancías, en dinero o de otro modo cualquiera: es una apreciación del Juez que depende de circunstancias concretas. Las aparentes antinomias de la jurisprudencia están en gran parte justificadas por la variedad de circunstancias que son decisivas al hacer estas apreciaciones.

67. Las empresas agrícolas no están comprendidas entre las empresas mercantiles, ni aun en el caso en que el propietario, para hacer más intensa y remuneradora su industria, adquiera máquinas agrícolas, abonos artificiales, fuerzas motrices, o se valga del trabajo de agrónomos, enólogos, etc., etc.; o cuando para mejorar los productos de su hacienda o para elaborarles usa procedimientos industriales. Mientras el objetivo principal de sus negocios sea utilizar sus propias tierras, el agricultor no verifica actos de comercio (1).

Pero la empresa agrícola se convierte en una empresa manufacturera cuando no tiene ya el simple fin de facilitar la venta de los géneros o de los animales que constituyen los productos de la finca y constituye una especulación distinta con un fin económico propio, a base de elementos diferentes de dichos productos, como puede ser una quesería, una fábrica de vinagre, de aguardiente, una refinería de azúcar, una fábrica de cerveza, de seda, un establecimiento de floricultura o de horticultura (2): el mismo Código prevé el caso en que una industria agrícola adquiere carácter mercantil (art. 773, núm. 3).

Son también comerciales las empresas constituídas por los propietarios de fincas bajo la forma de Sociedad para transformar sus productos, para refinarlos, para crear un tipo de mercancía

(1) Véase últimamente Apelación Venecia, 19 de Diciembre de 1901; *Temi*, 1902, 177; *Id.*, 9 de Marzo de 1905; *Foro*, 1.081; *Id.*, 19 de Junio de 1908; *Temi*, 723.

(2) Casación Roma, 17 de Enero de 1882; *Glur. it.*, 283; Casación Roma, 18 de Marzo de 1882; *Foro*, 449; Casación Nápoles, 19 de Julio de 1882; *Foro*, 1.238; Apelación Venecia, 7 de Julio de 1896; *Temi ven.*, 423; Apelación Venecia, 12 de Febrero de 1897; *Temi ven.*, 384; Apelación Turín, 27 de Mayo de 1893; *Glurisp. torín*, 478; Apelación Roma, 4 de Marzo de 1905; *Palacio de Justicia*, 1905, 163; Apelación Venecia, 9 de Marzo de 1905, *Foro*, 1.081; Apelación Bolonia, 21 de Enero de 1916; *Mon.*, 452.

constante con gran mercado, a condición de que la Sociedad así constituida tenga los caracteres de una empresa industrial. Gracias a estas instituciones, los agricultores conservan para sí todos los beneficios de su industria transformándola, de su forma casera, en la forma más perfeccionada y provechosa de gran empresa. Aplicando el derecho mercantil a las empresas que completan la industria agrícola, se les favorece con los beneficios de una ley que facilita el crédito necesario a la adquisición de máquinas, de fuerzas motrices, a la ejecución de largos procesos industriales y a la colocación de productos en extensos y lejanos mercados.

Falta el carácter de empresa de manufacturas a la labor del artista, aunque se valga de muchachos o de obreros en la reproducción de sus modelos; pero también aquí el ejercicio del arte podría transformarse en un ejercicio comercial cuando los modelos son aplicados a fines industriales (1).

68. Empresas de suministros.—La uniformidad de las necesidades y de las costumbres en la vida moderna ha multiplicado la constitución de esta clase de empresas encaminadas a satisfacer dichas necesidades.

El empresario que ejerce este comercio asume generalmente la obligación de consignar en épocas fijas, frecuentemente periódicas, y a un precio previamente convenido, cosas o servicios, bien en propiedad o bien únicamente en disfrute. El signo característico de estos negocios está en el período de tiempo que debe transcurrir entre la conclusión del contrato y por tanto entre la determinación del precio, y las sucesivas consignaciones: si la total entrega hubiese de hacerse sin dilación se caería en el caso de la venta mercantil. Cuanto mayor es el tiempo que debe trascurrir antes de las entregas, tanto mayor es el azar del contrato que examinamos.

Presentan marcadamente este elemento característico las empresas que se obligan a proporcionar, por un precio fijado con anterioridad mediante contratos o tarifas públicas, cosas o servicios; entre ellas se encuentran los hoteles (2) las empresas para la limpieza de la nieve, para el mantenimiento de las calles, para las pompas fúnebres, para la iluminación de la ciudad (3), para las comunicaciones telefónicas, para el abastecimiento de aguas

(1) Apelación Génova, 5 de Mayo de 1894, *Monit.*, 531.

(2) Casación Roma, 18 de Agosto de 1893; *Giurisp. ital.*, 883.

(3) Casación Roma, 13 de Diciembre de 1887; *Tem. ven.*, 466; Apelación Brescia, 29 de Diciembre de 1888; *Tem. ven.*, 1889, 101; Apelación Turín, 8 de Mayo de 1896; *Giurisprudenza torino*, 495; Casación Florencia, 17 de Diciembre de 1903; *Tem.*, 1904, 1; en contra: Apelación Venecia, 7 de Enero de 1887; *Id.*, 138.

potables o destinadas a la industria o a fines saludables (1), para la provisión de muebles, de heno, de víveres a las tropas (2), para la publicidad en los periódicos o en las calles (3).

69. B. Empresas de fábricas y de construcciones.—Son las empresas dirigidas a la construcción o a la reparación de edificios, así como a la transformación de terrenos mediante mejoras, excavaciones, construcción de diques, vías de comunicación.

70. C. Empresas de manufacturas.—Son las empresas que mudan, perfeccionan en la sustancia o en la forma, las materias primas o las mercancías ya manufacturadas, adaptándolas así a la demanda de los consumidores. Pertenece a este grupo una infinita variedad de industrias: lavaderos, hilaturas (4), molinos de vapor (5), tintorerías (6) manufacturas de algodón, de seda, fundiciones de hierro, fabricación de acero, de vidrio, talleres mecánicos, metalúrgicos, etc., etc.

71. D. Empresas de espectáculos públicos.—Dichas empresas tienen carácter comercial aunque (7) el empresario tome parte en el espectáculo. Es indiferente que el lugar de éste sea un teatro, un café o una plaza pública; basta que la actividad del empresario se manifieste bajo lo forma de una interposición entre los artistas y el público. Su oficio de intermediario le da ocasión para un doble género de negocios; de una parte aquellos con que prepara el espectáculo: contratos de representaciones con los autores o con los editores de la partitura o del drama, contratos con los artistas, con los maestros de orquesta, con los propietarios o arrendadores del teatro, con las agencias de publicidad; de otra parte aquellos mediante los que se recoge el provecho del espectáculo: contratos de subvenciones municipales, de abono de localidades. Era natural que la actividad inquieta, especuladora, de los empresarios, de cuya solvencia depende el bienestar de tan-

(1) Apelación Génova, 30 de Diciembre de 1882; *Foro*, 1883, 181; *Id.*, Diciembre de 1888; *Temi gen.*, 1889, 116; Casación Turín, 23 de Diciembre de 1889; *Id.*, 1890, 99.

(2) Apelación Génova, 19 de Febrero de 1904; *Temi genov.*, 205.

(3) Casación Roma, 16 de Febrero de 1884; *Mon. trib.*, 172; Apelación Milano, 16 de Abril de 1887; *FILANGIERI*, 441; *BOLAFFIO*, núm. 74.

(4) Apelación Brescia, 26 de Enero de 1875; *Monit.*, 248.

(5) Apelación Milano, 14 de Septiembre de 1878; *Monitore*, 1.078.

(6) Apelación Venecia, 7 de Septiembre de 1886; *Temi veneta*, 459.

(7) Caben en esta categoría también las empresas que se proponen realizar una exposición artística, industrial, agrícola, etc. Apelación Venecia, 4 de Agosto de 1903; *Temi*, 672.

ta gente y la vida errante y caprichosa de los artistas, fuese sujeta a la disciplina expedita y rigurosa de las leyes mercantiles. Con tanto mayor motivo cuanto que los usos y las convenciones por los que esta industria se rige agravan con multas, con cauciones, con recelosas vigilancias, con vencimientos inflexibles, el rigor de la ley mercantil. Su ejercicio, que por tantas razones se relaciona con el interés público, está sujeto a la vigilancia gubernativa (1).

72. E. Empresas editoras, tipográficas y de librería.—Son las que especulan sobre el arte de imprimir, sea adquiriendo derechos de autores (empresas editoras), sea imprimiendo sus obras (empresas tipográficas), sea divulgándolas (empresas de librería). Frecuentemente la misma empresa verifica todo este trabajo de mediación despachando en su tienda los libros de aquel a quien ha comprado la propiedad literaria, impresos en sus propios talleres. Por analogía se deberá reconocer igual carácter a las empresas litográficas, dactilográficas, etc.; y en base a la misma razón analógica rige, además del motivo general derivado de la existencia de la empresa, el especial proveniente de la naturaleza de su actividad (2).

La publicación de un periódico no tiene carácter comercial cuando el propietario emplea en él principalmente su trabajo personal para propagar sus convicciones científicas, políticas o religiosas. Pero si le explota bajo la forma de una empresa mercantil, o sea empleando el trabajo de numerosos colaboradores, dividiéndole según sus diversas aptitudes, añadiendo la ayuda del capital ajeno para la adquisición de derechos de autor, de máquinas tipográficas, para la función de la publicidad, etc., entonces la publicación del periódico puede considerarse como un acto de comercio (3).

El autor que hace imprimir el libro a su propio riesgo y le vende, sea por medio de libreros, sea por suscripción anticipada, no realiza acto de comercio, porque esta actividad no constituye una empresa, ni aun en el caso en que busque extender mediante

(1) Código penal, art. 447; ley sobre la pública seguridad, 30 de Junio de 1889, arts. 37-49.

(2) BOLAFFIO, *Comm.*, 2.ª edic., núm. 47.

(3) Véase Apelación Turín, 23 de Julio de 1866; *Giurisp. torin.* 386; Apelación Milán, 21 de Julio de 1879; *Eco*, 336; Apelación Roma, 18 de Julio de 1885; *Foro*, 944; Apelación Milán, 16 de Abril de 1886; *Monit.*, 1887, 398; Apelación Palermo, 12 de Agosto de 1887; *Circ. giurisp.*, 1888, 300; Apelación Roma, 18 de Julio de 1889; *Legge*, 11, 780; Apelación Milano, 12 de Julio de 1905; *Riv. dir. comm.*, 1906, 11, 56.

la publicidad del libro los negocios de su profesión (1). Aquí el autor no ha realizado un acto de mediación entre productores y consumidores, puesto que es él mismo el productor.

73. F. Empresas de transportes de personas y de cosas.—Son actos de comercio todas las operaciones con que funciona una empresa de transportes, cualesquiera que sean los medios de dicho funcionamiento, lo mismo si pertenecen al empresario que si pertenecen a otros (art. 388); incluso si estas empresas, a causa de tratarse de un servicio público, están obligadas a cumplir determinados servicios, con tarifas reguladas por leyes especiales, bajo la vigilancia gubernativa; aunque sean gestionadas directamente por el Estado, la Provincia o el Municipio.

El transporte de noticias verificado por el Estado por medio del correo o del telégrafo con un riguroso monopolio sin ánimo de lucro, no constituye una empresa comercial, y por consiguiente tampoco pueden considerarse como actos de comercio los transportes de pequeños muestrarios, de paquetes postales, de valores, que constituyen un accesorio del transporte de la correspondencia. Se da así en nuestra legislación esta anomalía, que la función más vital al ejercicio del comercio escapa al Código que le gobierna (2).

No puede considerarse como una empresa de transporte la del cochero o la del barquero que viven de su propio trabajo, aunque sean propietarios del vehículo, de los animales o de la barca que le ayudan a ganarse la vida. Tampoco aquí puede señalarse una división precisa y neta entre la empresa y el oficio, dependiendo el juicio que sobre ello se forme de circunstancias concretas (3).

(1) Casación Turín, 26 de Abril de 1872; *Monit.*, 512; Apelación Roma, 18 de Julio de 1889; *Monit.*, 862. Contra MONTESSORI, *id.*, pág. 428.

(2) Véase GIORGI, *Personae giuridiche*, 2.^a edic., vol. II, núm. 172; III, número 7.^o; PAGANI en el *Commento* publicado por Vallardi, núm. 58; GIANNINI, *Giurispr. ital.*, 1906, 166; en contra: Apelación Roma, 30 de Diciembre de 1905; *Giurispr. ital.*, 1906, 166; BOLAFFIO, *Comm.*, 2.^a edic., núm. 40 el cual no ha considerado bien, a mi entender, que el número 13 del art. 3.^o no pone el transporte de noticias entre los actos de comercio y que no puede extenderse por analogía a los transportes de noticias, ya sea porque allí se determina específicamente (y no con la fórmula general usada anteriormente para las empresas de suministros, de manufacturas, etc.) a cuáles empresas especiales de transporte la ley atribuye el carácter de comerciales, ya sea porque el transporte de noticias es ejercido por el Estado en forma de monopolio riguroso.

(3) Ha sido negado el carácter de empresa de transportes a un cochero que había aceptado el encargo del servicio de correo de la Municipalidad a la estación del ferrocarril: Casación Nápoles, 18 de Diciembre de 1899; *Monit.*, 1900, 293.

Núm. 8.—*Los depósitos mercantiles*

Sumario.—74. Negocios comprendidos en este grupo.—75. Almacenes generales y depósitos francos.—76. Los depósitos especiales.

74. En la función propia del comercio, que es la de distribuir las mercancías según la demanda del mercado, adquieren mucha importancia los almacenes donde las mercancías se detienen y depositan para distribuirse en los varios mercados del consumo. Son tan importantes, que cuando la iniciativa privada es deficiente proveen a su implantación y a su funcionamiento las Cámaras de comercio y otros institutos públicos (1).

Se consideran asimismo como mercantiles los depósitos especiales conectados con el ejercicio del comercio: trátase en uno y en otro caso de negocios instrumentales del comercio a los que éste comunica su propio carácter.

Hay pues, en consecuencia, dos categorías de depósitos comerciales.

75. a) La explotación de los almacenes generales (2), cualquiera que sea el que la haga, tiene carácter mercantil, y todos los negocios de depósito y de crédito que con ella se relacionan son actos de comercio (3). Puede suceder muy bien que

(1) Ley sobre las Cámaras de comercio de 20 de Marzo de 1910, art. 5, letra h y k; las Cámaras están autorizadas para explotar almacenes generales, depósitos francos, establecimientos para la prueba y conservación de la seda; para azufre, esencias de frutas ácidas; para abrir exposiciones comerciales e industriales: ley de 30 de Junio de 1910; para el ejercicio de la industria del azufre, art. 22 y sig.; ley de 5 de Julio de 1908 sobre la industria de frutas ácidas, art. 1, letra g y h; Regl., 22 de Septiembre de 1908.

(2) VIVANTE, *Il deposito nei magazzini generali*, ROMA, LOESCHER, 1887, y las fuentes legislativas y científicas allí citadas. Posteriormente: NAVARRINI, *I magazzini generali*, Turín, 1901; LEVY en el *Arch. für bürgerl. Recht*, 11, pág. 386 y siguientes (extracto, Berlín, 1890); SIMONSON, *Das österreichische Warenrecht*, Berlín, 1889; CORN, *Gulachten für den Deutschen Juristentag*, Berlín, 1891; GOLDBERG, *Das Deutsche Lagerhausgeschäft und Lagerhausrecht*, Berlín, 1902; LEANSA, *Traité des magasins généraux et des opérations aux quelles ils donnent lieu*, París, 1891. La ley de 6 de Agosto de 1893, extendió a los depósitos francos el régimen de los almacenes generales.

(3) Así Apelación Génova, 9 de Marzo de 1916, *Riv.*, 1916, 11, 385, declaró comercial el mutuo hecho con la emisión de obligaciones de la Cámara de comercio de Génova para la implantación y explotación de un depósito franco.

la entidad moral gestora del Almacén no posea la cualidad de comerciante, como le ocurriría a una Cámara de comercio, pero esto no impide que el ejercicio de esta industria y de todos sus actos tenga igualmente en manos de dicha entidad carácter comercial.

Los almacenes generales son grandes emporios de mercancías abiertos públicamente a depósito, dotados de un régimen aduanero favorable a quien se sirve de ellos, y que están autorizados para emitir títulos capaces de representar las mercancías depositadas. Fueron creados con los siguientes objetivos: a) favorecer la venta de las mercancías mediante subastas públicas, o mediante la entrega de resguardos de depósito que transmiten, con su circulación, el derecho a disponer de las mercancías depositadas; b) favorecer el crédito de los depositantes quienes pueden ofrecer a sus acreedores la garantía de las mercancías depositadas mediante el giro del documento de prenda; c) hacer más económico, más solícito y seguro el depósito. Se obtiene este último objetivo situando los almacenes en centros agrícolas o manufactureros, en lugares de tránsito, proveyéndoles de agentes expertos en todos los negocios de expedición, de aduana, de custodia, de embalaje, de venta de las mercancías y de los mecanismos que facilitan la carga y la descarga. A veces las mismas empresas que explotan dichos establecimientos hacen anticipos sobre las mercancías depositadas, añadiendo así a la industria del depósito la de la Banca. Parece que esta modalidad está llamada a prevalecer porque un negocio favorece al otro y garantiza a quien necesita ayuda el secreto de su penosa situación.

76. b) El depósito de cualquier clase, bien tenga carácter voluntario, necesario o judicial, regular o irregular, es mercantil si se hace o recibe por una causa comercial (1). Significaría un error pretender que la causa comercial debe buscarse en un precedente contrato principal de naturaleza mercantil, porque el depósito puede constituir un negocio jurídico autónomo y aislado, como cuando el del comerciante deposita las mercancías por falta de locales, como el depósito de mercancías rechazadas (art. 351), de dinero resultante de la administración ajena (arts. 201, 753, 754, 812); es en el contrato mismo de depósito y por tanto en su objeto donde ha de hallarse la causa que le imprime el carácter comer-

(1) VIDARI, 4.ª edic., núm. 3.863, vol. IV, sostiene que el depósito comercial debe necesariamente tener lugar entre comerciantes o que siquiera el depositario debe ser comerciante. Esta opinión que hace del depósito un acto subjetivo contradice al núm. 23 del art. 3 que le incluye entre los actos objetivos. Muy acertadamente BOLAFFIO, *Comm.*, núm. 86; ARCANGELI, *Rivista di dir. comm.*, 1905, 294.

cial (1). Y ella, igual que sucede tratándose de la compra, debe ser reconocible también por la parte que hace el depósito o por la que le recibe sin miras comerciales.

La causa comercial puede ser especial al depositante, al depositario, o común a ambos; en cualquiera de los tres casos el acto es mercantil (2).

Para el depositante, consistirá por lo general en un acto aislado, como cuando verifica un depósito para concurrir a una subasta pública o para contribuir a la constitución de una Sociedad; en cambio para el depositario puede constituir un ejercicio profesional que le atribuye la cualidad de comerciante; sucedería esto fácilmente al que tuviese una exposición o un depósito público de mercancías o de muestrarios con el fin de facilitar la venta.

Núm. 9.—*Los seguros* (3)

Sumario.—77. Caracteres generales de estos negocios.—78. Cuando tienen naturaleza comercial.

77. Son negocios de previsión para los que se aseguran y negocios financieros para las empresas aseguradoras las cuales transforman sistemáticamente las aportaciones de los asegurados en capitales de previsión. Las transforman en el tiempo y en el espacio; en el tiempo, porque destinan los capitales recogidos, por lo común anticipadamente en pequeñas porciones, bajo el nombre de primas, a ayudar a los asegurados en las situaciones críticas de la

(1) En contra: ARANCELI, *Rivista di dir. comm.*, 1905, pág. 295, el cual encuentra la causa comercial del depósito en su relación con un acto principal comercial... que puede faltar.

(2) Numerosos ejemplos nos los ofrece la ley, arts. 9, 13, 16-20, 27, 28, 34, 68, 71, 90-94, 96, 97, 145, 194, 201, 218, 297, 351, 413, 580, 679, núms. 6, 753, 754, 812. También las Cajas de Ahorro, ley de 15 de Julio de 1888, art. 14, pueden recibir en cuenta corriente depósitos de dinero hechos por una causa comercial.

(3) VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, vol. III, Milán, Hoepli edit., 1885-1890; los resultados de estas investigaciones están resumidos en forma sistemática en el estudio: *Una nuova teoria del contratti di assicurazione* publicada en la *Rivista Italiana*, XI, pág. 161 y sigs. (por extracto Roma, Loescher, edit. 1891) publicado en la *Zeitschrift* con notas de GOLDSCHMIDT, vol. XXXIX (1891, página 451 y sigs. y en el *Oesterreichische Versicherungs-Zeitung* de Ehrenzweig, XVII (Viena, 1891), núm. 10 y sigs.; EHRENBURG, *Versicherungsrecht*, Leipzig, 1894 (vol. I). Para las investigaciones históricas: VIVANTE, vol. I, núms. 2 y 13; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, I, págs. 354-383; Bensa, *Il contratto di assicurazione nel Medio Evo*, Génova, 1884. Para las investigaciones económicas: GOBBI, *L'assicurazione in generale*, Manual Hoepli, 1898.

existencia, cuando son alcanzados por un incendio, por la vejez o por la muerte; en el espacio, porque dirigen los capitales recogidos en extensas regiones, dentro del país o en el extranjero, de todos los que están amenazados del mismo siniestro, en beneficio de los que llegan a sufrirlo.

Estas empresas ejercen su industria bajo la forma de *prima fija* o de *mutualidad*. En el primer caso los asegurados permanecen ajenos a la gestión de la empresa; en el segundo participan en ella y se dividen las ganancias de modo que obtienen el beneficio del seguro uniéndose en un vínculo social.

Todos los negocios de seguros son mercantiles: *basta su cualidad para distinguirlos*. No hace falta examinar cuál es el objeto del seguro, porque diciendo el legislador que son comerciales los seguros contra los daños y los realizados sobre la vida les ha comprendido todos, no existiendo caso de seguro que cubra riesgos distintos de aquellos que pueden afectar a los hombres en su patrimonio o en su vida. Pertenecen al primer grupo los seguros contra *incendio, granizo, epizootia, desocupación, insolvencia de deudores*; al segundo, los seguros para el *caso de muerte o de supervivencia*, de un capital o de una renta, los seguros contra las *desgracias, las enfermedades, la vejez*.

78. Por lo que se refiere el asegurado, no siempre tiene el negocio un carácter comercial.

Le tiene objetivamente cuando sirve para facilitar una operación de índole mercantil, porque entonces toma tal carácter como acto accesorio de uno principal (6); le tiene subjetivamente en virtud de la presunción que recae sobre todos los actos del comerciante cuando pueda referirse a su actuación profesional (art. 4). Pero es un acto civil en todos los demás casos, porque el fin previsor al que tiende el asegurado garantizándose contra los daños del incendio, del granizo, de la muerte, debe reputarse extraño al comercio.

Núm. 10.—Operaciones referentes a la navegación

Sumarios.—79. Límites de este grupo

79. Todas las operaciones que se refieren a la *navegación* por mar o dentro de tierra (1) son de índole comercial; lo es en

(1) Ha sido concepto dominante en los trabajos preparatorios someter a las

cial es que tengan por objeto facilitar dicha navegación o llevarla a cabo. La enumeración del Código (núms. 14-19) es simplemente demostrativa, como lo aclara la fórmula general del núm. 18, que comprende entre los actos objetivos todos los contratos relativos al comercio de mar y a la navegación. La nave debe considerarse como una cosa que imprime carácter comercial a todas las obligaciones inherentes a su empleo. Por eso tienen carácter mercantil cuantas se deriven del uso del buque, aun las que provengan de delito o cuasi delito, es decir de culpas del Capitán o de la tripulación (art. 869, núms. 3, 4, 9, 23), de secuestro ilegítimo aunque sea determinado por causas civiles (artículo 869, núm. 2). No se deben excluir los actos verificados sin ánimo de especulación comercial, como la pesca, los viajes de descubierta, de instrucción, de recreo, puesto que el Código no exige dicho propósito, admitiendo que el acto puede ser realizado, bien por razón del comercio marítimo, bien por razón de navegación, en antítesis al anterior (1).

Núm. II.—Operaciones accesorias a las precedentes

Sumario.—80. Caracteres generales.—81. La operación de mediación.—82. Las agencias y las oficinas de negocios.—83. Las empresas de negocios.

80. Como conclusión de toda la serie de los negocios comerciales debe también considerarse comercial la actividad encaminada a promover la realización de los mismos; tal es la actividad de las agencias y de las empresas que buscan aquel objetivo. Este

reglas del Derecho marítimo también la navegación de los lagos, ríos y canales, generalizando las disposiciones del Código anterior. Precisamente por esto la fórmula más limitada «negocios relativos al comercio de mar» fué sustituida por la de «negocios relativos a la navegación», art 3, núm. 18 (núm. 12, Cód. 1865) número 19 (núm. 15, Cód. 1865) y fué adoptado el título del Libro II: «Del comercio marítimo y de la navegación» (Actas de la Com. pril., núms. 130, 133, 532, 564).

(1) La razón histórica en cuya virtud todos los negocios marítimos están actualmente sometidos a las leyes comerciales se debe buscar en la conveniencia, sentida desde el más remoto Medioevo, de someterlos a la jurisdicción de los Tribunales marítimos y luego a la de los Tribunales de comercio; véase PARDESSUS, *Colection des lois marit.* II, CXXV y sig.; Bensa, *Della giurisdizione mercantile in Genova nel Medio Evo*, Génova, 1882; PERTILE, 2.^a edic., VI, parte I, pág. 131; SMITH, *Introd.*, pág. LXXV y sigs.; pero más completamente GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, I, parte 177 y sigs.; 207; del siglo pasado, véase algunas noticias en FRANCHI, *Sulla giurisdizione mercantile en el Archivio giuridico*, XXXVI.

carácter general de todo el grupo no basta sin embargo a imprimir naturaleza mercantil a cada una de las operaciones; hace falta tener en cuenta además sus formas específicas y obrar también aquí por analogía con la ayuda del elemento general y del específico.

81. A. *Las operaciones de mediación en negocios comerciales.* La actividad del mediador se considera comercial, tanto si la operación promovida con su intervención es mercantil objetivamente como si lo es subjetivamente, tanto si lo es para ambos contratantes como si lo es para uno solo. Puesto que la ley no califica como mercantiles solamente los contratos de mediación, sino que emplea la frase más amplia de operaciones de mediación, debe atribuirse carácter comercial, además de a los contratos de mediación verificados tácita o expresamente por el mediador con sus clientes, a aquellas otras operaciones accesorias como la custodia de muestras, las indagaciones, los viajes, que se relacionan con la operación principal (1).

La razón de que la ley dé a la mediación carácter mercantil aunque el mediador se contente con emplear su propio trabajo, está en que su industria sirve para multiplicar los negocios comerciales, tomando de ellos su naturaleza esencialmente aleatoria, en virtud de la cual nada se debe al mediador por sus trabajos y sus gastos si no lleva a efecto la operación.

Los mediadores suelen dedicarse a ramas especiales de negocios: hay corredores de mercancías, de alquileres, de seguros, de valores públicos, llamándose estos últimos *agentes de cambio*. La mediación es libre, pero su ejercicio en *Bolsa* y en determinados centros, que interesan a la fe y a la hacienda pública, está reservado a aquellos mediadores que prueban en forma legal poseer la moralidad, la idoneidad y la solvencia requeridas por las leyes (2).

82. B. *Las agencias y las oficinas de negocios.*—Quien desarrolla esta actividad se propone facilitar la conclusión de negocios ajenos concentrando en sus propias oficinas, y por consiguiente en un *lugar fijo*, mediante amplia provisión de informaciones, las demandas y las ofertas, con el fin de realizar una ganancia sobre las operaciones verificadas; también en este caso puede de-

(1) Cfr. MAGRI, loc. cit., pág. 27. Esta interpretación extensiva se apoya también en un principio general.

(2) Respecto de los mediadores en general: ley 20 de Marzo de 1913, núm. 272 sobre el ordenamiento de las Bolsas. Reg. ejecutivo, 4 de Agosto de 1913.

cirse que no es esencial el propósito de especular, por cuyo motivo se reputaría igualmente mercantil una oficina de colocación de trabajadores constituida sin otro fin que el meramente social.

No influye en nada el género de negocios a que el gestor de la empresa dirige la actividad de su establecimiento; es indiferente que obre como comisionista o como promotor de negocios. Cuando sea reconocida la existencia de la agencia (*officina contractum*), tienen carácter mercantil todos los actos del agente, tanto si se refieren a asuntos comerciales como si se refieren a asuntos civiles, y en consecuencia, su obra, o sea sus obligaciones y sus derechos, especialmente sus derechos de remuneración y la disciplina de su responsabilidad respecto de los clientes, están reguladas por las leyes y los usos comerciales (1).

Hay agencias para la venta y el alquiler de casas y de terrenos; agencias para la colocación de empleados y de domésticos, para abono de jornales, agencias teatrales, agencias de emigración de viajes, de subastas públicas, de informaciones (2). Quizás en ninguna otra rama de la actividad humana la lucha por la existencia ha multiplicado las artes de vivir como en esta, en donde la habilidad personal hace las veces del capital, que es casi innecesario.

El ansia de ganancias a toda costa, la dudosa fe de su clientela, empujan a menudo a los agentes a aceptar descaradamente toda suerte de negocios, de modo que la *officina contractum* se transforma frecuentemente en *officina vitiorum*; degeneran con facilidad en agencias de amores, de negocios usurarios, de refugio de cosas robadas, de emigraciones clandestinas. De aquí que su actuación esté sujeta a una vigilancia especial de la autoridad pública (3).

83. C. *Las empresas de negocios* (art. 3, núm. 21).—Se trata de empresas, conocidas con el nombre de *Sindicatos industriales*, que gestionan la preparación de proyectos industriales, por ejem-

(1) En esto se distinguen las operaciones del agente de las del mediador, puesto que las de este para ser comerciales deben referirse a negocios comerciales (art. 3, núm. 22); véase Casación Turín, 31 de Diciembre de 1887, *Giur. tor.*, 1888, 332; Apelación Milán, 25 de Mayo de 1878, *Eco*, 1879, 13; *Id.*, 10 de Diciembre de 1868, *Mon.*, 1.190; Casación Turín, 31 de Agosto de 1916, *Mon.*, 1917, 46.

(2) Véase sobre las agencias de informaciones: DI NOLA, *Riv. dir. com.*, 1904, pág. 345 y sig.

(3) Para las agencias en general: Cód. pen., arts. 449, 450; ley seguridad pública de 30 de Junio de 1889, arts. 69-71; para las agencias de préstamo sobre prenda; *Id.*, art. 67; Reg., de 8 de Noviembre de 1889 para la ejecución de la misma, art. 63 y sig.; para las agencias de emigración: ley de 13 de Enero de 1901 Reg. correspondiente de 10 de Julio de 1901.

plo, de trabajos públicos o de su financiamiento con capitales nacionales o extranjeros; tienen carácter mercantil, porque su actividad se dirige a promover negocios ajenos. Estas empresas no pierden tal carácter aunque, para hacer más fácil la conclusión del negocio, participen en él con su propio capital.

§ 13.—*Actos subjetivos de comercio (art. 4)*

Sumario.—84. Concepto fundamental de la ley y crítica del mismo.—85. Razón y límites de la presunción establecida en el art. 4 del Código de comercio.—86. Dicha presunción se extiende también a los negocios que no están comprendidos en el ejercicio ordinario del comerciante.—87. Se extiende igualmente a las obligaciones del comerciante no derivantes del contrato.—88. La presunción se extiende también a las obligaciones derivantes de cuasi delito.—89. La existencia de un ejercicio comercial es condición indispensable para esta presunción. No se aplica a quien es comerciante solo como socio.—90. Es una presunción simple.—91. Cuándo el acto es esencialmente civil.—92. Cuándo puede considerarse extraño al comercio.—93. Carácter mercantil de la obligación asegurada en un título circulante.—94. Prueba de la falta de *nezo* entre la obligación y el comercio de quien la contrajo.

84. La hacienda de un comerciante, precisamente porque la explota profesionalmente, es un organismo económico cuyos particulares negocios constituyen un todo complejo mantenido inseparable por una dirección unitaria. En torno a los actos objetivos fundamentales de la hacienda (compraventa de mercancías, operaciones de Banca o de seguro) que forman la espina dorsal de su actividad, se concentran otros muchos negocios accesorios que contribuyen a su desarrollo completo y normal. A esta unidad económica corresponde la unidad de derecho que la gobierna; y por eso el legislador declara comerciales todos los actos, que a pesar de no ser actos objetivos, son realizados por el comerciante en el ejercicio de su comercio. Estos se dicen actos *subjetivos* porque su carácter mercantil proviene de la persona del comerciante cuya existencia se presupone, en antítesis a los actos *objetivos* que tienen carácter comercial por una disposición de la ley fundada en su naturaleza, y no en la cualidad de la persona que los realiza.

Por tal manera, el comerciante, en cualquier sentido en que dirija su actividad comercial, se encuentra armado de una ley especial que es una ley de clase favorable al ejercicio de su comercio,

lo mismo cuando presiona con sus sanciones rápidas e inflexibles sobre aquellos que contratan con él, que cuando favorece el crédito con las penas con que amenaza o castiga al que vulnera sus puntuales exigencias demorando los pagos o cayendo en quiebra.

Este privilegio procede del ordenamiento medioeval en el cual las Corporaciones de artes y oficios supieron conquistar para sus miembros comerciantes una legislación y una jurisdicción especiales. Traspasado a los Códigos modernos, dicho privilegio se ha hecho más gravoso para las otras clases de ciudadanos, porque mientras antes el comerciante, de ordinario, podía invocar la ley y el procedimiento comerciales sólo cuando litigaba con los demás comerciantes, o a lo más cuando era llamado en juicio como demandado, hoy puede invocarla bien como demandante bien como demandado, contra cualquiera que haya contratado con él, y en una serie de actos tan copiosa que a su lado la que se encuentra en los Estatutos es sólo rudimentaria (1).

85. Si la ley se hubiese limitado a declarar que todo acto del comerciante perteneciente al ejercicio de su comercio es de naturaleza comercial, cualquiera que afirmase el carácter mercantil del realizado por un comerciante se vería en la necesidad de probar que el acto en cuestión pertenecía al ejercicio de su comercio: una prueba bastante difícil para el que se encuentra fuera del negocio. Con objeto de hacer más segura la posición jurídica del que trata con el comerciante, el Código ha establecido la presunción de que todo acto realizado por éste pertenece al ejercicio de su comercio; y es una presunción conforme con la naturaleza de las cosas, desde el momento en que parece lógico suponer que los actos de un comerciante pertenecen a la profesión que le es habitual.

La presunción indicada acompaña a todos los actos del comerciante y sirve tanto en favor suyo como en su contra. Es imposible hacer la enumeración de esos actos, porque varían para cada género de comercio (2). Baste decir que se presumen comer-

(1) Véase Introd., pág. 7 y sigs.; LATTES, §§ 2, 21; GOLDSCHMIDT, 2.^a edic., § 43; MANARA, núms. 32, 87, 96; VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio*, introducción a la enseñanza en la Universidad de Roma, 1898.

(2) Estos son: el mutuo, Casación Turín, 18 de Junio de 1890; *Temi Genov.*, 514; *Id.*, 3 de Diciembre de 1886; *Foro*, 1887, 215; Apelación Mesina, 28 de Enero de 1884; *Rassegna comm.*, 46; Casación Nápoles, 19 de Abril de 1884; *Monit.*, 894; Casación Roma, 22 de Febrero de 1895; *Giurisp. ital.*, 306; *Id.*, 3 de Octubre de 1904; *Temi genov.*, 646; Apelación Turín, 14 de Abril de 1905; *Jurisp. Turín*, 797; Apelación Génova, 17 de Febrero de 1905; *Temi pen.*, 113; Apelación Milán, 5 de Mayo de 1908; *Monit.*, 92; Apelación Génova, 16 de Diciembre de 1910; *Temi genov.*,

ciales cualquiera que sea la naturaleza, mueble o inmueble, de la cosa objeto del contrato; bien sirvan para formar su hacienda comercial, para hacerla funcionar o para liquidarla; sea que entren en la rama principal de su comercio o bien se trate de operaciones accidentales distintas por completo de él.

88. La presunción debe extenderse a todos los negocios del comerciante y por consiguiente también a aquellos que no pertenecen al ramo principal o habitual de sus asuntos. La intención que tuvo el legislador al introducir tal medida fué principalmente quitar de en medio los frecuentes y espinosos litigios sobre la naturaleza comercial o civil del acto (1); se quiso además que todos los negocios activos y pasivos del comerciante se ejecutasen con la misma sencillez de forma y de plazos, a fin de que pudiese exigir lo que se le adeudase o se le pudiera reclamar a él lo que debiera, con el mismo rigor y con la misma prontitud; finalmente, concediéndole una ley profesional apta para extenderse cuanto se extienda su actividad mercantil, se pretendió hacerle el crédito más fácil y al mismo tiempo más ri-

1911, 87. La permuta: Casación Turín, 2 de Abril de 1889; *Monit.* 916; la locación de una cantidad de agua para fines industriales: Casación Turín, 27 de Julio de 1892, *Giurisp. ital.*, 957; Apelación Turín, 11 de Marzo de 1892; *Giurisp. Casale*, 1892, 320; Apelación Génova, 22 de Abril de 1896; *Temi genov.*, 240. Locación de obras: Apelación Milán, 3 de Abril de 1896; *Monit.*, 372; Casación Roma, 16 de Abril de 1896; *Foro*, 601; Apelación Palermo, 31 de Octubre de 1906; *Ley*, 1907, 141; Casación Turín, 26 de Noviembre de 1909; *Monit.* 1910, 424. Enfitéusis de una casa: Apelación Roma, 27 de Octubre de 1886; *Foro*, 1.211. El depósito: Apelación Catania, 1.º de Marzo de 1895; *Giurisp. Catania*, 46. La compra de máquinas: Casación Roma, 23 de Febrero de 1883; *Rassegna*, 195; Casación Turín, 30 de Junio de 1883; *Monit.*, 1.107. La adquisición de un crédito, Casación Turín, 8 de Noviembre de 1890; *Monit.*, 81, 382. La fianza: Casación Milán, 18 de Enero de 1865; *Monit.*, 102; Casación Turín, 31 de Julio de 1868; *Id.*, 795; Apelación Milán, 13 de Julio de 1878; *Id.*, 740. La transacción: Casación Turín, 7 de Febrero de 1889; *Monit.*, 216. El compromiso: Apelación Milán, 30 de Noviembre de 1894; *Monit.*, 95, 316. El concordato entre el quebrado y sus acreedores: Apelación Milán, 24 de Julio de 1895, *Monit.*, 896. La constitución de una renta vitalicia, Apelación Bolonia, 11 de Septiembre de 1898; *Foro*, 18. 99, 100; Casación, Roma, 30 de Mayo de 1899; *Foro*, 740; Apelación Venecia, 13 de Junio de 1899; *Temi ven.*, 464. No hay duda que se deberían presumir comerciales la venta de cosas fuera de uso, la concesión de hipotecas y de prendas, la suscripción a un diario, los pagos; la acusación de ambigüedad que BOLAFFIO, *comm.*, 2.ª edic., pág. 81, nota 1, hace a alguna frase de los núms. 92, 95, 98 no está justificada; dice inexactamente que en estos números se alude a la correlación del acto subjetivo con la especial rama de comercio ejercitada por el comerciante. Pero esa correlación queda excluida tanto por la demostración dada en el núm. 85, como por la dada en el núm. 86; por eso nada tengo que cambiar en el texto de las anteriores ediciones.

(1) *Memo-ria*, MANCINI, pág. 42; Casación Roma, 18 de Diciembre de 1884; *Foro*, 1885, 82.

guroso cuando le perturba con la insolvencia. Todos estos propósitos quedarían defraudados si le fuese lícito al comerciante o al que negocia con él probar que el acto no se relaciona con la serie habitual de sus operaciones, porque se recaería en la incertidumbre sobre la naturaleza mercantil o civil del acto, cosa que se quiso evitar, y porque dicho peligro haría al comerciante menos fácil y en consecuencia más costoso, el crédito que necesita. Le alcanzarían especialmente el recelo y la desconfianza en todos los negocios que no pertenecen a su comercio habitual y repercutirían de un modo particular sobre las haciendas dirigidas por factores o gerentes; en efecto, su principal podría oponer la nulidad de todas las operaciones que no son ni objetivamente comerciales, ni pertenecientes a la esfera ordinaria de su actividad, ya que, careciendo de la presunción de comercialidad deberían considerarse como negocios civiles.

Siguiendo la opinión que combatimos, se haría sufrir a quien contrata con un comerciante una culpa que no tiene, negándole, por ejemplo, la medida y la acumulación de los intereses comerciales, la amplitud de las pruebas, la declaración de quiebra del deudor, y esto por el único motivo de no habersele ocurrido o no haber sabido indagar si existía o no alguna relación entre el negocio concluido y aquellos otros que de ordinario ocupan la actividad de su deudor.

La única esfera de acción en que se mueve la actividad del comerciante sería gobernada simultáneamente por leyes civiles y comerciales, de donde se originaría un contraste de criterios enorme, capaz de turbar los fines económicos. Un comerciante de granos que compra ganado, que le entrega en custodia, que le hace conducir al mercado para venderle, verificaría operaciones civiles puesto que dichos actos no entran en la esfera ordinaria de su actividad; un armador que compra un automóvil realizaría un acto civil, porque esa adquisición no pertenece a sus negocios corrientes.

La teoría que niega al comerciante los beneficios de la ley mercantil respecto de todos los negocios que verifica fuera del campo de acción habitual de su profesión, parece una derivación de los viejos sistemas que, vejando la libertad del trabajo, prohibían celosamente al comerciante inscrito en un arte u oficio invadir el campo de otro. Pero suprimidos los monopolios de las Corporaciones, cada comerciante es dueño de ampliar o restringir el radio de su trabajo comercial, es dueño de recurrir a todas las operaciones subsidiarias que pueden ofrecer un empleo a sus capitales, y resulta también justo, por consiguiente, que su ley profesional le acompañe en el versátil y libre campo de su



DE HECHO
COMPRADO

actividad. La jurisprudencia haría un flaco servicio al comerciante, si le negase en su nueva esfera de acción el beneficio de las leyes mercantiles y el crédito que de ellas se sigue.

La tesis que combatimos introduciría además una distinción arbitraria en la fórmula amplísima de la ley. Obligaría al intérprete a distinguir los comerciantes especialistas de los genéricos, puesto que concedería a los primeros una presunción de comercialidad limitada a los especiales negocios a que se dedican, mientras que tratándose de los segundos dicha presunción se extendería a todos los asuntos que pueden ser objeto del comercio. Más aún, la tesis discutida caería en la equivocación de introducir en nuestro sistema legislativo los conceptos jurídicos de droguero, salchichero, librero, etc., etc., siendo así que el Código no tiene para nada en cuenta las especiales formas del comercio o las diversas clases de comerciantes, sino que les reúne a todos en el único y amplio concepto jurídico de comercio o de comerciantes; y es este el solo concepto que nos debe dar la medida de la presunción de comercialidad (I).

87. Además de las obligaciones procedentes de un contrato, son comerciales para el comerciante todas las obligaciones que provienen del ejercicio de su comercio, porque así reza el texto del art. 4 en donde se atribuye carácter mercantil a las obligaciones contractuales *y a aquellas que no lo son*. En virtud de esta regla son obligaciones comerciales todas las que nacen de un contrato verificado por un comerciante, así como los que originándose de otro modo son *a cargo* del comerciante. En conse-

(1) Apelación Turín, 30 de Junio de 1883; *Monit.*, 1.107 (en el *sub judice* un comerciante había alquilado unas trilladoras para su empresa agrícola); Apelación Génova, 7 de Mayo de 1886; *Eco*, 247 (en el caso particular un comerciante de seguros marítimos había adquirido un crédito litigioso); Casación Roma, 18 de Noviembre de 1893; *Foro*, 633; Apelación Bolonia, 16 de Septiembre de 1898; *Foro*, 18, 99, 100 (en el caso en cuestión un comerciante de librería había estipulado una renta vitalicia para sí); Casación Roma, 13 de Abril de 1917; *Rivista dir. com.*, 535 (en este caso una Sociedad había tomado en arriendo una finca rústica). conf. por analogía: Casación Roma, 9 de Mayo de 1890; *Foro*, 1890, 11, 438 en la que se dice que considerando como extraños al ejercicio de un comerciante los actos que no entran en la esfera habitual de sus negocios se iría en contra de las costumbres ordinarias y las de los comerciantes que suelen por especulación salirse de los límites y hacer compras y ventas de mercaderías y artículos que no son de su propio comercio. Tribunal Supremo alemán, 2 de Mayo de 1892; *Zeitschrift*, 43, 340. Conformes con el texto MANARA, números 127-131; BOLAFFIO, *Comm.*, 2.ª edic., núm. 19; GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, 2.ª edic., § 43, págs. 455, 463 y sigs., núms. 26-35, § 58, núms. 3, 4; BEHREND, § 28, núms. 4-5; § 29, nota 6. En contra: Apelación Venecia, 25 de Noviembre de 1886; *Trmi ven.*, 1837, 13; Apelación, Bolonia, 15 de Julio de 1892; *Foro*, 1.032.



cuencia, no todos los actos inherentes a su comercio entran en la materia comercial sino sólo aquellos que *dan lugar a una obligación suya*; así, no tiene carácter mercantil el crédito de un comerciante para obtener el reembolso de un pago indebido hecho a quien no es comerciante, o de los gastos realizados en una gestión de negocios para un comerciante, o del resarcimiento que se le debe por culpas de quien no posee la cualidad de comerciante: todos estos créditos del comerciante no constituyen materia regulada por las leyes mercantiles.

88. La aplicación de la regla procede sin discusión ante obligaciones del comerciante derivadas de un cuasi contrato, por ejemplo, de una recaudación indebida, de una contribución a la avería común. Pero la duda duró largo tiempo tratándose de las obligaciones originadas en cuasi delitos.

Se dijo que estas obligaciones son de naturaleza esencialmente civil, porque significa una iniquidad hacer depender la suerte de la víctima de la condición personal del culpable, y sujetarla a la ley mercantil sólo porque éste, a quien la víctima no ha buscado ni elegido, es un comerciante. Pero afortunadamente se puede dejar a un lado esta consideración moral, pues si por una parte favorece al perjudicado la aplicación de la ley civil al hacerle disfrutar de una prescripción más larga (y será difícil que la víctima que sufre por el daño padecido retrase la demanda de resarcimiento), por otra parte le favorece bastante más poder obrar contra el culpable con la demanda de quiebra, concedida solamente a los acreedores por causa de comercio (art. 687), y poder obtener contra él la ejecución provisional de la sentencia (art. 409, Código procedimiento civil) y el más elevado tipo de los intereses (art. 1.831, Código civil).

Prescindiendo de la voz del sentimiento, se afirma equivocadamente que la responsabilidad por las culpas es extraña al comercio; contestamos que, al contrario, está inseparablemente relacionada con el ejercicio del comercio. Tan es así, que en ciertas empresas, por ejemplo, en las de transportes, la responsabilidad constituye una cuenta abierta en su gestión a la que deben hacer frente con un adecuado fondo. Si el legislador mismo sujeta a la prescripción y a la jurisdicción comerciales muchas obligaciones provenientes de culpa (1), ello significa que su criterio no concuerda

(1) Código de comercio, art. 923 (hurto de naves), art. 921 (custodia de los libros de comercio del quebrado), art. 869 (secuestro ilegítimo), art. 869, núm. 3 (culpas cometidas por el Capitán, por la tripulación, por los factores y representantes en el ejercicio del comercio), y a éstas deben añadirse las acciones

con el de estos intérpretes, puesto que encuentra lógico que se considere comercial una obligación de origen delictivo originada en el ejercicio del comercio. Este es el concepto justo; no es posible verificar una investigación sobre la culpa sin tener en cuenta las condiciones técnicas de la empresa y más generalmente de la industria que ella ejercita; no es posible someterla, como consecuencia de su responsabilidad, a un sistema de leyes distinto del que regula su ejercicio sin colocarla en condiciones más difíciles de aquellas en que se encuentra cualquier otro ciudadano. Considérese, en efecto, que la empresa, precisamente por ser comercial está afectada en todos sus créditos por una prescripción de diez años (art. 917, Código de comercio), que después de diez años queda autorizada para deshacerse de los libros y de las cartas de donde podría salir la prueba de su responsabilidad o de la remisión o de la transacción estipulada con el perjudicado, y se comprenderá cómo esta penetración de la responsabilidad civil en una hacienda comercial perturbaría profundamente el sistema de la ley (1).

No se arguya que el legislador da a entender en muchos casos que ha considerado como actos de comercio solamente los contratos (arts. 54 y 915). Este no es el sentido de la ley (núms. 102, 2.218); pero aunque lo fuese no puede darse a la palabra «actos» un significado tan restringido cuando el legislador la usa sin acompañarla de aquellas otras expresiones que limitan su significación (*contratantes*).

Ni se oponga que el Código hablando de los actos de comercio sienta la hipótesis de que intervengan varias personas (art. 869, núm. 1.º) porque aquí el legislador considera la fase judicial del negocio, en el cual necesariamente deben participar dos personas por lo menos, el actor y el demandado; pero esto no significa que en todo acto de comercio deban concurrir varias personas como en los contratos.

por competencia desleal, que tienen también su fundamento en la ofensa a la ley.

(1) La doctrina y la jurisprudencia más autorizadas están de acuerdo en este sentido. Véase especialmente MANARA, *Atti di com.*; núms. 38, 39, 69, 171-193 y en algunas recomendables notas en la *Giurisp. it.* (1875, 1, 1, 450; 1895, 1, 2, 14; 1896, 11, 796); BOLAFFIO, *Com.*, 4.ª edic., 1, núm. 97 y sig.; MORTARA, *Comment. al Cod. de com.*, vol. IX, 4.ª edic., núm. 29 y sig., 185; y en jurisprudencia: Casación Roma, 12 de Abril de 1916; *Foro it.*, 1916, 1, 791; la misma 17 de Julio de 1916, *Foro it.*, 1916, 1, 1.295; Casación Palermo, 12 de Octubre de 1914, *Foro it.*, 1915, 1, 292; Casación Turín, 31 de Octubre de 1913 y 26 de Septiembre de 1914, *Monit.*, 1918, 8, y *Foro it.*, 1915, 1, 375; Casación Turín, 15 de Marzo de 1918, *Mon.*, 239. Contra: Casación Nápoles, 29 de Mayo de 1915; *Foro*, 1915, 909.

89. Cuando resulte cierto que el obligado es un comerciante, sus obligaciones deben presumirse comerciales cualquiera que sea su edad, su sexo, el género de su comercio, el ordenamiento jurídico de su hacienda.

En consecuencia, si el obligado no es un comerciante los actos que realiza no se presumen mercantiles puesto que falta el sujeto comerciante al que puedan referirse y con el que puedan relacionarse. La presunción, pues, no acompaña a los actos de un socio de responsabilidad ilimitada que no ejerza el comercio, en nombre propio; sólo una deplorable confusión entre las dos personas y los dos patrimonios distintos, del socio y de la Sociedad, podría conducir a una conclusión diferente (núm. 101); así vemos que dicha presunción no se extiende al Estado, al Municipio ni a la Provincia porque estos organismos no son comerciantes.

90. La presunción de que el acto del comerciante sea mercantil, tiene carácter relativo; criterio justo, porque también el comerciante es un ciudadano, cabeza de familia, contribuyente, soldado y por tanto su actividad jurídica puede aplicarse igualmente a campos extraños al comercio. Ciertamente que la ley emplea en el art. 4 la frase «se reputan», es decir la misma palabra que ya usó en el artículo precedente con el significado de una declaración absoluta de comerciabilidad, lo que podría hacer creer que el art. 4.º se refiere igualmente a una presunción absoluta. Pero no es así, porque el verbo *reputar* se emplea en los dos artículos por razones completamente diversas: en el art. 3, para significar que los actos de comercio en él mencionados son tales por fuerza inderogable de la ley; en el art. 4, para indicar que la presunción puede ser combatida; y este doble uso del verbo *reputar* debe aplicarse según los motivos que le sugirieron, no con su engañosa conformidad. La presunción es relativa porque se la puede impugnar; esta declaración de la ley da forzosamente a la presunción del artículo 4 el carácter jurídico de una presunción relativa (1).

(1) En este sentido la doctrina y jurisprudencia extranjera: RAMPONI, *Delle presunzioni*, Turín, 1890, págs. 241, 173; BOLAFFIO, *Comm.*, 2.ª edic., núm. 19, letra d; OTTOLENGHI, I, núm. 45; y la clara exposición del Relator MANCINI, pág. 40; LYON-CAEN y RENAULT, *Traité*, núm. 169; BOISELT, núm. 49; GOLDSCHMIDT, 2.ª edic., § 38, nota 3; ANSCHUTZ y VON VOLDERANDORF, *Komm.*, art. 274, núm. 1.º; GARESI y FUCHSBERGER, art. 274, núm. 33. La opinión aislada de MANARA según la que el legislador ha creado una presunción absoluta *juris et de jure* (*Gli atti di comm.*, núms. 35, 97 y sigs.) deriva, según mi entender, de una confusión entre presunciones absolutas y las que admiten sólo ciertas pruebas contrarias, las cuales por eso no dejan de ser presunciones relativas. De estas tenemos varios ejemplos en el Código de comercio, arts. 13, 40, 384 y con ellas esta enumerado el caso previsto por el art. 4.

La presunción puede ser combatida; pero la ley la refuerza limitando el modo de impugnarla. En efecto, la prueba de que el acto sea extraño al comercio, no se debe inferir de cualquier circunstancia anterior o posterior al contrato, sabida o ignorada por los contratantes, sino que debe deducirse de la naturaleza jurídica del mismo, esencialmente civil, o de las circunstancias que forman parte integrante del contrato.

91. La naturaleza del acto se considera *esencialmente civil*, cuando por sus caracteres jurídicos, fijados por el legislador, es siempre extraño al ejercicio de todo comercio: tales son todos los actos que regulan las relaciones de familia, de sucesión, de ciudadanía, las relaciones fiscales del Estado, de la Provincia o de los Municipios con los ciudadanos (1).

También tienen carácter esencialmente civil los depósitos hechos en las Cajas de Ahorro, cualquiera que sea el depositante. El depósito por ahorro, a diferencia del depósito en cuenta corriente (art. 22. L. 15 de Julio de 1888) está siempre considerado como un acto civil de previsión. Debe tener, en interés del instituto y de la masa de depositantes, la misma disciplina civil

(1) Así la jurisprudencia que prevalece en Italia que considera acto esencialmente civil el cobro de los impuestos, aun realizado por Bancos y por licitadores comerciantes. Véase Casación Roma, 10 de Enero de 1899; *Cons. comm.*, 73; Casación Roma, 23 de Septiembre de 1896 (Secciones unidas); *Giurisp. ital.*, 1896, 891; Casación Turín, 29 de Abril de 1891; *Giurisp. ital.*, 519; Casación Florencia, 28 de Enero de 1889; *Temi ven.*, 120; Casación Nápoles, 25 de Febrero de 1885, *Legge*, 665; Casación Roma, 11 de Julio de 1877; *Foro*, 1878, 129; Apelación Trani, 16 de Mayo de 1905; *Rass. giurid.*, 123; Casación Florencia, 20 de Febrero de 1905; *Temi*, 232; *BOIAFFIO*, en la *Temi*, 1902, 803 y 1901, 776; *CARBONE*, *Giurisp. ital.*, 1900, 1, 2, 583. Al contrario, una jurisprudencia ahora preponderante considera acto de comercio el arriendo del cobro de derechos de consumo: Apelación Roma, 18 de Junio de 1912, *Foro Rep.*, 1912, voz *Acto de comercio*, núm. 19; Casación Turín, 30 de Octubre de 1902, *Foro*, 1903, 447; Apelación Venecia, 30 de Agosto de 1901; *Temi*, 477; Apelación Palermo 15 de Noviembre de 1901; *Foro ital.*, repert. *Atto di comm.*, núm. 18; Apelación Génova, 28 de Junio de 1897; *Temi gen.*, 490; Casación Turín, 24 de Enero de 1893; *Foro*, 499; Apelación Turín, 8 de Abril de 1895; *Giurisp. tor.*, 422; Apelación Catania, 6 de Septiembre de 1895; *Giurisp. Cat.*, 230; Casación Turín, 29 de Abril de 1891; *Giurisp. ital.*, 519; *Id.*, 22 de Febrero de 1889; *Foro*, 455. En sentido contrario: Casación Florencia, 28 de Enero de 1889; *Foro*, 327; Apelación Trani, 23 de Mayo de 1894; *Foro*, Repertorio letra: *atto di comm.*, núm. 6; Apelación Nápoles, 30 de Abril de 1894; *Id.*, núm. 7; Casación Nápoles, 30 de Mayo de 1894; *Id.*, núm. 8; Apelación Roma, 26 de Marzo de 1904 (a menos que el arriendo entre en la esfera de una empresa completa comercial); *Giurisp. italiana*, 1904; 1, 11, pág. 425; Apelación Trani, 22 de Diciembre de 1906, *Re-sena giuridica*, 1907, 10; Apelación Venecia, 13 de Diciembre de 1908; *Temi*, 1909, 181; Apelación Trani, 5 de Febrero de 1909; *Foro Rep.*, voz *Acto de comercio*, núm. 12; Casación Nápoles, 31 de Mayo de 1910; *Monit.*, 926; Casación Roma, 18 de Julio de 1910, voz *Acto de comercio*, núm. 9.

aunque sea realizado por un comerciante. Si éste pudiese invocar en su defensa la ley mercantil se perturbaría la igualdad que debe regular la suerte de los depositantes (1).

Sin embargo, se extiende erróneamente el concepto de «naturaleza esencialmente civil» cuando se consideran tales las obligaciones derivantes de cuasi delito (núms. 87 y 88), o aquellas provenientes de actos gratuitos. Los socorros otorgados a los obreros heridos fortuitamente en el taller, las pensiones dadas a los empleados, beneméritos, las concesiones graciosas de una parte de los beneficios a los agentes, las liberalidades de los Bancos en favor de las clases desheredadas, son tributos del comercio a la solidaridad y a la paz social indispensables para su próspero desarrollo (2); dichos actos no pueden considerarse como esencialmente extraños al comercio, porque miran a una bien entendida conveniencia. Desde el momento en que el Código enumera entre los actos objetivos de comercio las obligaciones cambiarias, aunque sean gratuitas, no cabe decir que toda liberalidad es incompatible con el comercio. Si lo fuese, las Sociedades mercantiles no podrían verificar ningún acto de beneficencia, porque su esfera de acción está limitada al ejercicio de los actos de comercio (art. 76), y cualquier liberalidad hecha por el gestor se debería anular por caer fuera de los límites de su mandato (art. 370).

No son esencialmente civiles los contratos que ordinariamente se relacionan con la agricultura, como la enfiteusis y la aparcería, pero pueden también relacionarse con las empresas de edificación (3) y con el comercio de ganados (4). Y respecto al error de considerar como incompatibles con el ejercicio del comercio

(1) Conf. Casación Nápoles, 8 de Febrero de 1906; *Riv. dir. com.* 1906, 389; Casación Roma, 31 de Marzo de 1903; *Id.*, 1904, 108; Casación Roma, 5 de Marzo de 1904; G. S., 605; Apelación Perugia, 14 de Enero de 1909; *Foro*, 283; Conf. TARTUFARI, *Riv. dir. com.*, 1904, 11, 109; A. SCIALOJA, *Foro*, 1909, 284; DIAMELLI, pág. 50, núm. 10.

(2) En este sentido: MANARA, núms. 53-55; ANSCHUTZ y VON VOLDERN-DURFF, 1, *Comm.*, art. 42, pág. 323; BREND, 1, pág. 135; GARESÍ y FUCHS-BERGER, *Komm.*, art. 274; núm. 32; los cuales citan varias sentencias del Tribunal Supremo según el cual no se podría nunca aplicar la presunción de comercialidad a las donaciones por causa de muerte (*Entscheid.* XVIII). La misma doctrina sigue el Código vigente (LEHMANN y RING, vol. 11, § 343, núm. 11) tanto si el comerciante es el donante como si es el donatario. Para los negocios en los cuales el beneficiado es el comerciante, véase la jurisprudencia citada al núm. 94.

(3) Apelación Roma, 27 de Octubre de 1886; *Foro*, 1886, 1.212. Erróneamente la Casación de Turín, 11 de Agosto de 1892; *Monit.*, 884, declaró esencialmente civil el arriendo de un jardín hecho a un comerciante de frutas y de flores.

(4) Véase art. 1.667, Código de comercio. Casación Roma, 18 de Abril de 1893; *Foro*, 633; Apelación Turín, 14 de Febrero de 1887; *Annali*, 85. En contra: Apelación Bolonia, 15 de Junio de 1892; *Foro*, 1.032.

Las especulaciones sobre los inmuebles, no vale la pena de combatirle: el Código mismo condena abiertamente esta opinión enumerando las compras y las ventas de inmuebles entre los actos objetivos de comercio. El arrendamiento de un inmueble, la adquisición de una servidumbre real o personal, la hipoteca, son tan poco incompatibles con el comercio, que a menudo constituyen la condición indispensable para comenzar su ejercicio; así puede ocurrir con el arrendamiento de un edificio para instalar allí un taller, la derivación de aguas para ponerle en movimiento, o la hipoteca para obtener una apertura de crédito (núms. 50 y 51).

92. El acto debe reputarse extraño al comercio cuando, considerado en el momento de estipularle, ambos contratantes tenían noticia, o debían tenerla, lo cual da lo mismo, de que dicho acto no podía referirse al comercio del obligado. Si de las circunstancias, examinadas caso por caso, que acompañaran al contrato se deduce aquella falta de conocimiento, el acto es civil y las obligaciones que de él nacen conservan el carácter civil hasta que se extinguen, aunque sean cedidas (1): *initium contractus spectandum est*. Por el contrario, cuando las circunstancias no excluyen toda relación de la operación con el ejercicio del comercio, el acto deberá reputarse de índole comercial.

Para determinar la naturaleza del negocio es preciso considerarle en su integridad y no sólo en el documento en el que se hizo constar. También en este caso es aplicable la regla en virtud de la cual, tratándose de materia comercial, el documento puede ser impugnado e integrado con testimonios para probar, en contra o a favor de él, la naturaleza mercantil o civil de la operación (2).

93. Si los contratantes confiaron la prueba de la obligación a un documento destinado a bastarse por sí mismo, el deudor comerciante que le ha suscrito no podrá sostener su índole civil frente a un cesionario de buena fe, a menos que resultase del propio documento que el negocio que le ha originado es extraño al comercio. No dándose esta última circunstancia, el cesionario tie-

(1) Una aplicación de esta regla está en el art. 43 en cuya virtud el crédito originado por un acto civil no pierde la propia naturaleza civil aun cuando la cesión sea un acto de comercio para ambos contratantes o para uno solo de ellos.

(2) Así la Memoria MANCINI, pág. 43: «Aun sin la declaración exclusiva de la comercialidad del acto, es lícito al Magistrado deducir del objeto y de las cláusulas del contrato la verdadera intención de las partes». Casación Nápoles, 18 de Agosto de 1870; *Annali*, 1870, 114; Casación Turín, 18 de Julio de 1898; *Temí gen.*, 449; Apelación Turín, 14 de Abril de 1905; *Giurisp. tor.*, 797.

ne derecho de hacer valer, ante la firma del comerciante puesta al pie del documento, la presunción que acompaña a todos los actos del comerciante, establecida en el Código, no sólo en interés de quien contrata con aquél, sino también en interés general, para hacer más rápido y seguro el ejercicio del derecho. Permitiendo que el deudor pruebe con argumentos deducidos fuera del título, que la obligación no es mercantil, podría escapar a las consecuencias rigurosas que acompañan a los actos de comercio, por ejemplo, a la declaración de quiebra, sobre la cual el cesionario creía poder contar (1). Cuando el documento se basta a sí mismo no se puede oponer al cesionario su índole civil a no ser que aparezca de un modo palmario; nada impedía al comerciante indicar dicho carácter en el documento: si no lo hizo, a pesar de que sabía que éste podía transmitirse a quien ignoraba la causa civil de la deuda, la culpa será exclusivamente suya. El beneficio de la reforma legislativa que suprimió al deudor de un crédito comercial la facultad de rescatarle (art. 43), quedaría casi enteramente perdido si el cesionario estuviera siempre expuesto al peligro de ver que se le oponía la naturaleza civil del crédito. Es cierto que, por lo general, el crédito pasa del cedente al cesionario con todas las restricciones y excepciones oponibles al primero; pero también es cierto que esta regla no tiene carácter absoluto, puesto que la sustitución de un nuevo acreedor al antiguo puede modificar la condición del deudor (2). Es verdad igualmente que la palabra «acto» usada por el legislador se refiere de ordinario al total negocio jurídico (*id quod actum est*), pero cuando los contratantes confiaron la prueba de la operación a un documento que puede bastarse a sí mismo, se entiende que han abandonado las circunstancias que allí no hicieron constar. Es cierto, por último, que

(1) Las escrituras de los comerciantes fueron reputadas comerciales por los Estatutos y los escritores italianos, y mediante de esa presunción se justificó la fuerza ejecutiva dada a sus manuscritos. Véase sobre la historia de esa presunción LATTES, pág. 78, nota 2, pág. 251; MANARA, núms. 79, 87 y sigs.; GOLDSCHMIDT, §42, nota 10, §58, nota 12; VIVANTE, 2.^a edic., vol. III, núm. 1.345. Esta tradición, que ejerció notable influencia sobre la redacción de los arts. 632 y 638 del Código francés, triunfó en el Código comercial alemán, art. 274 (§ 344, Código de comercio, 1900): «los manuscritos firmados por un comerciante se consideran como suscritos durante el ejercicio de su comercio, toda vez que de los mismos no surja lo contrario» y el sistema alemán ejerció, según la confesión de los comisarios italianos, una influencia decisiva sobre sus deliberaciones. La cuestión de si la índole civil de la obligación pueda oponerse por el comerciante, aun cuando no resulte del título, al cesionario, es objeto de discusión también en Francia. Véase, DEMANGEAT SUR BRAVARD, VI, 407; LYON-CAEN y RENAULT, *Traité*, I, núm. 169.

(2) CUTURI, *Vendita*, núm. 208; AUBRY y RAU, IV, § 359 bis, pág. 438 y sigs.; LAURENT, XXIV, núms. 534, 535.

de este modo el acto queda regulado de diversa manera según que se estipule verbalmente o por escrito, pero esto está justificado por la circunstancia de que en el segundo caso fué emitido un documento capaz de circular por sí o de crear una expectativa de derecho que no puede quedar defraudada sin ofensa a la buena fe. El Código mismo nos ofrece un ejemplo de esta aparente anomalía no sólo en las operaciones que dan origen a títulos a la orden y al portador, sino también cuando absuelve al factor de toda obligación personal si aquel con quien contrata, podía deducir de las circunstancias del caso que el factor contrataba por el principal, obligándole en cambio personalmente si, realizado por escrito el contrato, omite declararlo (1).

Esto no obstante, el comerciante tiene derecho a impugnar la presunción probando que el cesionario sabía la causa civil del crédito en el acto de la adquisición (2); o bien demostrando que mediante dicha presunción se le privarían de las defensas prescritas por el Código en protección intangible de los incapaces; el amparo de estos prevalece sobre la defensa de la circulación (núm. 113).

94. La prueba de que el acto es ajeno al comercio puede darse tanto por el comerciante como por la otra parte; cada uno la puede aportar, cuando es admisible, con cualquier medio de prueba y por consiguiente también con testigos y con presunciones, puesto que se trata de probar hechos, y no obligaciones, cuya existencia es incuestionable (3).

(1) Art. 371, Código de comercio. Véase conforme al texto: Casación Turín, 18 de Julio de 1898; *Monit.*, 721. Según MANARA, núms. 75-105 seguido por PAGANI (*Comm.*, pág. 148) no debe hacerse distinción entre contratos verbales y escritos, y en ambos casos puede integrarse por medio de testigos el acto jurídico para oponer a los cesionarios del título aquella causa civil que no resulta del título. Sin embargo, también dicho autor se detiene ante las consecuencias perniciosas de este sistema, desde el momento que recomienda al Juez (103) valerse con cuidado de la muy delicada facultad que le concede el art. 44, núm. 8.º del Código de comercio de admitir la prueba de testigos o las simples presunciones contrarias o a favor del acto escrito.

(2) En ese caso el comerciante tendría una *exceptio doli* en contra de aquél. Véase GOLDSCHMIDT y HACHENBURG, II, pág. 202; STAUB, § 344, nota 14; WOLFF en la *Goldschmidt's Zeitschrift*, XLVII, pág. 251; LEHMANN y RING, II, § 344, núm. 12.

(3) Por lo tanto pudo juzgarse sin ofensa al derecho que la presunción no cede aunque si el mutuo haya sido hecho al comerciante con el interés civil del 5 por 100; Apelación Florencia, 30 de Enero de 1897; *Foro*, 733; Apelación Venecia, 18 de Febrero de 1903; *Temi*, 255. Aun cuando haya sido hecho sin intereses y por relaciones de parentesco; Apelación Turín, 31 de Agosto de 1893; *Giurisp. tor.*, 653; Apelación Milán, 17 de Marzo de 1894; *Monit.*, 399; Apelación Turín, 21 de Marzo de 1903; *Giurisp. torin.*, 529. Aun cuando el comerciante deudor

§ 14.—*Actos de comercio unilaterales (art. 54)*

Sumario.—95. Con qué ley están regulados en el Derecho vigente.—96. La regla del art. 54 vale solo para las obligaciones derivadas de contrato.—97. No rige para los contratos civiles accesorios de los contratos comerciales.

95. De ordinario, sólo los negocios verificados entre comerciantes son mercantiles para ambos contratantes, pero los realizados entre un comerciante y otra persona que no lo es (y forman el mayor número) son comerciales sólo respecto del primero. El Código mismo habla de algunas de estas operaciones, a fin de hacer notar que pueden ser mercantiles para una sola de las partes, como el seguro, la cuenta corriente, la letra de cambio (art. 6). En otros muchos negocios la naturaleza mixta resulta de las fórmulas usadas en el Código de comercio (art. 3); así cuando dice que son mercantiles las empresas de suministros de manufacturas etc., se entiende que sus operaciones son mercantiles para quien explota la empresa pero no para quien contrata con ella, salvo que el acto tenga carácter comercial también respecto de este último por otro motivo. ¿Con qué ley se deberán regular en tal caso las relaciones de los contratantes? Cabe regularlas con la sola ley civil, con la ley mercantil, o, dividiendo la unidad del negocio, se podría aplicar la ley del demandado (1) o la que responda a la naturaleza civil o comercial de la obligación según plazca a la parte para la que el negocio no es mercantil (2). Pero el sistema que sometía el mismo acto a dos leyes distintas conducía a contradicciones en las sentencias, a inicuas desigualdades entre los contendientes; hacía depender la elección de la ley de sus posiciones procesales y en consecuencia abandonaba a menudo a su mala fe la validez y los efectos del acto (3). La unidad del contrato exi-

agregara a la propia firma la cláusula «visto y aprobado» que es exigida tan sólo para las obligaciones civiles (art. 1.325); Casación Turín, 19 de Diciembre de 1891; *Monit.*, 1992, 83. En el mismo sentido: Casación Roma, 27 de Octubre de 1904; *Rass. Comm.*, 296; Apelación Milán, 5 de Mayo de 1908; *Monit.*, 492.

(1) Así hacía el Código italiano de 1865, art. 91; así también la ley belga, 25 de Marzo de 1876, art. 13. La doctrina francesa está dividida; son de este parecer LYON-CAEN y RENAULT, *Traité*, núm. 360.

(2) Esta doctrina parte del concepto según el cual la ley mercantil es ley de excepción. Conforme Código Albert. de 1852, art. 680; es la doctrina francesa prevaleciente. LYON-CAEN y RENAULT, loc. cit.

(3) Los inconvenientes de los sistemas precedentes están vivamente expuestos por el HON. MANCINI en las discusiones de la Com. preliminar, véase Verb.,

gía que fuese regulado por una ley única (este sistema había sido ya acogido para regular los actos realizados por ciudadanos de naciones diversas, art. 9, Disp. preliminar), y siguiendo la tendencia a extender la esfera de acción de la ley comercial, ésta fué impuesta a todos aquellos que toman parte en un acto mercantil. Por tanto, según el Derecho vigente, la unidad del acto une a todos los contratantes bajo la misma ley y bajo el mismo Juez. Esta regla se aplica igual al acto mercantil objetivo que al acto mercantil subjetivo, tanto si quien ejercita la acción o aquel contra quien se ejerce es comerciante, como si no lo es ni puede llegar a serlo, cual sucede con el Estado (1). Rige además cuando la mayoría de los contratantes ha estipulado un acto civil (2), y cuando aquel para quien el acto es mercantil no toma parte en el juicio, ya que la regla no sólo tiene un alcance judicial sino también de derecho sustantivo; si sólo tuviese aquel significado no habría sido necesario añadir a la disposición del art. 870 la del art. 54. Así, las controversias entre el asegurado y el beneficiario de una póliza de seguro sobre la vida están sujetas a la ley mercantil aunque la compañía aseguradora, para la que únicamente es comercial el acto, no intervenga en el juicio (3).

núm. 164, 168, 173, 183, y en su Relación al Senado, pág. 179 y sig., así como en los motivos del Código de comercio alemán. VENTURI, sobre los arts. 271, 277; GOLDSCHMIDT, 2.^a edic., § 45, nota 4.

(1) Casación Turín, 10 de Mayo de 1895; *Jurisp. ital.*, 611.

(2) MONARA, núms. 145, 163; BEHREND, § 30, y la jurisprudencia alemana allí citada. La regla del art. 54 deducida del art. 277 del Código de comercio alemán (corresp. al § 345, Código de 1900) fué acogida concordemente por las más recientes legislaciones: véase Código húngaro, §. 264; Código portugués, art. 99; Código español, arts. 2, 50; Código rumano, art. 56; Código del Perú, art. 5; Código del Salvador, art. 2. El Código italiano dió a la regla derivada del Código alemán una aplicación mucho más extensa, porque según este último el contratante para quien el acto no es mercantil está sujeto solamente a las disposiciones del libro IV (libro III del Código vigente) y porque son frecuentes los artículos que por expresa reserva de la ley no pueden extenderse a quien no verifica acto de comercio. Véase GOLDSCHMIDT, §. 45; BEHREND, § 35. Sobre los peligros de esta extensión, véase Introducción, pág. 11 y sig.

(3) Aplicaciones hechas por la jurisprudencia, en virtud del art. 54, de las diversas disposiciones del Código a aquellos que no realizaron un acto de comercio: del art. 41, Casación Turín, 14 de Diciembre de 1888; Apelación Milán, 25 de Noviembre de 1890; *Monit.*, 1889, 76, 1891, 112. Del art. 14, especialmente para la admisión de la prueba testimonial: Casación Turín, 2 de Abril de 1889; *Jurisp. ital.*, 637; Casación Nápoles, 9 de Marzo de 1889; *Jurisp. ital.*, 546; Casación Florencia, 25 de Febrero de 1889; *Id.*, 462; Casación Turín, 12 de Julio de 1888; *Id.*, 554; Apelación Venecia, 27 de Mayo de 1886; *Temi veneta*, 289; Apelación Milán, 12 de Diciembre de 1894; *Monit.*, 1895, 106; Apelación Trani, 10 de Marzo de 1905; *Foro pugl.*, 183; Casación Florencia, 17 de Abril de 1905; *Temi*, 577; del art. 70; Casación Nápoles, 19 de Enero de 1887; *Foro ital.*, 510. De la medida de los intereses: Casación Roma, 27 de Julio de 1897;

96. La regla mencionada vale en todo el campo de las obligaciones comerciales igual respecto de las que se derivan de un contrato como respecto de las derivadas de otra fuente, salvo la limitación anteriormente expuesta (núm. 87) en cuya virtud, cuando se trate de una obligación nacida de una relación distinta del contrato, dicha obligación debe ser a cargo del comerciante; en el caso en que sea a su favor, y a cargo del no comerciante se cae fuera de la materia comercial.

Inoportunamente se quiere circunscribir a los contratos el alcance del art. 54 fundándose en que se indica a los contratantes. El legislador usó esta palabra porque el comercio es una trama de negocios en la que el contrato ocupa la posición predominante. Pero ante la ambigüedad que existe en este artículo entre la palabra actos con la que el Código pretende significar todo *hecho* capaz de producir efectos jurídicos (arts. 3 y 4, 9, 10, 869, núm. 1.º) y la alusión a los *contratantes*, debemos atenernos al significado que el vocablo tiene en el Código entero. La ley Procesal (art. 869) al someter al juicio mercantil todas las controversias originadas por actos de comercio, incluso las nacientes de delito o cuasi delito, demuestra la intención por parte del legislador de querer regular con la ley comercial lo que está regulado por los procedimientos y los términos comerciales. Así se amplifica tanto en este caso como en el de la prescripción en donde son también indicados los contratantes (núm. 2.218), una norma incompleta de la ley, extendiéndola conforme pretende el sistema del Código (1).

97. La regla no se aplica a las disposiciones relativas a la persona del comerciante (2) ni en aquellos casos en que la ley mercantil la ha excluido explícita o implícitamente. En tal sentido se manifiesta la ley cuando libra de la presunción de solidadad a los no comerciantes que se obligan conjuntamente respecto de un comerciante por un negocio que no constituye para

Cons. com., 1897, 279; Casación Roma, 20 de Abril de 1901; *Juris. ital.*, 669; Casación Turín, 14 de Diciembre de 1888; *Foro*, 1889, 76. Del art. 91, Código de procedimiento civil: Casación Roma, 2 de Mayo de 1901; *Monit.*, 655; Casación Turín, 17 de Octubre de 1901; *Juris. torin.*, 1901, 1,542; *Id.*, 28 de Abril de 1902, *Temi genov.*, 292. Del art. 485, núm. 1.º, Código de procedimiento civil: Apelación Génova, 26 de Octubre de 1887; *Giurisp. ital.*, 1888, 346.

(1) Conf. BOLAFFIO, *Riv.*, 1918, 669.

(2) A estas pertenecen todas las reglas sobre la capacidad, arts. 9-15; sobre las publicaciones matrimoniales, arts. 16-20; sobre los libros de comercio, artículos 21-28; sobre su fuerza probatoria, arts. 48-52 (conf. Apelación Venecia, 27 de Abril de 1909, *Temi*, 402); sobre la obligación de pagar las letras de cambio, art. 399; de rehusar solícitamente el mandato, art. 351; sobre la quiebra, artículo 683 y sig. Véase BOLAFFIO, *Corso universitario*, pág. 189.

ellos acto de comercio, como ocurriría en el caso de varios asegurados que se aseguran con la obligación de pagar la prima conjuntamente (arts. 6 y 40). Con igual criterio se expresa la ley cuando limita la aplicación de las leyes mercantiles en las relaciones del mandatario con su mandante al solo caso en que el encargo tenga por objeto un negocio comercial para éste (art. 349), excluyendo por tanto la aplicación de la ley comercial en el caso en que el mandato se refiera a un negocio que es mercantil únicamente para el tercero con quien el mandatario concluye el trato (1).

(1) Conf. Casación Florencia, 28 de Mayo de 1895; *Temi ven.* 377.