

CAPITULO II

Derechos y obligaciones de los comerciantes

§ 13.—LOS NOMBRES COMERCIALES (*Le ditte*) Y LA CONCU- RRENCIA DESLEAL (I)

Sumario.—138. Derecho absoluto al uso del propio nombre.—139. El nombre puede ser usado como nombre comercial, como marca de fábrica, como distintivo; diferencias.—140. Qué es el nombre comercial.—141. No deben confundirse los nombres comerciales con las denominaciones sociales.—142. *Nombres comerciales propios*. Corresponden al estado civil del comerciante.—143. Nuestro derecho no admite la libertad de separarse de un nombre comercial ni de ejercer el comercio

(1) El registro de los nombres comerciales de los comerciantes, correspondientes por lo general a su nombre civil, constituía el fundamento administrativo de la Corporación y se encuentra en los Estatutos del siglo XIII (*liber matricula mercatorum*); LATRAS, pág. 24₁₈, pág. 84; FERRI, *Del diritto dell'entratura*, Florencia, 2.^a ed., 1895, Cap. V, *Della matricola*; MEMORIA MANZINI, pág. 55 y sig.; GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, pág. 164₇₁, 273₁₉; LASTIG, *Florentiner Handelsregister des Mittelalters*, Halle, 1893; Id., *Markenrecht und Zeichenregister*, Halle, 1890, pág. 165 y sig.; MAYER, *Das sogenannte Publizitätsprinzip*, en *Grünhuts Zeitschrift*, vol. XXXII. Estos registros de los nombres comerciales desaparecieron con las Corporaciones y no fueron ya acogidos en el Derecho francés ni en los países que sufrieron su influencia como Italia. Fueron en cambio mantenidos y regulados de modo uniforme en Austria y Alemania, donde las tradiciones corporativas son más fuertes y activas: Código alemán, arts. 12-14 (a. 1861) y bajo su influencia, en otros muchos países: Véase Código húngaro, § 7-24; Código alemán (1900), § 3-16; Código suizo, arts. 859-876 y Reglamento 29 de Agosto de 1882; ley sueca, 18 de Julio de 1837, § 3; Código español, arts. 16-32; Código portugués, arts. 45-61; ley rumana, 18 de Abril de 1884. La reciente ley de 20 de Marzo de 1910, sobre reorganización de las Cámaras de comercio, art. 58 y sig. y el correspondiente reglamento de 19 de Febrero de 1911, art. 70 y sig., han introducido también en Italia, con fines administrativos, el sistema de la denuncia obligatoria de los nombres comerciales y de sus modificaciones. Sobre la historia legislativa y sobre la experiencia del Registro alemán, véase SPAING, *Handelsregister und Firmenrecht*, Berlín, 1911; COMA, *Handels und Genossenschaftsregister*, 3.^a ed., 1910; SCHULTZE, GOERLITZ, *Führung, Handels und Musterregister*, 1893, Ehrenberg *Handelsbr.*, 1, vol., 1913, págs. 524 y sig.

con un pseudónimo.—144. Cambios tolerados en los nombres comerciales.—145. Adiciones a estos.—146. *Nombres comerciales derivados*.—Se puede usar el nombre comercial de un comerciante difunto.—147. Los nombres comerciales no pueden ser cedidos por acto *inter vivos*.—148. La cesión sería nula entre los contratantes.—149. Expondría al cedente a la responsabilidad personal por las obligaciones contraídas por el cesionario.—150. Tutela jurídica de los nombres comerciales.—151. Esta tutela está limitada a los lugares.—152. Diversidad de nombres comerciales.—153. Importancia gráfica de la firma.

138. El comerciante, lo mismo que cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la tutela jurídica de su propio nombre y puede hacerla valer contra todos para distinguir su persona, su patrimonio, su responsabilidad de los demás. Un gran interés público acompaña a este interés privado, porque el desenvolvimiento ordenado de la colectividad no es posible sin una pronta y segura distinción de los individuos y de su responsabilidad en cualquier campo de su actuación civil y política. Si en la vida mercantil es invocada esta tutela más frecuentemente que cuando se trata de la vida civil, la razón está en que de aquélla depende no sólo el honor sino también el interés patrimonial del comerciante; porque en la defensa del nombre queda vinculada la defensa del crédito y la de la clientela que se agrupa poco a poco en torno a aquél. Además el nombre cumple en la vida comercial la misma función que cumple en la vida civil, ya que tanto en una como en otra es un signo para distinguir a las personas, un signo de reconocimiento, cuyo valor, esencialmente variable según la conducta y la fortuna del que le lleva, se refiere por entero al individuo del cual no se puede separar. La diferencia entre el nombre usado en la vida comercial y el usado en la vida civil no es diferencia de naturaleza o de función, sino solo de importancia económica. De aquí que el cometido de la doctrina y de la jurisprudencia en esta materia no consiste en crear un derecho singular, consiste en volver hacia el sistema del Derecho civil, a la observación de las leyes vigentes sobre el estado civil, violentadas a menudo con el pretexto de imaginarias exigencias de la prosperidad del comercio.

139. El nombre puede ser usado por el comerciante como nombre comercial para distinguir su actividad personal, como firma para distinguir sus obligaciones contraídas por escrito, como denominación para distinguir sus mercancías, como marca de fábrica para diferenciar sus productos, o como insignia o se-

ñal para distinguir su establecimiento. En todos estos casos el nombre quiere significar que se trata de una sola individualidad, de una sola energía comercial, se usa a modo de un signo constante para comunicar el crédito de que es capaz a las obligaciones que asume, a los productos que hace circular, a los establecimientos que explota. La índole personal de aquellas diversas funciones del nombre está intensamente acusada en el nombre comercial y se va gradualmente reduciendo hasta tomar un carácter casi enteramente patrimonial y objetivo en las denominaciones de las mercancías y en las marcas de fábrica. Según el grado mayor o menor de su carácter personal, así reciben su disciplina. El derecho exclusivo al uso del propio nombre es un derecho inherente a la persona, y como ocurre con esta, no puede ser enajenado, abandonado, prescrito o expropiado (1). En cambio la denominación de las mercancías (por ejemplo, sombreros G. B. Borsalino, aguas artificiales Gionmi) y la marca, concretándose en una cosa, pueden, al igual que sucede con todas

(1) La doctrina que califica el derecho al nombre como un derecho de propiedad pierde terreno cada día; se observa contra ella: que el derecho al nombre no es, como el derecho de propiedad, un derecho exclusivo, porque el mismo nombre y apellido puede ser llevado por varias personas; que no tiene por objeto una cosa que exista fuera de nosotros; que no puede ser enajenado, abandonado, expropiado, adquirido por usucapión. Si a veces una persona adquiere el nombre ajeno, esta adquisición no obedece a un título de sucesión o de liberalidad, sino al Decreto real que legitima el cambio. Así FADDA y Bensa en sus notas a las traducciones de WINDSCHEID, vol. 1, pág. 637; N. COVIELLO, *Manual de Derecho civil*, Milán, 1910, pág. 153 y sig.; DI FRANCO, *Tratado de la concurrencia desleal*, Turin, 1906 (sacado del *Digesto italiano*), núm. 50; RAMELLA, *Tratado de la propiedad industrial*, Roma, 1909, núm. 554 y sig.; LABBE, en *Sirey*, 1884, 2, 21; LALLIER, *De la propriété des noms et des litres*, Paris, 1890, pág. 2 y sig.; PERREAN, *De l'incessibilité du nom civil* en *Revue critique de legis. et de jurispr.*, t. 49, (1900), pág. 548; *Contribution à l'étude du nom civil*, allí, 1902, pág. 572 y sig.; *Le droit au nom en matière civil*, Paris, 1902, pág. 35 y sig.; KEIBEL, *Du nom commercial*, Paris, 1905, número 12; KÖHLER, *Das Autorrecht* en *Jhering's Jahrbuch für d. Dogm.*, vol. XVIII; *Das Recht des Namensschutzes*, Würzburg, 1885, pág. 78 y sig.; *Das Individualrecht als Namensrecht*, *Archiv. für bürgerl. Recht*, V, pág. 93; GIERKE, en *Holtzendorff-Kohlens Enzykl.*, pág. 915, núm. 5; OPEL, *Das Namenrecht*, *Arch. f. Civ. Praxis*, vol. 87, pág. 313 (1900). Véase en sentido contrario el recomendable estudio de RAVA, *Los derechos sobre la propia persona*, FRATELLI BOCCA, 1901, pág. 67 y sig. La doctrina defendida en el texto fué acogida, según parece, por el Código civil alemán que dedica a la tutela del nombre el § 12 comprendido en la sección y en el título que tratan de las personas: SALEILLES, *Revue crit.*, cit. 1900, pág. 94; EYDEMANN, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, 7.ª ed., 1900, pág. 184 (*Der bürgerliche Name mit anderen Persönlichkeitsrechte, ist ein absolutes subjectives Recht*); DERNBURG, *Das bürgerl. Recht*, §§ 18 y 55; PLANCK, *Com.*, § 12, notas 2 y 7; COSACK, *Bürgerliches Recht*, 3.ª ed., 1, pág. 79, da la siguiente definición: *Das Namenrecht ist ein absolutes Recht an einem unkörperlichen Gut*. También en el reciente Código civil suizo, el art. 20 que contiene las disposiciones referentes a la tutela del nombre forma parte del capítulo *de la personalidad*.

las cosas, ser objeto de propiedad, pueden separarse de la persona que dió su nombre y creó el crédito y constituir materia de cambios, tanto más libres y expeditos cuanto menos llevan el sello personal de quien les incorporó a la vida mercantil. A consecuencia de haber involucradolas diversas funciones del nombre, el cual puede usarse como signo de una persona, de un producto o de un establecimiento, ha venido una deplorable confusión en la disciplina jurídica, de esas diversas materias. *Aquí nos referimos al nombre en su primer y principal significado o sea como signo distintivo del comerciante y de sus obligaciones.*

140. El nombre comercial es aquel con que el negociante ejerce el comercio. Sin un comerciante no se concibe un nombre comercial, como no es concebible un ciudadano sin un nombre.

El nombre comercial existe porque existe el comerciante y no tiene razón de ser fuera de éste. Quien atribuye al comerciante una personalidad jurídica propia y distinta, quien le considera como el representante del nombre comercial, dice una cosa que carece de sentido, ante el derecho y ante la práctica comercial. Es él, el comerciante el solo dueño del nombre comercial, el sujeto de los derechos que se ejercitan con su uso; en él, en su rectitud, en su solvencia confían los terceros; el nombre comercial no es más que una contraseña para distinguirlo de los otros comerciantes (1).

141. En el lenguaje vulgar, que ha penetrado a veces en la misma jurisprudencia, suele incluirse entre los nombres comerciales las denominaciones sociales, y la ampliación de aquel concepto se explica considerando que estas cumplen respecto de las Sociedades la misma función que los nombres comerciales cumplen respecto de los comerciantes, siendo ambos regulados por análoga disciplina jurídica. Pero esta confusión de conceptos

(1) Por eso no deben tomarse al pie de la letra frases como esta: «El nombre comercial tiene una personalidad jurídica», Casación Florencia, 4 de Agosto de 1874; *Anales*, VIII, I, 488; Apelación Milano, 27 de Enero de 1891; *Monitor*, 391: «El nombre comercial es atributivo de personalidad jurídica». Tal concepto constituyó la directiva en los trabajos de ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, 2.ª edición, §§ 15-17; pero fué generalmente rechazado por erróneo: ANSCHUETZ und von VOELDERNDORFF, II, pág. 12, nota 18; BEHREND, § 40; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Komm.*, art. 16, núms. 34-40 y la jurisp. allí citada; LEHMANN, *Lehrbuch*, pág. 140. Estas doctrinas introducen en las disciplinas jurídicas el milagro de los tenedores de libros que para facilitar sus cuentas personifican el almacén, la cartería, la caja, etc., etc., haciendo de estas cosas sujetos capaces de deudas y de créditos. Véase en el sentido del texto: Casación Florencia, 5 de Febrero de 1903, *Temi*, 191.

no tiene ningún punto de apoyo en nuestro derecho positivo y no debe acogerse en el lenguaje jurídico por su falta de precisión.

142. Nombres comerciales propios.—El nombre comercial ha de corresponder al estado civil del comerciante, porque en Italia no tenemos otros registros públicos del nombre que los del estado civil (1). Todo comerciante debe tratar sus negocios y firmar sus obligaciones con el nombre y apellido que tiene en el registro del estado civil. Si, siguiendo los trámites prescritos por las leyes, cambia el propio nombre, debe modificar análogamente aquel con que ejerce el comercio; la mujer comerciante que se casa ha de añadir a su apellido el del marido; la viuda que contrae nuevas nupcias debe tomar también el nombre del nuevo esposo (art. 131, Código civil). De igual modo, se deberá juzgar según el Derecho civil qué modificaciones han de hacer al propio nombre el adoptado o el legitimado (núm. 161). Solamente quien está en regla con su estado civil tiene el derecho de invocar para su nombre la tutela jurídica y puede obligar a quien lleva abusivamente el mismo nombre, a abandonarle (2).

(1) Las disposiciones generales sobre la protección del nombre a que se refieren la ley 30 de Agosto de 1868, art. 5 y la Convención internacional 7 de Julio de 1884, sobre las marcas de fábrica, son las contenidas en el Código civil y en el Decreto de 15 de Noviembre de 1865, art. 119 y sig., sobre el estado civil, ya que no tenemos otras fuentes legislativas sobre los nombres. La doctrina formulada en el texto fué seguida literalmente por la Corte de Bolonia, 7 de Junio de 1901; *Tem. ven.*, 523; por la Casación de Roma; 31 de Diciembre de 1900; *Tem. ven.*, 1901, 100; por la Casación Florencia, 21 de Julio de 1910, rel. CATASTINI; *Rev. d. der. com.*, 1910, 683: «Es *jus receptum* que los nombres comerciales estén en desacuerdo con su estado civil». El concepto según el cual la firma debe corresponder al nombre civil del comerciante constituye también fuera de Italia el punto fundamental de este instituto; Véase Cód. alemán, 1900 § 18: «Todo comerciante debe tomar por nombre comercial su apellido (nombre de familia) acompañado de uno de sus nombres por lo menos, escrito con todas sus letras» (Conf. Cód., 1861, art. 16); Cód. hung., § 11; Cód. port., art. 20; Cód. suizo, art. 867. Así concordemente los escritores alemanes; véase ENDEMANN *Deutsches Handelsrecht*, § 18, 111, 3.ª ed.. *Die Wahl derselben (de la firma) welche sonst frei war, at das Handelsgesetzbuch für die Kaufleute näher reguliert*; THOEL, *Das Handelsrecht*, § 19, c, 1: *Die ursprüngliche Firma soll ohne Ausnahme wahr sein. Die übergegangene Firma darf gänzlich unwahr sein*; BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 40, IV, pág. 254; *Die Vorschriften über die Form der Firma beruhen auf dem Princip der natürlichen Firmen*; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Com.*, arts. 17, núm. 53: *Im Interesse des Verkehrs des Publikums geht das Handelsrecht von dem Princip aus, dass die Firma auf Wahrheit beruhen müsse. Es darf also die Firma nicht willkürlich gewählt werden*; LEHMANN, *Lehrbuch*, pág. 152: *Alle diese Vorschriften haben das Gemeinsame dass sie bei neuen Firmen möglichst am Grundsatz der Firmenwahrheit festhalten*; OPET, *Beiträge zum Firmenrecht*, Zeitschrift, vol. 49 (1900), pág. 55 y sig.

(2) Apelación Génova, 31 de Diciembre de 1887; Eco, 1878, 119; Apelación

La ley de 20 de Marzo de 1910 que introdujo la obligación de denunciar los nombres comerciales, no ha tocado para nada la cuestión que tratamos, pues no contiene norma alguna sobre la formación de dichos nombres, y al silenciarla, toma este instituto tal cual está regulado por el Derecho común (art. 58 y sig.).

143. El comerciante no puede, como tampoco pueden los demás ciudadanos, crearse un nombre a su capricho y comenzar su negocio, tratar los asuntos y obligarse con un nombre fantástico, con un pseudónimo. Semejante costumbre, mediante la que el verdadero autor se esconde detrás de su obra contentándose con que ésta triunfe, entra en los hábitos del arte y de la academia y encuentra una justa defensa en el derecho, pero es incompatible con la vida de los negocios desde el momento que haría imposible constatar en los registros públicos la condición personal y patrimonial del obligado, imposibilitando así igualmente el ejercicio de los derechos de los acreedores contra él o contra sus bienes (1). El abuso sería lógicamente castigado con estas

Venecia, 17 de Enero de 1884; *Reseña*, 11, pág. 24 y especialmente pág. 30; Apelación Milán, 14 de Febrero de 1890; *Tem. genov.*, 443. Contra Apelación Milán, 27 de Enero de 1891; *Monit.*, 391. El mismo principio fué aplicado en materia de sociedades por la jurisprudencia que negó toda tutela jurídica a los nombres asumidos sin la observancia del Estatuto y de las publicaciones legales: Apelación Cassale, 13 de Mayo de 1889; *Foro*, 1.320; Casación Torino, 21 de Mayo de 1890; *Monit.*, 538. Las reglas dictadas en el texto no pueden referirse a las épocas precedentes al ordenamiento del estado civil. Véase SCIALOJA, *Foro Ital.*, 1889, 1.101. En sentido opuesto al texto, BOSIO, *Tratado de las marcas y signos distintivos*, Torino, 1904, el cual niega que el nombre comercial originario deba corresponder al estado civil del comerciante y me acusa de seguir el criterio metafísico de los juristas alemanes!!

(1) Es notable la poca coherencia de nuestros escritores en esta materia, lo cual tiene que ocurrir cuando se abandona el punto de apoyo que ofrece la regulación del estado civil. Así GIANNINI, *La concorrenza desleale*, Nápoles, 1898, después de haber dicho que «cada cual puede crearse un nombre comercial» (núm. 38); que «el nombre comercial se adopta mediante el anuncio que de él se da a los comerciantes» (núm. 63), dice que el nombre comercial debe coincidir casi siempre en todo o en parte con el nombre civil» (núms. 33, 41); que «la adopción de un nuevo nombre de modo legítimo sólo puede realizarse por matrimonio, adopción o cambio de apellido» (núm. 64). También VIBARI, admite la libre adopción de un nombre comercial (3.ª ed., I, núms. 236, 250 y 257). L'AMAR, que ha desarrollado con más lógica la doctrina de la absoluta libertad de los nombres comerciales, admite que el comerciante puede elegir el nombre comercial que más le guste, incluso un pseudónimo o un sobrenombre, y para justificar su criterio aduce la jurisprudencia que se ha formado en el campo totalmente distinto de las marcas de fábrica y de los pseudónimos literarios. En este sentido también BOSIO, *Tratado de las marcas y de los signos distintivos*, Torino, 1914 (núms. 58 y 59) y RAMELLA, *Tratado de la prop. indust.*, (núm. 573). Gracias a esta doctrina se llegaría al cabo de pocos años a crear en Italia una Arcadia de Tirso, de Menandro y de Melibeos consagrados al ejercicio del comercio. Ninguna ley del mundo ha llegado a estos absurdos, ni

sanciones: el que tiene derecho a un título empleado por un comerciante podrá hacerle condenar y obligarle a firmar con su nombre y apellido; quien use como pseudónimo un nombre que corresponde a otro según los registros del estado civil podrá ser condenado a abandonarle cuando ocasione una dañosa confusión de nombres, salvo las mayores sanciones penales en caso de fraude (1).

144. Sin embargo, el comerciante puede introducir en el propio nombre aquellos cambios que no le trasforman esencialmente; esta tolerancia de la doctrina y de la jurisprudencia para con la práctica mercantil no contraría el principio según el cual el nombre comercial debe corresponder al estado civil del comerciante; se limita, sujetando la sustancia de dicho principio, a amoldarle a los requisitos de facilidad y de estabilidad del nombre exigidos en el comercio.

Así, se reconoce al comerciante el derecho de abreviar el nombre comercial suprimiendo el nombre e indicándole con la inicial, y también el derecho a conservarle inalterado cuando ha conseguido acreditarle, aunque a causa de subsiguiente matrimonio o de adopción deba verificar algún cambio en su estado civil.

Las leyes han reconocido implícitamente esta costumbre.

Vemos, en efecto, que el Código de comercio permite al comerciante obligarse cambiariamente con su nombre comercial, es decir, con un nombre abreviado, al paso que obliga a los demás ciudadanos a firmar con el nombre y apellido completos; y que la ley sobre la deuda pública permite al comerciante encabezar con las rentas su propio nombre comercial, mientras que a las otras personas les prescribe la indicación de nombre y apellido acompañado del nombre del padre, del marido o del tutor (2). El legis-

aun allí donde existan los registros de comerciantes para tutela de la buena fe de los terceros, porque todos exigen (véase nota 1, pág. 149) que el nombre comercial sea constituido por el verdadero nombre y el verdadero apellido de familia. Véase en el sentido del texto, DI FRANCO, *Tratado de la concurrencia desleal*, Turín, 1906, núms. 31 y 35; MARGHERI, 3.^a ed., vol. I, núm. 191, los cuales no admiten ni siquiera los nombres comerciales privados (núm. 162). Véase también la literatura francesa en sentido opuesto al texto: THALLER, *Traité elem.*, núm. 102; KREBEL, *Du nom commercial*, París, 1905, pág. 15. En sentido conf. el texto: HUMBLÉ, *Traité des noms*, etc., París, 1892, pág. 310 y sig.; PAULLET, 2.^a ed., pág. 448, nota 1; PERREAN, *Contribution a l'étude du nom civil en Revue critique de législation*, 1902, pág. 517.

(1) La ley del 30 de Agosto de 1868 sobre las marcas de fábrica, arts. 5, 12, castiga con multa extensible hasta 2.000 liras la apropiación del nombre comercial ajeno. Código penal, arts. 296, 297, 286 y 436. Apelación Génova, 2 de Febrero de 1917, *Monit.*, 1917, 452.

(2) Código de comercio, arts. 251, 258, 262; 105, 371, etc.; ley sobre la Deu-

lador ha considerado sin duda que el uso del nombre comercial basta a excluir la posibilidad de equívoco; si éste existiese, el comerciante, por imponérselo su existencia mercantil, modificaría su nombre comercial o promovería una acción judicial contra el concurrente para que modificase el suyo.

145. El comerciante puede añadir al propio nombre aquellas indicaciones *conformes con la verdad* que sirvan para distinguirlo, bien tomándolas de sus relaciones personales como haciéndose llamar *junior, senior, hijo de...*, *Conde*; o de su comercio, como cuando indica la ciudad donde reside, la industria que ejerce, el año de su origen, el nombre de su antecesor.

También puede el comerciante agregar a su propio nombre la referencia a un nombre ajeno, con objeto de hacer ver una relación que para él tenga valor comercial, siempre que realmente haya existido, y con tal que aquella alusión no signifique un serio peligro de competencia desleal (núm. 149); dentro de estos límites, el antiguo alumno, el antiguo gerente de una casa, puede indicar tal circunstancia en su nombre comercial. De esta manera, siguiendo el derecho las modernas tendencias sociales, ayuda al trabajador a independizarse del patrono y a resumir en la referencia dicha el fruto del trabajo que le ha prestado (I).

La referencia que se añade al nombre debe ser verdadera, de lo

da pública (leyto único) 17 de Julio de 1910, art. 17; Reglamento 8 de Octubre de 1870, art. 33.

(1) Casación Florencia, 25 de Junio de 1885; *Temi ven.*, 1885, 433 y la nota allí agregada por el Abogado AMAR; Casación Torino, 22 de Octubre de 1881; *Monit.*, 1882, 60; Apelación Torino, 9 de Octubre de 1891; *Jurisp. Tor.*, 1892, 122; Apelación Milano, 26 de Febrero de 1892; *Monit.*, 382; Casación Roma, 14 de Abril de 1904; *Revista de der. com.*, 199; Apelación MACERATA, 27 de Julio de 1905; *Revista de der. com.*, 473; Casación Palermo, 30 de Enero de 1904; *Temi gen.* 230; Casación Florencia, 21 de Julio de 1910; *Revista de der. com.*, 883. Este sistema acabó por prevalecer también en Francia después de algunas vacilaciones: BEDARRIDE, núm. 751; POUILLET, núm. 531 y sig.; DARRAS, *Concurrence delegal*, núm. 359; adheridos a la jurisp. allí citada: Apelación Bordeaux, 10 de Febrero de 1886; *Dalloz*, 1887, 11, 103; Apelación París, 4 de Agosto de 1890; Casación francesa, 23 de Junio de 1891; *Dalloz*, 361; «La concurrencia, dijo la Corte de París, es útil y esencial al comercio; debe ser protegida cuando no es realizada con engaños, con artificios dolosos, y representa un homenaje a la habilidad del maestro o del principal de quien se toma el nombre». Contra: RICCA BARBERIS en la *Revista de der. com.*, 1904, 11, 542; DI FRANCO, *Tratado de la concurrencia desleal*, núm. 74; SUDRE, *Le droit du nom*, París, 1902, pág. 265. El Código civil alemán, § 32, da al nombre una protección absoluta contra todo abuso por parte de tercero que pueda ocasionarle perjuicio: PLANK, *Bürg. Gesetzb.*, § 12, notas 2 y 7; CO SALK, *Bürg. Recht*, 3.ª ed., 1 vol., pág. 88; por tanto no podría considerarse legítimo el uso del nombre ajeno ni aun cuando quede excluido el peligro de una competencia desleal.

contrario pecaría de ilegítima; sólo puede llamarse sucesor aquel que continúa la hacienda de su predecesor por un título legítimo de herencia o de contrato; no puede nombrarse tal el que solamente ocupó los locales, el que cambió el género de comercio, el que se limitó a ser gerente, colaborador o alumno (1).

Es lalsa y por tanto ilegítima la adición hecha al nombre comercial para hacer creer en la existencia de una Sociedad, cuando ejerce el comercio un solo individuo (2); esta ampliación del nombre es ilegítima, aun cuando no lo haya sido en su origen, si el socio continúa valiéndose de los nombres de los demás socios después de disuelta la Sociedad (3).

146. Nombres comerciales derivados (4).—Además de las firmas propias, nuestra jurisprudencia admite también las *firmas derivadas*. Con estas palabras designó los nombres comerciales representativos de un comerciante difunto y que son usados por su sucesor (directo o indirecto, a título universal o particu-

(1) AMAR, núm. 346; Cas. Torino, 22 de Octubre de 1881; *Monit.*, 1882, 60; Apelación Milán, 26 de Febrero de 1892; *Monit.*, 382; Apelación Torino, 25 de Abril de 1919; *Revista de der. com.*, 1919, 572; POUILLET, núm. 564 y sig.; BEDARRIDE, núm. 752; KOHLER, *Markenschutz*, págs. 155, 156.

(2) Si la ley quiere que la razón social contenga solo los nombres de los socios, a *fortiori* nadie podrá dar a entender que exista una sociedad con nombres imaginarios (argum., arts. 105, 114). Conf. Trib. Livorno, 29 de Octubre de 1886; *Der. com.*, 1886, 226 y la nota allí añadida por el Abogado RIGNANO: Casación francesa, 28 de Marzo de 1838; Apelación de Dijón, 13 de Abril de 1865; *Journal du Palais*, 1838, 399; 1866, 1.271, y en general todos los autores. Conforme: Código alemán, 1900, § 18; Código suizo, art. 867; Cód. húngaro, § 11; Código portugués, art. 20. La misma prohibición se encuentra en el Código de comercio alemán de 1861 (art. 16) pero la jurisprudencia alemana le había quitado en realidad toda eficacia porque, aplicando el art. 22 de aquel Código admitía que se pudiese adquirir una razón social por herencia o por contrato y valerse de ella para el propio comercio individual: BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 10, nota 33. Contra este defecto legislativo se invocó algún remedio también en Alemania, según se lee en RIESSER, *Zur Révision des Handelsgesetzbuch*, Stuttgart, 1887, pág. 31, núms. 1 y 2. Bajo el imperio del nuevo Código los autores están de acuerdo en considerar que si un comerciante particular adquiere la denominación social de una sociedad anónima, sólo la podrá usar si omite toda indicación capaz de hacer creer en la existencia de tal sociedad, o bien si añade algo que aclare su posición de sucesor respecto de la antigua sociedad anónima: DURINGER UND HACHENBURG, I, § 22, núm. 111; LEHMANN, *Lehrbuch*, pág. 157; MAKOWER, § 22, núm. 111.

(3) Se deduce claramente de los arts. 105, 114, Código comercio, donde está establecido que solamente los nombres de los socios pueden figurar en la razón social: con evidente error la Apelación Milán, 27 de Enero de 1891, *Monit.*, 139, autorizó a los socios a conservar en la razón social el nombre del socio que dejó de serlo.

(4) La distinción del texto entre nombres comerciales propios y derivados fue acogida por la Casación de Roma, 31 de Diciembre de 1900: recopilador SCILLAMA, *Temi ven.*, 1901, 100.

lar), sin acompañarles del propio nombre y apellido; un nombre comercial formado con el nombre y apellido del propietario actual añadiendo su condición de sucesor del difunto, no es un nombre comercial derivado sino un nombre comercial natural calificado por dicha relación de sucesión.

Establecida la significación del concepto, cosa necesaria en un campo sembrado de numerosos errores, repito que el Derecho italiano reconoce el uso de los nombres comerciales derivados. Estos representan el signo distintivo del comerciante que ejerce con ellos el comercio obligándose personalmente, sin que los herederos del difunto allí nombrado incurran como tales en ninguna responsabilidad por las obligaciones contraídas con el nombre de éste.

El expresado reconocimiento por parte de la ley ha sido plasmado por la jurisprudencia en variadas y copiosas aplicaciones, pues ha considerado que el sucesor puede, con el nombre comercial derivado, inscribirse en los registros de la Cámara de comercio, llevar su correspondencia, firmar sus obligaciones, citar en juicio a sus deudores, promover la quiebra de éstos, obtener una inscripción hipotecaria sobre sus bienes; al paso que, a su vez puede declararse quebrado, ser citado en juicio, admitir una inscripción hipotecaria bajo el nombre de su antecesor; el comerciante sólo debe comparecer con sus verdadero nombre cuando se trate de obligaciones que tenga que satisfacer personalmente (1). Gracias a esta tolerancia el continuador del establecimiento conserva y fecunda un elemento esencial del mismo, valiosísimo, que sería reducido a nada con daño de la economía pública y privada si se obligase al comerciante a abandonar un nombre para

(1) Casación Florencia, 4 de Agosto de 1874; *Monit.*, 1883, 31, en nota; 18 de Diciembre de 1876, *id.*; Apelación Torino, 30 de Octubre de 1874; *Id.*; Apelación Génova, 14 de Febrero de 1879; SERRA E RIVA, *Eco de jurisprud. com.*, 1879, 2, 121; Casación Torino, 6 de Diciembre de 1882; *Monit.*, 1883, 131; Apelación Florencia, 28 de Julio de 1885; *Id.*, 1886, 121; Apelación Torino, 7 de Octubre de 1887; *Jurisp. Torin*, 1887, 712; Casación Torino, 21 de Diciembre de 1890; *Monit.*, 1891, 375; Casación Torino, 16 de Julio de 1898; *Jurisp. ital.*, 993; Apelación Génova, 14 de Febrero de 1910; *Temi gen.*, 150; Casación Torino, 28 de Abril de 1911; *Temi gen.*, 289. Como consecuencia de la restricción formulada en el texto, se consideró que debía hacerse la notificación de la citación al actual propietario del nombre comercial, porque el Código de proc. civ. (arts. 135, 137) ordena que la notificación sea hecha a la persona del demandado: Cas. Torino, 28 de Marzo de 1882; *Jurisp. tor.*, 1882, pág. 31 en la nota; Apelación Bolonia, 7 de Junio de 1901; *Temi ven.*, 523; Casación Roma, 31 de Diciembre de 1900; *Temi ven.*, 1901, 100; Casación Florencia, 5 de Febrero de 1903; *Temi*, pág. 191; Apelación Génova, 14 de Febrero de 1910; *Temi gen.*, 150; Casación Torino, 28 de Abril de 1911; *Temi gen.*, 289; la acción penal debe dirigirse contra la persona física que es responsable; Casación Torino, 23 de Julio de 1873; *Anales*, VII, 213; Apelación Génova, 21 de Julio de 1890; *Temi genov.*, 474.

el que quizá varias generaciones de comerciantes honrados y sagaces supieron conquistar confianza y notoriedad. Ciertamente que pueden originarse equívocos perniciosos a la seguridad de tráfico, pero el peligro no parece tan grave si se piensa que, frecuentemente, el sucesor continúa tanto con el nombre como con el patrimonio del difunto y que los terceros, dada la gran publicidad que suele acompañar a estas transferencias por causa de muerte, sabrán que no pueden seguir contando con la solvencia y con la rectitud del que dió su nombre a la casa (1). Esta concesión otorgada constantemente por la jurisprudencia italiana en honor de las antiguas costumbres de nuestro comercio, sólo podría ser modificada por una medida legislativa. Quizá se preferirá entonces, discutiendo el problema, sujetarse respecto de este punto a la verdadera naturaleza de las cosas, obligando al sucesor de quien ha fundado la casa a indicar que él toma allí el puesto directivo: ¿no se podría así, insertando el nombre nuevo sobre el viejo, conservar el crédito y la clientela del establecimiento sin ofender la verdad y la buena fe del que en ellas se fía? (2).

(1) Están conformes con nuestra jurisprudencia el Código alemán, I, 22, y el Código húngaro, § 12, porque permiten al sucesor continuar el nombre comercial usado hasta entonces, bien añadiendo algo referente a la sucesión o sin añadirlo.

(2) Según la constante jurisprudencia francesa de la que POUILLET, en el núm. 552, resume así el concepto dominante: «Si el sucesor tiene derecho a usar el nombre de su predecesor, debe también indicar a todos, para que nadie se engañe, que el negocio ha pasado a otras manos, que él es solamente el sucesor del fundador. Cuando el vendedor de la hacienda comercial autoriza al sucesor a servirse de su nombre, éste abusa de la concesión si se vale de dicho nombre sin hacerle seguir por el propio y se hace pasar por aquel a quien ha sucedido». Véase la jurisprudencia citada por POUILLET, núm. 533 y sig., y por BONTAND-CHARROL, *Fonds de commerce*, París, 1910, núm. 102; Conf. BEDARRIDE, núm. 755 y siguientes; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, III, núm. 246 bis; THALLER, *Traité, elem.*, núm. 102.

También el Código portugués, art. 24 y el Código suizo art. 874, se pronuncian en el mismo sentido puesto que permiten al sucesor usar el nombre comercial precedente a condición de indicar la relación de sucesión. Las reformas a las anteriores costumbres del comercio suizo era verdaderamente radical y fué justificada en el *Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée*: «Nous ne nous cachons pas que l'adoption de ce système modifie profondément les institutions qui existent depuis si siècles dans la Suisse allemande, notamment à S. Gall, Bâle et Zürich. Des établissements anciens et renommés sont continués sous leur ancien raison de commerce par des chefs, soit des associés en nonn collectif ou gérants d'une société en commandite dont les noms n'ont plus rien de commun avec la raison de la maison. Souvent aussi le nouvel acquéreur d'un établissement, d'une librairie par exemple, paye des sommes énormes pour être autorisé à continuer la maison sous le même raison. Nous croyons toutefois devoir nous proposer d'adopter le système du projet. Il répond à des intérêts d'ordre public et il a été vivement recommandé non seulement par tous les experts de la Suisse française, mais aussi par des organes compétents du commerce de la Suisse allemande».

147. El nombre comercial no puede ser cedido por acto *inter vivos* ni aun con la cesión de la hacienda (1). También ahora conviene fijar los límites de la cuestión; no se niega al comprador de un establecimiento la posibilidad de estipular el derecho a continuar su explotación titulándose sucesor del vendedor; el contrato realizado en esas condiciones sería válido. Lo que se le niega es la facultad de asumir el nombre y la firma y de proseguir el ejercicio de la hacienda como si fuese el vendedor mismo.

148. La cuestión tiene dos aspectos: hay que examinarla en las relaciones entre los contratantes y en las relaciones con los terceros.

Respecto de las relaciones entre los contratantes la cesión de la hacienda y del nombre comercial debe considerarse nula por falta de objeto y de causa legítima, y cada una de las partes podrá solicitar su nulidad (2). Con este procedimiento el vendedor tendrá derecho a reivindicar el uso del propio nombre y podrá obligar al comprador a desprenderse de él, mientras que por su parte deberá restituirle la compensación recibida, que queda sin causa que la justifique (3). Si fuese legítima la cesión del nombre comercial realizada por un acto *inter vivos*, seguiría la consecuencia de que el vendedor no podría ya usarle puesto que el nombre salió de su patrimonio para entrar en el del comprador y éste tendría derecho a ser garantizado en su pacífico disfrute (art. 1.482, Código civil). Ahora bien, ¿puede reputarse legítima una renuncia tan absoluta a sí mismo, al instrumento esencial del propio crédito y de la propia actividad comercial? Las cartas, los telegramas, las mercancías dirigidas al cedente convertido en un anónimo deberían ser consignadas a su cesionario; en todas las relaciones

(1) Se enseña generalmente lo contrario. Véase VIDARI, *Curso de der. com.*, 1, 3.ª ed., núms. 236, 250, 257; BOSIO, *Tratado*, cit., núm. 89; AMAR, núms. 277, 278, 305 y sig., cree que el comerciante puede ceder su nombre comercial como un elemento patrimonial de su hacienda; así GIANNINI, *Concurrencia desleal*, núm. 32⁸⁶: «el nombre comercial puede, a diferencia del nombre civil, ser cedido; es una verdadera cosa en el comercio». Conf. con el texto, DI FRANCO, *Tratado de la concurrencia desleal*, núm. 58.; MARGHERI, 3.ª ed., vol. 1, núm. 192, los cuales no admiten tampoco los nombres comerciales derivados de que hemos hablado en el núm. 146.

(2) Contra: Apelación Milán, 15 de Marzo de 1889; *Monitor*, 356. Sobre esta sentencia véase la nota (1), pág. 209.

(3) Es esencial generalmente por la jurisprudencia el derecho de reemprender el comercio, incluso con el uso de su propio distintivo, a quien ha vendido una hacienda comercial, con tal de que no se aproveche de ello para hacer al cesionario una competencia desleal: Apelación París, 5 de Junio de 1867; DALLOZ, 1867, 2, 127; Casación francesa, 30 de Enero de 1878; *Id.*, 1878, 1, 231; Casación francesa, 4 de Diciembre de 1893; *Id.*, 1894, 348; Apelación París, 22 de Noviembre de 1899; *d.*, 1900, 2, 276.

sociales que se derivan del ejercicio del comercio, en los círculos; en la Bolsa, en la Cámara de comercio, aquél debería considerar se como muerto; una renuncia tan completa a la propia personalidad está en pugna con nuestra conciencia moral y jurídica.

La enajenación del nombre, que es ilícita según doctrina constante en las relaciones civiles (1), debe serlo también en las relaciones comerciales porque no cambia de naturaleza en su función comercial. La enajenación del propio nombre comercial equivaldría a una renuncia absoluta a ejercer el comercio y estas renunciaciones son reprobadas como contrarias al interés público (2). Por último, si consideramos que según el sistema de nuestro derecho, quien deja a otros el uso de su propio nombre comercial es responsable personalmente de las obligaciones de estos y no está libre de la quiebra conforme demostraremos (núm. 149), la ilegitimidad del pacto aparecerá más manifiesta, ya que un ciudadano no puede poner bajo la potestad de otro su fortuna, su honor y su persona.

149. El comerciante que trasfiere a otros la facultad de comerciar en nombre propio cediéndoles el nombre comercial, es responsable personalmente de dicho comercio; podrá librarse de este pacto ilícito, como veremos, pero mientras tolera que otro use su nombre comercial queda sujeto a esa responsabilidad.

En efecto, según nuestras leyes, quien emplea el propio nombre en actos de comercio por profesión habitual se hace comerciante, aun contra su voluntad, por fuerza ineludible de la ley (artículo 8); quien permite que figure su nombre en una razón social se convierte frente a terceros en un socio de responsabilidad ilimitada y para garantía de los acreedores es equiparado a un comerciante (arts. 105 y 114); quien presta a otro su propio nombre para el ejercicio profesional del comercio se hace comerciante y paga con la condena por bancarrota la solidaridad con aquel que usó su nombre (art. 865, núm. 3.º). Se puede afirmar que, mediante esta sanción, el legislador ha resuelto la cuestión con un doble argumento: ante todo porque califica de comerciante

(1) Se considera unánimemente que el nombre civil no puede trasferirse ni por cierto tiempo ni a perpetuidad, ni por contrato ni por consentimiento tácito: de otro modo se eludiría la ley que sujeta el cambio de los nombres a la concesión soberana; FADDA v Bensa, libro citado, I, pág. 637; véanse las otras citas de la nota 2.

(2) Anal. SRAFFA, *Cláusulas de concurrencia*, Torino, 1897; PORRO, *La hacienda mercantil* (tomado de *Filangieri*, 1899), núm. 54; Apelación París, 21 de Febrero de 1900; *Dalloz*, 1900, 476; también *Suplemen. jurid. gen.*, voz Ind. y Com., número 110; Trib. fed. suizo, 20 de Marzo de 1901; *Monit.*, 877 y otras allí citadas.

a quien da su nombre a otro para el ejercicio del comercio y es este el caso del cedente de la hacienda que trasfiere al cesionario la facultad de explotarla con el propio nombre; y en segundo lugar porque califica como persona extraña al comercio, sujeta a las penas de la quiebra sin ser comerciante, al cesionario que usó el nombre comercial ajeno (*Rúbrica* del Capítulo II, tít. VIII, lib. III). Por tanto el comerciante, el quebrado, es decir, el verdadero deudor es aquel que prestó su nombre para el ejercicio del comercio, porque en nuestro sistema legislativo los terceros tienen derecho sobre la garantía de todos los que lanzan su nombre al comercio y estos no pueden eludir su propia responsabilidad verificando un acto de cesión, que los terceros ignoran a causa de no haber introducido nuestro legislador un sistema de publicidad en la cesión de los nombres comerciales. Si dicha cesión fuese oponible a los terceros, cuántos abusos, cuántos inconvenientes se producirían! El cesionario podría arrebatar todos los días un crédito que no le corresponde mostrando el nombre de su cedente, y los que en éste fíaron se encontrarían luego frente a un deudor insolvente. Todas las veces que la jurisprudencia nacional ha juzgado sobre la validez de tales cesiones, las declaró ineficaces, en el sentido de que no sirven para librar al cedente de las obligaciones asumidas en su nombre. «Quien presta el propio nombre a otro, dice la Corte de Génova, para que bajo él se ejerza un comercio, aunque sea en interés exclusivo del cesionario, se hace garante frente a terceros de las obligaciones que puedan contraerse para explotar aquella rama del comercio. Si no fuese así quedaría abierto un fácil camino al fraude: bastaría que un Fulano de notoria solvencia prestase su nombre a un comerciante de poca solidez o declarado ya en quiebra, para que los terceros que contratasen con él, confiando en aquel nombre, quedasen burlados y defraudados» (1).

(1) Apelación Génova, 14 de Febrero de 1885; *Derecho com.*, 1886, 237; *Conf.*, Apelación Génova, 31 de Diciembre de 1878; *Jurisp. com.*, 11, 232; Apelación Génova, 31 de Diciembre de 1877; *Eco.*, 1878, 119; Apelación Venecia, 17 de Enero de 1884; *Reseña*, 11, 24; Apelación Milano, 15 de Marzo de 1889; *Monit.*, 356. Pero no colucido con esta sentencia, en admitir que la cesión del nombre comercial sea válida entre el cedente y el cesionario, a menos que fuese su intención obligarse solidariamente en el ejercicio del comercio; quitado este caso la cesión sería contraria al interés público y por consiguiente no produciría efectos jurídicos (n. 148). Persistiendo en esta errónea dirección, la Apelación de Milano, 27 de Enero de 1891, *Monit.*, 391, acabó por considerar que un comerciante puede transferir por un cierto tiempo a una sociedad el propio nombre comercial (sin responder por las obligaciones sociales) perdiendo durante todo ese tiempo la exclusiva y libre disponibilidad de la cosa conferida. Poco a propósito cita esta sentencia en apoyo de su error la exacta máxima consagrada por la Casación de Torino, 6 de Diciembre de 1882, *Foro*, 1883, 29.

Se opone la autoridad del Código alemán, el cual, concede a quien adquiere por contrato un establecimiento la facultad de continuar con el nombre comercial (art. 22). Pero convendrá observar que el criterio expuesto se apoya sobre costumbres especiales del país (1); que el Código federal suizo, tan devoto de la ley alemana, no le acogió, fundándose en motivos de interés público (2); y que toda la jurisprudencia francesa ha adoptado espontáneamente un parecer contrario al alemán (3). La concesión hecha por el Código germánico se apoya en una ficción: considera el establecimiento mercantil como un organismo económico casi independiente y el nombre comercial como un elemento de él; de aquí que conceda a la hacienda la facultad de llevar consigo en su circulación el nombre del fundador como si fuese el suyo propio. Para descubrir cuánto repugna esta ficción a la realidad de las cosas, basta considerar que el crédito y la gestión del establecimiento dependen del crédito y de la habilidad de su patrono; que éste responde de las deudas contraídas en su explotación no sólo con los bienes de la hacienda, sino con todo su patrimonio; que, a mayor abundamiento, en el sistema alemán cada cual tratará de saber quien es verdaderamente el propietario de la casa para juzgar del crédito que merezca; que por eso el nombre del propietario oculto tras el nombre comercial, debe ser siempre buscado inspeccionando los registros públicos con perjuicio de la rapidez de los negocios, cosa que no ocurriría figurando el propietario directamente en el nombre comercial. La solución alemana significa un criterio de transición entre la precedente libertad de las firmas y el nuevo y riguroso ordenamiento de nombres consagrado por las leyes civiles. Mas cualquiera que sea su porvenir no se le debe conceder autoridad alguna en nuestro sistema legislativo. El Código alemán pudo sin grave inconveniente considerar válida la cesión del nombre comercial porque, velando por la seguridad del crédito, ha instituido un registro público donde aparecen los propietarios responsables de los nombres comerciales. Pero faltando entre nosotros un sistema de publicidad que garantice en esa forma el derecho de los terceros, la cesión de que nos venimos ocupando no puede producir efectos jurídicos. En Ita-

(1) Este sistema fué vivamente consurado por SPAING, *Handelsregister und Firmenrecht*, Berlín, 1884, pág. 64 y sig. La crítica es tanto más grave cuanto que su autor era Juez encargado del registro de los nombres comerciales en Berlín.

(2) Véase CURTI, *Schweizer Handelsrecht*, pág. 188 y sig.

(3) Véase nota (2), pág. 155. La reciente ley francesa, 17 de Marzo de 1909 sobre la venta y prenda de las haciendas comerciales enumerando en su art. 1.º el nombre comercial entre los elementos de la hacienda; no ha modificado en nada el principio fijado por aquella constante jurisprudencia.

ia no hay más que un registro, el del estado civil; a sus normas, que son normas de carácter público y rigen para cualquier persona, debe someterse el comerciante si quiere cambiar su nombre. El comercio hallará también la tutela de su buena fe en el respeto de los largos plazos, en la misma publicidad, en las garantías prudentemente establecidas por la ley sobre el estado civil. Nada es tan peligroso y desconsolador como asistir a la irreflexiva demolición, que a menudo se intenta, de las leyes civiles en nombre de imaginarias exigencias de la prosperidad comercial. Indique también el cesionario de un establecimiento mercantil el lazo de sucesión que le liga al fundador; nadie le discute el derecho de llamarse, de firmarse *sucesor de fulano de tal*; de este modo podrá salvar la notoriedad de la antigua casa y al mismo tiempo respetará las esperanzas de la buena fe. ¿Acaso el comercio no podrá moverse libremente y florecer dentro de estos límites honestos y prudentes en los que el comercio francés, el suizo y el de otros países no encontró ningún obstáculo para prosperar? (1).

150. Todo comerciante tiene derecho a usar su propio nombre en cualquier campo de su actividad, en todas sus manifestaciones, sea aisladamente o insertándole en una razón social (2); la ley protege este derecho suyo hasta con sanciones penales. Pero como su nombre, en caso de homonimia total o parcial,

(1) Con esto no se pretende excluir que se pueda ceder el uso del propio nombre comercial como distintivo de la tienda cedida o como elemento de una marca de fábrica; véase por ejemplo, el caso de la farmacia Erba: Apelación Milán, 16 de Mayo de 1881; *Monit.*, 1881, 664; De la carnicería Scala; Apelación Venecia, 17 de Enero de 1884; *Tem. ven.*, 1884, pág. 132; De la salchichería Locatelli. Tribunal Milán, 3 de Mayo de 1889; *Monitor*, 616. Del mismo parecer la jurisprudencia francesa; Apelación Lyon, 8 de Enero de 1881; DALLOZ, 1881, 2, 15; Casación francesa, 15 de Abril de 1878; 13 de Enero de 1880; *Id.*, 1879, 1, 169; 1880, 1, 224; BLANE, *Traité de la contrefaçon*, núm. 716; POUILLET, *Traité des marques de fabrique*, 2.^a ed., núm. 548 y sig. Débese precisamente a haber confundido con el nombre comercial (o sea aquel con que el comerciante ejerce el comercio y suscribe sus obligaciones) la insignia nominativa, la facilidad con que se ha opuesto la opinión combatida en el texto. La cesión de un signo nominativo no hace caer en engaño la buena fe de los terceros, bien porque siempre pueden conocer por la firma quién es la persona que responde respecto de ellos, bien porque en el común sentir dicho signo o distintivo figura como un accesorio del establecimiento, completamente separado de quien le emplea.

(2) Sobre las marcas de fábrica de 30 de Agosto de 1868; art. 5 y 12, núm. 3.^o Cfr. AWAH, *Nombres y marcas*, pág. 292; GIANNINI, pág. 254, 256; BOZZINI, *De la concurrence illicite en les negocios*, núm. 271; MORFAU, *Concurrence illicite*, Bruselas, 1904, núms. 92, 101; Apelación Nápoles, 27 de Noviembre de 1905; *Monit.*, 1906, 69; Casación Torino, 12 de Diciembre de 1908; *Jurisp. ital.*, 1909, 266; Apelación Casale, 27 de Febrero de 1908; *Foro Ital.*, 1,511; Casación Florencia, 21 de Julio de 1910; *Rev. de der. com.*, 863.

puede coincidir con el de otro comerciante que goza igualmente del derecho de usar el suyo, la ley y la jurisprudencia deben regular estos conflictos teniendo en cuenta la función diferenciadora que el nombre ejerce en el consorcio civil. Para resolver tales cuestiones deben tenerse presentes las reglas siguientes:

a) El comerciante puede ejercitar la defensa de su nombre sólo en la medida necesaria para conservar intacto el crédito y la buena marcha del negocio que supo conquistar; por tanto, no puede acudir a dicha defensa para perseguir a los homónimos que se dedican a otra rama del comercio, en lugares donde sus actividades no se encuentran.

Cuando la ley reconoce a un comerciante el derecho a usar el propio nombre para sí o para sus productos, no entiende concederle ese derecho exclusivamente en cualquier esfera de actividad económica o jurídica; no quiere, en absoluto, separar del lenguaje común y del vocabulario de los nombres propios aquel nombre determinado para conferírsele a una sola persona. Al contrario. La ley pretende solamente asegurarle, gracias al uso de ese nombre, los beneficios de su actividad. Cuando un comerciante da al propio hijo un nombre que acompañado del apellido de familia coincide con el que usa ya otro comerciante, éste no tiene derecho de reclamar por la declaración hecha en la oficina del estado civil; su acción judicial sería rechazada, porque aquel niño no amenaza en modo alguno sus actividades, no puede mermarle su crédito ni la clientela con la confusión de nombres. Su acción se legitimaría sólo cuando la homonimia sea capaz de producir confusión entre las dos haciendas y en su respectivo campo de acción.

Esta función diferencial debe proporcionar al jurista el criterio para establecer los límites dentro de los cuales ha de circunscribirse la tutela jurídica del nombre; debe dar la medida de su disciplina, porque todo instituto jurídico ha de regularse de conformidad con su objetivo, y no ir más allá de él turbando así los otros institutos que con aquél están en contacto (1).

(1) Conf. mi nota en la *Revista de der. com.*, 1914, II, 119. Conf. también Casación Nápoles, 2 de Mayo de 1907; *Monit.*, 1908, 44; Apelación Aquila, 31 de Diciembre de 1909; *Revista de der. com.*, 1910, II, 167; Casación Roma, 19 de Mayo de 1911; *Jurispr. ital.*, 689; FEDA Y BENSA en las notas a la traducción de WINDSCHEID, págs. 639-640. Véase SCIALOJA, *Foro ital.*, 1889, I, 111; CHIORCINTI, *Jurispr. ital.*, 1903, I, 2, 641; G. OTTOLENGHI, *Revista de der. com.*, 1903, 418; ASCOLI, *Rev. it.*, 1905, II, 145; DI FRANCO, I, c., núm. 50; RAMELLA, I, c., núm. 555, pág. 241; IHERING, *An. Dogm.*, XXIII, núms. 324 y sigs.; «No hay un verdadero y propio derecho al nombre considerado en sí mismo»; KOHLER, *Centralblatt für die juristische Praxis*, I, pág. 3; LEHEMANN, *Lehrbuch*, pág. 150; SALVETON, *Le nom en droit romain et français*, Lyon, 1887, pág. 195.

b) El comerciante ofendido por la usurpación ajena en el uso pacífico de su nombre puede constreñir al competidor desleal a que abandone el empleo del mismo (*ius arcendi*). Deberá, sin embargo, justificar esta acción, no sólo probando que su concurrente usa el mismo nombre, sino demostrando además que a causa de dicho uso éste puede usurpar su crédito, su clientela, en suma, su puesto en las relaciones jurídicas y económicas.

Por consiguiente, esta acción negatoria podrá ejercerse contra quien dió su propio nombre a una razón social de la que no forma parte buscando la posibilidad de hacer la competencia a otra Sociedad ya constituida que lleva el mismo nombre. En tal hipótesis la constitución de la nueva Sociedad es simulada y en consecuencia, el nombre del socio homónimo que se incluyó ficticiamente en su razón social, debe reputarse como usurpado a la casa a que legítimamente pertenece (1). Otro caso de usurpación se encuentra en el empleado que toma el nombre comercial de su patrono, o en quien se presenta como sucesor de una hacienda que no ha pasado a su patrimonio (2).

c) El comerciante turbado en el uso pacífico de su nombre comercial por la confusión originada por otro nombre igual al suyo o confundible con él, puede obligar al competidor culpable o de mala fe, aun cuando éste posea un título legítimo para usar dicho nombre, a modificarle en forma que no haya peligro de confusión y a resarcirle del daño sufrido.

d) Cuando dos comerciantes tienen derecho a igual nombre, aquel que le adoptó primero en el ejercicio del ramo del comercio en donde surge la competencia disfruta del derecho a ser mantenido en el uso exclusivo del mismo; en esta colisión de derechos, la prioridad del uso decide (3). Para resolver quién es el más antiguo se unirá a la posesión del demandante la de su causante (artículo 639, Código civil). El llegado en segundo lugar no podrá ser obligado a abandonar el uso de su nombre legítimo, pero deberá sustituir con su nombre completo la inicial del mismo, añan-

(1) Véase AMAR, núm. 296; BOSIO, núm. 231 y sig.; RAMELLA, núm. 267 y sig.; PONILLET, núms. 390, 488 y sig.; BEDARRIDE, núm. 758; ALLART, núm. 21; SUDRE, pág. 246; MOREAU, núm. 97; Cas. Palermo, 3 de Enero de 1894; Jurisp. ital., 874; Apelación Nápoles, 27 de Noviembre de 1905; Monit., 1906, 69.

(2) Véase núm. 145. Cfr. además Casación Florencia, 21 de Julio de 1910; Revista de der. com., 863.

(3) Cfr. Apelación, Milán, 14 de Febrero de 1900; Jurisp. ital., 443, Apelación Nápoles, 27 de Noviembre de 1905; Monit., 1906, 71; Casación Torino, 19 de Diciembre de 1913; Jurisp. tor., 1914, 154; Apelación Roma, 1920. Con razón justifica BONFANTE, *Escritos jurídicos*, III, pág. 353, esta aplicación de la máxima *prior in tempore, potior in jure*, con la preferencia dada a la posesión *melior est causa occupantis, qui certat de damno vitando*.

dir aquellas indicaciones, por ejemplo, la paternidad, la residencia, etc., que el Juez estime necesarias a fin de que cada nombre se diferencie suficientemente (1). Y no se diga que con ello se ocasiona una ofensa al sagrado e intangible derecho de usar el propio nombre, porque lo que se hace es restituirle a la función esencial de distinguir de los demás aquel que le lleva.

e) El comerciante premiado puede obligar a su competidor a suprimir el honor de una medalla o de un premio que no ha obtenido. Quien se vanagloria con esos procedimientos despoja a quien realmente fué agraciado, de la confianza merecida. Las exposiciones, los concursos, las competiciones públicas resultarían inútiles si cada cual pudiese arbitrariamente apropiarse los honores que se otorgan a los más sobresalientes (2).

El que adquiere una hacienda adquiere, salvo pacto en contrario, el derecho a usar el nombre como un distintivo de ella. El cedente no conserva ese derecho desde el momento que en sus manos sería un signo engañoso e inútil; pasando al sucesor, el cual sigue con la vieja clientela, continuará cumpliendo su función.

f) La coincidencia de nombres puede ser culpable o no, y en ambos casos el Juez debe prevenir toda confusión ulterior, aplicando los remedios mencionados para diferenciarlos. Pero en el caso de una coincidencia inocente, aunque condene al comerciante más moderno a modificar su nombre, no podrá condenarle al resarcimiento de daños y perjuicios porque sin culpa no ha lugar a él (art. 1.151, Código civil).

Si llegada a ser ejecutiva esta sentencia, persistiese el comerciante en el uso del propio nombre, su mala fe le expondrá al resarcimiento de daños y perjuicios.

g) Estas acciones pueden ser ejercitadas no sólo a causa del daño sufrido sino también cuando hay posibilidad de daño futuro,

(1) Cfr. Apelación Milano, 14 de Febrero de 1900; *Jurisp. ital.*, 443; Apelación Génova, 8 de Marzo de 1900; *Jurisp. ital.*, 270; Casación Palermo, 18 de Junio de 1901; *Monit.*, 382; 30 de Enero de 1904. *Ley*, 868; Apelación Milano, 10 de Febrero de 1905; *Monit.*, 470; Apelación Milán, 16 de Septiembre de 1907; *Monit.*, 990; Apelación Casale, 27 de Febrero de 1908; *Jurisp. ital.*, 358; Casación Turín, 12 de Diciembre de 1908; *Jurisp. ital.*, 1909, 286; Casación Florencia, 21 de Julio de 1910; *Revista de der. com.*, 863; Tribunal Pellanza, 9 de Septiembre de 1917; *Revista Soc. com.*, 1917, 983; Apelación Casale, 9 de Julio de 1917; *Foro Rep.*, 917, *voz Ditta*, núms. 20 a 24; Apelación Milán, 21 de Julio de 1913; *Derecho com.*, 1914, 113; AMAR, págs. 354, 393; BOSIO, núm. 331; GIANNINI, pág. 140; BOZZINI, núm. 186, 269 y sig.; DI FRANCO, pág. 142; RAMELLA, núms. 565, 569; POUILLET, núms. 488 y sigs.; ALLART, pág. 20 y sig.; MOREAU, núm. 94 y sig.; SUDRE, página 242 y sig.

(2) Casación Roma, 1919; MOREAU, núm. 193; BOZZINI, págs. 182, 183.

porque el derecho debe ofrecer al nombre comercial la seguridad de sus iniciativas y de su actividad (1).

151. La protección que la ley concede al nombre del comerciante está limitada a los lugares donde la existencia de los dos nombres comerciales iguales puede perjudicar el crédito de uno con indebido beneficio del otro (2). El Juez decidirá según las circunstancias cuál será la esfera de acción dentro de la cual ha de concederse y garantizarse al comerciante el uso exclusivo de su nombre comercial. Esta protección debe ser extendida a medida que se extiende la notoriedad de dicho nombre, puesto que lo que la determina es la necesidad de impedir que el radio de acción de un comerciante invada el de otro (3). Cuando se trata de protección local, el que traslada su comercio donde existe un nombre comercial homónimo debe modificar el suyo aunque sea más antiguo (4). Si se unen dos Municipios (hoy es muy frecuente que se unan a la ciudad vecina los suburbios donde se encuentran muchos establecimientos industriales), el nombre comercial más reciente deberá modificarse, ya que, habiendo conservado cada hacienda su residencia, a la más moderna toca acatar la ley que se le habría aplicado si la unión de los Municipios hubiese existido desde el origen de ambos establecimientos (5).

(1) Cfr. GIANNINI, I. c., pág. 43; ALLART, núm. 7; POUILLET, núm. 686; BOSIO, núm. 344; RAMELLA, vol. II, núm. 705, pág. 502; Casación Palermo, 30 de Enero de 1904; *Jurisp. ital.*, 874.

(2) Apelación Venecia, 3 de Agosto de 1911; *Foro ven.*, 1911, 502.

(3) En cambio el territorio donde está garantizado por el Código alemán el uso exclusivo de la firma es el del lugar o el del Ayuntamiento donde se encuentra su establecimiento: § 30 (este párrafo va, sin embargo, completado con el § 16 de la ley de 7 de Junio de 1909 sobre la concurrencia ilícita, el cual prohíbe el uso del propio nombre comercial encaminado a producir confusiones con aquel de que otro se sirve legítimamente: véase LEHMANN, *Lehrbuch*, pág. 158, núm. 7, 162, núm. 13 y 177, núm. 3; DURINGER, UND HACHENBURG, en el § 30, núm. VI). Cfr. Cód. húngaro art. 17; Código suizo, art. 868. El Código portugués, art. 27, contiene la prohibición de adoptar la firma ajena en el territorio comprendido por el Registro de los nombres comerciales. ¿Pero no está demasiado limitada esta protección? La uniformidad del mismo nombre comercial en el territorio del Reino. ¿no puede producir perjuicios y equívocos si se trata de grandes casas que ejercen el comercio por medio de viajeros o de otros agentes en todo el país? ¿No es mejor, como se hace en el texto, abandonar al criterio del Juez la determinación de los límites territoriales en donde la protección es legítima? En este sentido: AMAR, núm. 278; GASTAMBIDE, *Traité des contrefaçons*, pág. 479; POUILLET, núm. 705.

(4) De igual criterio la jurisprudencia francesa en lo concerniente a la materia análoga de las insignias nominativas: Véase Apelación, París, 21 de Julio de 1869; 26 de Marzo de 1870; Apelación Limoges, 19 de Diciembre de 1874 en POUILLET, núm. 706.

(5) ANSCHUTZ UND VON VOELDERNDORFF, I, pág. 169; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Com.*, art. 20, núm. 106. Contra, MAKOWER, vol. I, en el § 30. Según POUIL-

152. La diferencia de los nombres comerciales debe ser suficiente para distinguirlos usando la diligencia ordinaria. Los apellidos iguales a los que acompañan nombres distintos constituyen dos nombres comerciales suficientemente diferenciados. De un modo general, basta una pequeña diferencia (cosa que no ocurre tratándose de marcas de fábrica o de insignias), y la razón está en que los nombres comerciales se usan principalmente en la correspondencia y por tanto entre personas más avisadas. El Juez decide soberanamente si la semejanza puede producir una competencia desleal. Huelga decir que la diversidad debe existir en las palabras usadas en la firma, no en el modo de escribirlas.

153. *El nombre comercial usado como firma.*—La firma debe estar escrita de puño y letra del comerciante: un timbre, un sello, no pueden sustituirla, ni siquiera como principio de prueba escrita, pues no hay ninguna seguridad de que estos signos mecánicos provengan de aquel cuyo nombre indican (1). El comerciante tratará de hacer una firma siempre igual, tanto por el contenido como por la forma caligráfica, con el fin de facilitar la circulación de sus obligaciones y de dificultar las falsificaciones. Sin embargo, quedaría obligado en materia cambiaria aunque hubiese suscrito de modo diverso al que usa en el ejercicio de su comercio, por ejemplo, con su nombre y apellido completos en lugar de su nombre comercial; esta circunstancia podría cuando más servir como un indicio de que su negocio es ajeno al comercio (2).

§ 19. —LOS LIBROS DE COMERCIO

Núm. I.—*Modo de llevar los libros*

Sumario.—154. Noticias históricas.—155. Noticias y reformas legislativas.—156. Razones y sanciones de la ley.—157. Cuándo comienza y acaba para el comerciante la obligación de lle-

LLER, núm. 707, cada cual puede conservar su nombre comercial, porque la confusión, imposible antes, es bien difícil después de la fusión de dos suburbios naturalmente lejanos; pero si esta solución es buena para los signos o distintivos es inaceptable para los nombres comerciales que tienen una esfera de acción mucho más vasta.

(1) GIORGI, 7.^a ed., núms. 319, 412; AUBRY ET RAU, §§ 756, 666; LAURENT, XIX, núms. 206, 496; DEMOLOMBE, VI, núms. 355 y sig.; VII, núm. 116. Véase en materia cambiaria la tratación especial sobre las firmas.

(2) GOLDSCHMIDT, 2.^a ed., § 58, nota 17; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Komm.* art. 274, núm. 35 y la jurisprudencia allí citada; BEHREND, § 35, nota 15.

var libros.—158. Cuáles son los libros de comercio que tienen los requisitos exigidos por la ley.—159. La obligación de los libros se refiere a todos los comerciantes.—160. Son responsables penalmente de su irregularidad si resultan culpables.—161. Cualquier sistema de contabilidad es legal.—162. Normas materiales para llevar los libros.—163. *Libro diario*.—164. Diarios parciales y diario resumen.—165. *Libro de inventarios*.—166. Valoración de los bienes.—167. Renovación anual del inventario.—168. Si hace falta un libro exclusivo para los inventarios. Firma del inventario.—169. El balance. 170. *El copiadore cartas*.—171. *Libros auxiliares*.—172. Registro judicial de los libros.—173. Conservación de los libros.

154. El registro de los negocios comerciales es probablemente antiguo en lo que se refiere al comercio a crédito, puesto que sin él el comerciante no puede recordar la serie más o menos numerosa de sus negocios. Los comerciantes romanos especialmente los banqueros, nos ofrecen el ejemplo de una contabilidad complicada puesta ampliamente a servicio de la prueba de los créditos (1). El libro diario (*adversaria, ephemeris*) donde se anotaban día por día cronológicamente las entradas y las salidas, es el mismo libro que se usa hoy por los comerciantes, y las leyes modernas no han hecho otra cosa que añadir respecto de él reglas con objeto de garantizar su sinceridad (2). En la Edad Media se añadió al uso del libro diario el del copiadore cartas, cada vez más completo (3), y el uso del balance anual. Pero dicho balance tenía en aquellos tiempos una finalidad de mero cómputo: se hacía el balance del libro cuando éste estaba termi-

(1) Véase principalmente M. Voigt, *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literalobligation der Römer*, 1887, traducido al italiano por G. GARNAZZA, Catania, 1891; VERT SIMON, *Die Bilanzen der Aktiengesellschaften*, 3.ª ed., Berlin, 1899, pág. 28 y sig.

(2) La obligación de hacer legalizar y numerar los libros por el Juez, de tenerles por orden de fechas, sin dejar espacios en blanco entre las partidas, en forma legible, está ya establecida en los Estatutos de los siglos XIV y XV; véase LATTES, *Legisl. estatut.*, pág. 283, nota 10 y sig.

(3) Ya FRAY LUCA PACIOLO en su *Tractatus de computis et scripturis*, publicado en Venecia, en 1494, que forma el título XI de la obra *Summa de Arithmetica, Geometria, Proportiones y Proporcionalidades*, cap. XXV, dice que se suelen registrar en un libro las cartas que se expiden, transcribiéndolas de *verbo ad verbum* si son cartas de gran importancia como las cartas de cambio o de géneros mandados o dinero... PACIOLO fué el primero en exponer sistemáticamente el método de partida doble (*modo di Vinegia*); pero este procedimiento según CUSUMANO, era ya usado en Sicilia en 1348; *Historia de los Bancos de Sicilia*, I, 121, y se encuentra ya aplicado en un registro de 1832 conservado en los archivos de Florencia, en el que se lee: «Anotaré a mis acreedores y deudores a la veneciana, es decir, en un plego dar y en el otro haber»: PERUZZI, *Historia del comercio y de los banqueros de Florencia d. 1200 a 1345*, Florencia, 1868, pág. 224.

nado, para llevar los resultados a otro nuevo (1); el balance periódico realizado sobre la base del inventario y por tanto mediante previo recuento de la caja de los almacenes y de la cartera, es un instituto moderno, cuyas primeras noticias alcanzan solamente a la primera mitad del siglo XVII (2).

155. En el derecho vigente están en oposición dos sistemas principales. Uno impone al comerciante la obligación de llevar regularmente los libros necesarios para comprobar el estado de su patrimonio, sin indicar cuáles sean esos libros ni la forma en que deben llevarse; es un sistema muy poco jurídico, porque deja al comerciante en la constante incertidumbre de si ha cumplido o no su deber y deja al propio tiempo al Juez árbitro de su suerte en caso de bancarrota (3).

El otro sistema determina cuáles deben ser los libros obligatorios; pero mientras algunas legislaciones se contentan con prescribir el copiador de cartas y el inventario (4), otras añaden el

(1) También PACIOLO, cap. XXXII habla solamente de un balance del libro.

(2) Nos falta una historia de la contabilidad mercantil que, en su mayor parte, sería una historia del comercio italiano. Véase algunas noticias recomendables en UNGER, *Die Methodik der praktischen Arithmetik, in historischer Entwicklung*, Leipzig, 1888; NEIT-SIMON, lib., cit., pág. 29 y sig. GOLDSCHMIDT, *Univers*, pág. 245, nota 34 y sig.; JAEGER, *Lucas Pacioli und Simon Stevin*, 1876 (las traducciones de este último son muy censuradas, con razón, por GOLDSCHMIDT, loc. cit., por su incorrección); Id., *Beiträge zur Geschichte der Doppelbuchhaltung*, 174; SIEVEKING, *Aus venetianischen Handlungsbüchern (Schmollers Jahrbuch*, 1901 y 1902). En Italia, BONALUMI, ha contribuido algo a estas indagaciones históricas, sobre el desarrollo del pensamiento de la contabilidad, Novara, 1880; por GITTI, con sus ediciones de PACIOLO, Torino, 1878 y de GEROLANIO CARDANO, *De rationem librorum tractandorum*, Torin, 1882; y por RIGOBAN, *Estudios antiguos y modernos sobre la técnica de los comercios*, discurso inaugural, Bari, 1902. Pero aún las más renombradas obras de contabilidad olvidan casi completamente esta indagación histórica, a pesar de que sin ella falta a aquélla la base para conseguir la posición científica a que aspira. Véase sobre el cometido, los métodos y la práctica de esta disciplina, GITTI y MASSA, *Tratado completo de contabilidad*, Novara, Milán, 1884, 89, 2 vol.; BESTA, *Curso de contabilidad*, vol. 1, Venecia, 1891; BELLINI, *Tratado de contabilidad aplicado a los establecimientos privados*, 2.ª ed., Milán, HOEPLI, 1906.

(3) Cod. federal suizo, arts. 877, 880. Los motivos dados por MUNZINGER, *Motifs du projet de Code de commerce*, pág. 45 y sig., no responden a la crítica hecha en el texto. Más lógicamente el Derecho inglés no impone llevar libros; no concede a estos autoridad alguna en juicio ni castiga a quien no les lleva: LEHR, *Elements de droit civil anglais*, pág. 481; COLFAVRE, *Le droit com. comparé*, pág. 22 y sig. Contra PAGANI, *Com.*, núm. 124.

(4) Código húngaro § 26. Según el § 28 del Código de Comercio alemán de 1900, el comerciante no está obligado a tener un adecuado copiador de cartas, aunque si a conservar ordinariamente las copias de las cartas enviadas y recibidas. Además estos Códigos prescriben genéricamente al comerciante llevar los libros necesarios para revelar completamente sus negocios comerciales y el estado de su hacienda.

libro diario (1) y el libro mayor (2). Este procedimiento varía también en los diversos países respecto de las formas prescritas para garantizar la sinceridad de los libros; unas legislaciones sólo imponen la observación de reglas materiales sobre el orden cronológico y sobre la continuidad de los asientos, sobre la encuadernación de los libros, sobre el método de contabilidad (3); al paso que otras, el mayor número, no otorgan su confianza sino a los libros legalizados por el Juez antes de haber sido puestos en uso. La escasa observación de estos preceptos legislativos induce a considerar oportuno reducir los libros obligatorios al mínimo posible y precisamente al libro de inventarios. La ley no debe buscar tanto el objetivo de facilitar a los comerciantes la prueba de sus derechos (cosa que puede confiarse enteramente a su propio interés), como el de preparar la prueba de su patrimonio activo y pasivo en caso de quiebra; y para ello puede servir suficientemente el libro de inventarios. Reducidos a este mínimo las exigencias de la ley, suprimida la obligación del libro diario, que tal como es descrito por el legislador no corresponde a los sistemas de contabilidad más usados, ni siquiera los pequeños comerciantes a los que impone hoy la ley un peso insoportable, tendrían razón para quejarse (4).

156. La obligación de llevar libros de comercio llena un triple objetivo: es impuesta en interés del comerciante, a fin de que pueda seguir diariamente la situación de sus negocios y tener una prueba de sus derechos; en interés del que contrata con él, para facilitarle medios de defensa; por último en interés público, para que en caso de quiebra se pueda reconstituir en su in-

En cambio el Código brasileño prescribe solamente el coprador de cartas y el diario, art. 11.

(1) Código italiano, arts. 21 y 22; Código francés, arts. 8 y 9; Código griego, arts. 8 y 10; Código holandés, arts. 6 y 8; Código turco, arts. 3 y 4; Código belga, arts. 16 y 17; Código rumano, art. 23; Código argentino, art. 55; Código mejicano, art. 33; Código peruano, art. 23.

(2) Código español, art. 33; Código portugués, art. 29; Código chileno, art. 25; Código de Bolivia, art. 32; Código del Salvador, art. 30; Código Guatemala, artículo 20.

(3) Código alemán, § 33 (art. 32, Código 1861); Código húngaro § 25; véase también la nota 1, pág. 223.

(4) Algunos Códigos exoneran de llevar libros a los pequeños comerciantes y ofrecen algún criterio para distinguirlos. Véase Código alemán, § 4 (art. 10, Código 1861); Código húngaro, § 5. Y así fué propuesto en el Congreso nacional de las sociedades económicas celebrado en 1893. Pero es evidente que de esta manera la observancia de la ley queda a la discreción de la Magistratura, la cual puede, con un acto de clemencia, calificar al quebrado como pequeño comerciante y librarle de las sanciones penales establecidas para la falta de libros o para la forma irregular de llevarlos.

tegridad el patrimonio del quebrando, descubrir las simulaciones y las sustracciones. Esta obligación halla una sanción continua en el daño que sufre el comerciante por la pérdida de un medio de prueba, así como en el peligro que corre de no conocer exactamente el estado económico de su hacienda y las sustracciones de sus empleados; y una sanción eventual, cuando suspende pagos, en la pérdida del beneficio del concordato preventivo y en la condena por bancarrota (1). No hay por tanto verdadera sanción en sentido penal más que cuando el comerciante turba el orden público con la quiebra. Si se quisiese reforzar el cumplimiento de la ley amenazando con una pena, por ejemplo, con multa, a quien no lleve regularmente los libros prescritos, haría falta crear un sistema de inspecciones periódicas y oficiales en el establecimiento del comerciante y, hallándose todavía éste en plena actividad comercial, castigarle con una condena que podría arrebatarle el crédito de que goza, perjudicando a los mismos acreedores a quienes se pretende proteger (2).

157. La obligación del comerciante de establecer una contabilidad regular empieza el día en que adquiere el carácter de comerciante, pero como no se puede precisar cuál sea ese día y probablemente el propio comerciante lo ignora, la ley no le obliga a hacer un inventario de su patrimonio antes de iniciar el comercio (3). Aunque se retire de él, debe continuar los asientos

(1) Código de Comercio, art. 695, 856, núm. 5, 857, núm. 1, 859. Ley de 24 de Mayo de 1903 sobre el concordato preventivo art. 2.º: «El recurrente debe presentar, juntos con la demanda sus libros de comercio obligatorios, de los cuales, el diario y el inventario al menos deberán llevarse regularmente desde un trienio antes por lo menos o desde el comienzo del ejercicio si éste no dura desde los tres años....»

(2) La proposición de castigar con una multa a quien no lleve normalmente los libros de comercio fué presentada durante los trabajos preparatorios del Código (Cámara de comercio de Aquila). Véase *Memoria MANCINI*, pág. 80; VIDARI, 1.ª ed., núm. 212, 3.ª ed., núm. 353. Ningún Código vigente adoptó este sistema, exceptuado el Código suizo de las obligaciones que reservó a la legislación cantonal la facultad de establecer penas por la irregularidad de los libros (art. 880). Los Códigos vigentes sólo castigan al comerciante en caso de quiebra; es más, muchos de ellos prohíben expresamente toda investigación de cualesquiera autoridad, encaminada a descubrir si los comerciantes llevan o no regularmente sus libros. Véase Código español, art. 45; Código portugués, art. 41; Código chileno, art. 41; Código brasileño, art. 17; Código argentino, art. 70; Código mejicano, art. 47; Código peruano, art. 37. Es digno de notarse que la multa establecida en el Código de Comercio español de 1829 (art. 45) para aquellos que llevasen irregularmente los libros no fué reproducida en el Código vigente.

(3) En la historia de la contabilidad el inventario de apertura es de fecha bastante más antigua que el inventario de cierre. Véase FRAY LUCA PACIOLO, *De Comput et script.*, caps. II, III y IV, donde muestra un ejemplar y recomienda que se citen allí todas las cosas que encuentres muebles o estables aunque fue-

de los negocios con que liquida su establecimiento; si cede éste dicha obligación pasa al sucesor, el cual tendrá derecho a la consignación de los libros que le son necesarios para continuar el comercio puesto que constituyen un accesorio de la hacienda (1).

158. Según nuestra legislación son considerados como libros de comercio propiamente dichos solamente los que están numerados y firmados por el Juez antes de comenzar su uso. El cumplimiento de estas formalidades preventivas proporciona la única garantía que sirve de norma al legislador para reconocer en los libros que se presentan al Juez aquellos en donde se hicieron originariamente asientos. Los libros respecto de los que no se observaron las formalidades mencionadas deben considerarse como no existentes (2). La aparente posibilidad de reconstituir con notas esparcidas en hojas sueltas o en libros no formalizados el desarrollo económico del establecimiento no excluye el peligro de que la anotación de éste o de aquél negocio haya sido alterada, suprimida u omitida, y de que mientras el contable cree reproducir enteramente las fases sucesivas del ejercicio sea víctima de una ilusión hábilmente preparada por la malicia del comerciante (3).

sen diez mil». De esto no hay noticia en la ordenanza francesa de 1673, tit. III, art. VIII, en el Código francés y en los que, como el nuestro, siguieron sus huellas. En cambio el inventario de apertura fué expresamente impuesto en el Código alemán, art. 20 (§ 39, Código 1900); Código húngaro, § 26; Código español, artículo 37; Código portugués, art. 33; Código rumano, art. 24; Código chileno, art. 29; Código argentino, art. 59.

(1) Conf. BEHREND, § 3718 6; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Kom.*, art. 28, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán allí citada. Véase para alguna analogía, Apelación Génova, 10 de Diciembre de 1879; Casación Torino, 15 de Septiembre de 1880; *Eco*, 1880, 83, 363.

(2) Por eso la jurisprudencia castiga más gravemente (art. 861, Código Comercio) como faltas de libros, a quienes no les llevan con las formalidades prescritas por el párrafo 1.º del art. 23 del Código de Comercio. Véase *Cas. Roma*, 21 de Diciembre de 1889; 31 de Enero, 5 de Marzo, 8 de Mayo de 1890; *Foro*, 1890, 11, 171; *Monit.*, 1890, 357; *Temil veneta*, 1890, 344; *Monit.*, 1890, 661; *Id.*, 8 de Julio de 1891; *Corte suprema*, 1891, 637; 17 de Diciembre de 1890; *Foro*, 1891, 11, 114; 13 de Mayo de 1892; *Corte Suprema*, 451; 11 de Marzo de 1893; *Id.*, 183; 15 de Abril de 1902; *Jurisp. it.*, 1903, 11, 94; 1.º de Abril de 1903; *Temil*, 614; 4 de Junio de 1903; *Foro*, 11, 311; 11 de Noviembre de 1903; *Rev. gen.*, LIX, 408; 14 de Mayo de 1906; *Giurisp. pen. torinesa*, 387; 4 de Diciembre de 1906; *Rev. pen.*, LXV, 425; 19 de Abril de 1907; *Just. pen.*, 952; 3 de Octubre de 1908; *Just. pen.*, 1909, 341; 10 de Noviembre de 1908; *Just. pen.*, 1909, 791.

(3) Fué pues justamente decidido que no pueden hacer las veces del inventario ni los rendimientos de cuentas anuales presentados por el Consejo de administración a una asamblea de accionistas (Apelación Torino, 27 de Noviembre de 1882; *Eco*, 1884, 42) ni un cierre de cuentas hecho en el diario (Casación Torino, 17 de Noviembre de 1886; *Jurisp. pen.*, 1887, 112). Para las legalizaciones sucesivas del libro diario, véase núm. 163.

159. La obligación de llevar libros de comercio es general; está sujeto a ella igual el comerciante al por mayor que el comerciante al detalle (1), el estable como el ambulante (2), el que puede llevarles personalmente como el que siendo analfabeto o careciendo de aptitudes debe hacer que les lleve otro (3). La ley no permite que se dedique nadie al comercio si no es capaz de llevar o de vigilar la propia contabilidad. Quien contraviene esta disposición, quien especula sobre el crédito y consiguientemente sobre los capitales ajenos sin tener en cuenta la forma en que los emplea, es culpable de haber practicado un arte para el que no está preparado y debe sufrir la pena correspondiente por la turbación que su imprudencia ocasiona en el normal desenvolvimiento del comercio. No cabe invocar un uso contrario, porque ningún uso puede derogar la ley comercial, especialmente cuando ésta tutela el interés público.

Esta igualdad rigurosa de sanciones fué mitigada por la ley de 20 de Mayo de 1903, art. 38, sobre pequeñas quiebras, al suprimir el delito de bancarrota simple para los comerciantes cuya quiebra no supera las 5.000 liras, los cuales, por tanto, no pueden ser castigados por la falta de libros de comercio, aunque sea total.

160. No existe responsabilidad legal por la ausencia de libros de comercio o por llevarlos en forma irregular cuando el comerciante no podía intervenir legalmente en el ejercicio de su propio comercio; en tal caso se halla la mujer a la que el Juez dió un gerente prohibiéndola ejercer personalmente el comercio por respeto a la voluntad del marido, o el socio que se abstiene de intervenir en la administración porque a ello le obliga el contrato social (art. 186, núm. 3). Estos no pueden ser culpables de haber ajustado su conducta a lo que el Juez y la ley les impusieron; los terceros encontrarán garantía en la responsabilidad del gerente o del socio administrador (4).

(1) Casación Torino, 10 de Diciembre de 1888; *Monit.*, 1889, 40; Casación Torino, 16 de Noviembre de 1887; *Monit.*, 1888, 188; Casación Torino, 29 de Enero de 1885; *Monit.*, 710; *Relac. MANCINI*, págs. 74, 75.

(2) Casación Roma, 18 de Julio de 1888; *Ley*, 1889, 1, 641.

(3) Casación Torino, 7 de Noviembre de 1886; *Jurisp. pen. tor.*, 1887, 112; Casación Torino, 16 de Noviembre de 1887; *Monit.*, 1888, 188; Casación Torino, 16 de Mayo de 1889; *Jurisp. pen. tor.*, 1889, 505; Casación Roma, 1.º de Mayo de 1890; *Corte suprema de Roma*, 1890, 294. *Comis. verbal prelim.*, núms. 762, 944. El empleado encargado de la contabilidad no es responsable penalmente de que se lleve irregularmente: Casación Florencia, 29 de Octubre de 1887; *Temi*, ven., 1888, 13.

(4) Código de Comercio, art. 862. No van contra la opinión formulada en el texto las sentencias de 27 de Marzo y 7 de Junio de 1888 de la Casación de Torino (*Fllangieri*, 1888, 396; *Foro*, 1888, 11, 40) porque en ambos casos el socio condenado

161. La ley no impone método alguno de contabilidad; si el sistema de la partida doble es necesario para procurar a los grandes establecimientos un comprobante sistemático y completo de sus negocios, es en cambio superfluo y raramente usado en los establecimientos pequeños; de aquí que la ley no haya podido prescribir una obligación común a todos. El procedimiento de contabilidad tiene para la casa una importancia exclusivamente interna y administrativa, pero no influye nada sobre la posición jurídica del comerciante frente a sus acreedores y a sus deudores; el criterio con que el tenedor de libros califica las deudas y los créditos en sus asientos no modifican ni mucho ni poco su naturaleza jurídica (1).

162. Todos los libros deben ser llevados por orden de fecha, sin espacios en blanco, al menos en los lugares que ordinariamente quedan cubiertos con la escritura, sin interlíneas, sin notas marginales (art. 25). No debe borrarse el primitivo contenido mediante raspaduras; si es necesario suprimir alguna palabra se hará de modo que sea legible el asiento suprimido. Los libros se pueden llevar en cualquier lengua, viva o muerta (2); si el Juez

podía intervenir en la administración y únicamente por descuido o por excesiva confianza dejó actuar a los otros.

(1) Muchos escritores de Derecho mercantil exponen más o menos extensamente el mecanismo de la partida doble que se encuentra tratado con amplitud en cualquier obra de contabilidad: Véase MARGHERI, 2.^a ed., 1, núm. 222 y sig.; BOISTEL, *Traité elem.*; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, 1, núm. 302 y sigs.; THALLER, *Traité elem.*, núm. 185 y sig.; pero semejantes estudios no pertenecen al derecho puesto que no constituyen materia de ninguna norma jurídica. Conf. con el texto sobre la libertad del método de registrar las operaciones: LESSONA, número 609; PAGANI, *Com.*, núm. 127; MARGHERI, 3.^a ed., 1, núm. 173, pág. 232; De GREGORIO, *Los balances de las Sociedades anónimas*, Milán, 1908, pág. 2, nota 2; ROSATI, *Interpr. y reforma de nuestra legislación respecto de la forma de llevar los libros de comercio*, Perugia, 1883, págs. 12 y 13; MAZZOCOLLO, *Encicl. jurid.*, véase *Libros de comercio*, 13. VERT SIMON, 3.^a ed., § 4, nota 24, insiste en decir, contra mi opinión, que en Italia es obligatoria la partida doble porque nuestro Código prescribe cerrar el inventario con la cuenta de pérdidas y ganancias; pero el argumento no es oportuno ya que puede hacerse también esta cuenta con los resultados de la partida simple. La obligación de llevar los libros según el sistema de partida doble es impuesta por algunos Códigos poco autorizados de las Repúblicas meridionales de América: Véase Guatemala, art. 23; Méjico, art. 42; Nicaragua, a imitación del antiguo Código español, art. 34. Pero también el Código de comercio español moderno, art. 34, de acuerdo con los mejores Códigos vigentes ha reconocido expresamente al comerciante la libertad de elegir su método de contabilidad: Véase Código portugués, art. 30; Código húngaro, § 25; Código argentino, art. 54. También el Código alemán, § 38 (art. 28, del Código de 1861) se contenta con que el comerciante tenga una *contabilidad regular*, y desde el momento que no prohíbe la partida simple no se le puede reprochar a un comerciante el que la use: VERT SIMON, pág. 71⁹.

(2) La cuestión fué prevista y resuelta especialmente en las *Memorias*, MAN-

la ignora ordenará la traducción a cargo del que quiere obtener la prueba para defender su derecho. Se podrán llevar tanto por el principal como por un empleado o por varios de estos contemporáneamente, sin perder su eficacia (art. 48). El incumplimiento de las anteriores normas hacen el libro irregular pero no le merman fe alguna (1).

163. Libros obligatorios.—Libro diario.—En el libro diario, que sirviendo de fuente para todas las demás anotaciones ha de ser esencialmente analítico, el comerciante debe incluir separadamente día por día todas las operaciones de su comercio al contado, bajo condición o a plazo y todo lo que recibe o paga por cualquier concepto comercial o civil (2). Después de este registro cronológico se halla imposibilitado de ocultar los bienes que recibe por causas ajenas al comercio; el diario servirá de fácil comprobación para la regularidad del inventario en donde debe aparecer un cuadro completo de su patrimonio (3). El comerciante ha de anotar también allí los gastos que realiza para el sostenimiento de su familia, pero puede hacer esto por meses o en períodos más breves si lo estima oportuno; así será fácil determinar si ha gastado con exceso, dada su situación económica (artículo 856, núm. 1.º).

Se ha intentado librar al comerciante de la obligación de registrar todas las operaciones de su comercio diciendo que observaría igualmente la ley llevando al diario sus operaciones por períodos más largos, por ejemplo, cada semana (4). Pero admitiendo este criterio, el diario no presentaría ya el estado de la hacienda *día por día*; habría seis días en los cuales no aparecerían las operaciones de su comercio.

El diario no debe empezar a usarse si antes no ha sido cada

CINI, pág. 77. El Código alemán, § 43 (art. 32, Código 1861) ordena que se lleven en una lengua viva, por lo que queda excluido que puedan llevarse en hebreo o estenográficamente: BEHREND, § 42, nota 9; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Komm.*, art. 31, núms. 20 y 22; LEHMANN, *Lehrbuch*, § 28, 2 c.; Conf. Código húngaro, § 25; Código rumano, art. 29 (este prescribe que se debe usar una lengua viva en Europa); Código brasileño, art. 16.

(1) Véase la jurisprudencia constante recordada en la nota (2), pág. 170 y lo que se dirá sobre la fuerza probatoria de los libros (4.ª ed., vol. IV, números 1.596 y sig.).

(2) Las anotaciones que resumen todas las operaciones del día (adquisiciones hechas en Bolsa por un agente de cambio) no llenan las obligaciones legales: Casación Roma, 31 de Agosto de 1908; *Temi*, 1908, 1.028.

(3) Según algunos Códigos, el comerciante que tiene un libro de *caja* o de *facturas* puede omitir sobre el libro diario el registro de las recaudaciones o del movimiento de las mercancías: Código chileno, art. 28; Código argentino, art. 57.

(4) LESSONA, núm. 609; PAGANI, *Los libros de comercio*, Torino, 1891, pág. 48.

folio firmado y numerado por un Juez del Tribunal o por el Juez municipal del lugar en que reside el comerciante (art. 23); estas medidas se dirigen a impedir la supresión o la sustitución de los folios (1). En la última página debe declararse el número de folios que comprende el libro añadiendo el Juez la fecha y la firma; así la operación se cierra con una certificación de las firmas puestas en cada folio.

164. Si se quisiesen excluir las antefechas en los asientos sería preciso que el diario fuese legalizado cada noche por una autoridad digna de fe, procedimiento de imposible ejecución. De aquí que el legislador se limite a obligar al comerciante a presentar el diario una vez al año a la misma autoridad judicial y si ésta falta, a un Notario, a fin de que sea legalizado bajo el último asiento. El Juez no debe poner su firma al libro que no haya sido numerado y firmado antes de usarle, pues sin estas formalidades imprescindibles no existe libro de comercio en el sentido legal (núm. 158); pero no puede y no debe realizar indagación alguna sobre la regularidad y sobre el orden de los asientos. Su cometido es simplemente fijar la fecha de la última anotación, con objeto de impedir que un libro tenido en blanco mucho tiempo pueda llenarse ante la perspectiva de una controversia o de una quiebra, alterando la verdad. Esta formalidad impide las antefechas superiores a un año, y el legislador no ha querido más. El Juez debe proceder sin tardanza a la legalización, porque el comerciante está obligado a presentar el libro, pero no a dejarle en depósito con el natural peligro de que ojos y lenguas entrometidos se enteren de sus secretos y les propalen; además, si tuviese que depositarle no podría llevarle día por día como quiere la ley (2).

La falta de las legalizaciones anuales no anula al libro ma-

(1) Para simplificar esta operación, el Código belga, art. 18, el Código español, art. 36 y la práctica francesa en contraste con la ley (véase LYON-CAEN ET RENAULT, I, núm. 284, nota 2), sólo exigen que sea puesto en cada página el sello del Tribunal. Este sistema podría introducirse útilmente entre nosotros respecto del coprador de cartas, el cual quedando dispensado de la obligación de la firma en cada folio, puede ser fácilmente alterado.

(2) Código de comercio, art. 21. Para evitar que el diario sea detenido en el Juzgado, como sucede en la práctica, esperando la legalización, y con objeto de suprimir al comerciante la facultad de presentarle cuando le plazca y de ponerle así en orden sólo una vez al año, se propuso por el *Consulente commerciale*, IV, núm. 2.º delegar en el Secretario judicial o en un Notario la inspección anual del diario, en cualquier época, en el domicilio de los comerciantes comprendidos en la respectiva circunscripción. Prácticamente, se acostumbra en la actualidad a tener el libro diario dividido en fascículos con numeración seguida, de modo que mientras se presenta un fascículo terminado se comienzan los asientos en el siguiente.

yor, únicamente queda incompleto, y por consiguiente no puede castigarse al comerciante que omite dicha formalidad con las penas más graves que le amenazan cuando es culpable de una omisión completa (art. 856, núm. 5.º, art. 861). Resulta lógica la doctrina que declara inexistente el libro desprovisto de los requisitos preliminares puesto que entonces es incapaz de contener ningún asiento legal (núm. 158), pero el libro falto de la legalización anual no carece de las formalidades necesarias para dar validez a los asientos del primer año y a los comprendidos entre dos autorizaciones regulares. Si hace fe respecto de los asientos del primer año aunque no vayan seguidos de la autorización anual, si son legales los realizados entre dos autorizaciones regulares, ello significa que el libro puede contener asientos legalmente eficaces, y que no debe considerársele como inexistente (1).

165. Los grandes establecimientos que no pueden registrar en un solo libro todas sus operaciones, suelen dividir el diario en tantas secciones cuantas son las secciones del establecimiento y resumir luego los resultados en un diario general. Según el sistema de la ley, este último libro debe considerarse como un libro auxiliar del que el comerciante puede prescindir; el verdadero diario legal, el que ha de ser numerado y firmado por el Juez antes de empezar su uso es el constituido por las distintas secciones confiadas a varios empleados, las cuales, debido a la unidad de su contenido forman un libro único. El establecimiento que se limita a llevar solamente el diario-resumen conforme a las prescripciones legales no tiene sus libros en regla y se expone al peligro de una bancarrota en caso de quiebra. La ley ordena, en efecto, que las operaciones del comerciante sean registradas, una por una, en el libro diario y únicamente admite las partidas complejas para los gastos de familia (art. 21). Confiando en las anotaciones analíticas ha constituido todo un sistema de pruebas que sería imposible con los asientos-resúmenes. Estos pueden explicar el desarrollo económico de la hacienda, las causas de su quiebra, pero no pueden probar las operaciones aisladas del comerciante, sus relaciones de debe y haber con los corresponsales, resultando así imposible exhibirlos en juicio para resolver las controversias (art. 28). No es eso solo. La fuerza probatoria de los libros de comercio proviene de que el libro de un comerciante puede encontrar su confrontación en el mismo

(1) Casación Roma, 28 de Octubre de 1904; *Justicia pen.*, 100; «La omisión de la legalización, no puede ciertamente destruir la existencia jurídica ya conquistada de los libros». Casación Roma, 21 de Marzo de 1905; *Id.*, 894.

asiento, hecho en sentido contrario por otro comerciante; y como esta comprobación recíproca es imposible con los asientos-resúmenes resulta que el diario-resumen no responde al objetivo de la ley. Existen además otras razones. La síntesis de las operaciones verificadas en el día habría de hacerse al día siguiente, y este retraso, en las rápidas mudanzas del mercado moderno que cambian a cada momento las razones del beneficio, ofrecería ocasión para asientos engañosos que no se hubieran llevado a efecto si el negocio hubiese sido registrado inmediatamente de realizado para conservar de él memoria exacta. Finalmente, si fuese numerado y firmado solo el diario-resumen, el comerciante podrá, suprimiendo y sustituyendo los diarios parciales, dividir falsamente entre sus clientes la cifra de dicho diario-resumen, o hacer desaparecer del todo el nombre del que no le conviene, o trasportarle a los asientos de otro día entre los deudores, cuando habría debido figurar entre los acreedores.

Por consiguiente, sólo los libros especiales donde figuran los registros analíticos y originarios formarán el diario legal, que será así dividido en varias secciones. Esta costumbre, que constituye para muchos establecimientos una verdadera necesidad, favorecerá bajo varios aspectos su marcha ordenada; las operaciones homogéneas serán clasificadas en los mismos libros por orden cronológico; se evitará el inconveniente de informar al empleado de toda la gestión; se hará más fácil y confiada la exhibición del libro ante el Juez. El diario-resumen permitirá al comerciante dominar fácilmente el movimiento de sus negocios, favorecerá también, dado su carácter, comprobar la verdad de los registros especiales; pero ni su estructura ni su función pueden corresponder a las del diario legal (I).

(1) La legalidad del diario-resumen dió origen a una viva polémica entre los contables italianos. Véase FIORANO LUCCA, *El modo de llevar el diario según el Código de comercio*, Milán, 1886. Aquella fué amplia y seriamente discutida especialmente por el contable SANGUINETTI en el IV Congreso de tenedores de libros verificado en Bolonia, en 1888. Véase *Relac.* del contable CARLOS ROSATI que resolvió, conforme con una opinión mía, en el sentido dado en el texto: *Actas del IV Congreso de los tenedores de libros italianos* I, Bolonia, 1890, págs. 73-86, 194-206; PAOLINI, *Manual para las Cajas de ahorro*, 1.^a ed., 1891, pág. 176 y sig.; PAGANI, *Com.*, núm. 127. La solución defendida en el texto fué adoptada por la Casación de Roma, 31 de Agosto de 1908; *Temi*, 1908, 1.028; en el Reglamento 21 de Enero de 1897 sobre las Cajas de ahorro, art. 17: «El diario puede ser también llevado en forma de resumen, con tal de que, en ese caso, aparezca la descripción analítica de los hechos administrativos en libros especiales correspondientes a las varias secciones de las operaciones del Instituto» y más recientemente por el Ministerio de Gracia y Justicia en una circular (12 de Junio de 1907) relativa a la legalización de los libros comerciales: véase *Jurisp. Ital.*, 1907. *Supl. legislativo*, pág. 311. Contra LESSONA, núm. 611 y siguientes.

166. Libro de inventarios.—Aunque la actividad económica de la hacienda se desenvuelva sin interrupciones, se la divide ficticiamente en períodos administrativos iguales, a fin de que el comerciante pueda formarse una idea clara y completa de su estado patrimonial. Este objetivo busca el inventario anual en donde el comerciante debe indicar todos sus bienes, todos sus débitos y créditos, tanto civiles como comerciales, no como resultan de los demás libros, sino tal como existen realmente en sus cajas, en sus almacenes, en su cartera etc., estimándoles por su justo valor para obtener su verdadero estado activo y pasivo (art. 857, núm. 1). Si estos bienes fueron ya descritos en los inventarios anteriores, bastará referirse a ellos, resumiendo su precio; así la reunión, ordenada por la ley, de varios inventarios en un solo libro puede servir para simplificar su compilación. Cuando el comerciante tiene varios establecimientos comprenderá en el inventario los bienes de todos, porque su patrimonio es uno solo y el balance de pérdidas y ganancias debe calcularse sobre el resultado total de sus diversos establecimientos.

167. La ley no señala precepto alguno para la valoración de los bienes (1); pero como el inventario debe indicar la verdadera situación económica del comerciante, sus beneficios y sus pérdidas, parece lógico que aquella se haga sistemáticamente separando el activo del pasivo, y que todos los bienes deban ser estimados según su valor en la fecha del inventario. Al valorar las mercancías, los títulos de crédito, las monedas extranjeras, convendrá tener en cuenta el precio asignado en el listín de la Bolsa para su adquisición; al valorar las máquinas, los enseres de la hacienda, se deducirá el valor que perdieron por el uso, por los progresos técnicos de la industria (2); al valorar los productos en vías de formación se añadirá al precio de la materia prima el

(1) Además, las leyes son deficientes en normas sobre este punto y su silencio está justificado por la variedad de doctrinas que defienden los contables. Véase GIRTI y MASSA, II, pág. 156; BESTA, pág. 286 y sig.; RAVENNA, *Tratado de contabilidad*, I, §§ 35, 38; *Actas del IV Congreso de tenedores de libros*, Relac. ROSATI, pág. 89; COURCELLE-SENEUIL, *Traité de comptabilité*, 4.ª ed., pág. 92 y sig. El Código alemán da algunas reglas, § 40 (arts. 31, 40, Código de 1861); Código austriaco, art. 31; Código rumano, art. 24; Código húngaro, § 98. Pero hay que reconocer que estas disposiciones tienen una eficacia mucho mayor en la ordenación de las Sociedades por acciones, donde a causa de la continua variación de los accionistas es necesario que se atribuyan a cada ejercicio las pérdidas y las ganancias allí referidas.

(2) Se puede obtener el mismo resultado conservando en la parte del activo el precio de adquisición y anotando en el pasivo un fondo de amortización cada vez mayor.

de los gastos ya verificados. Si los créditos son de seguro cobro se calcularán por todo su importe, reduciéndolos al valor actual si son infructíferos o pagables en el extranjero; si los créditos son dudosos se estimarán por su valor verosímil, y si son inexigibles no se tendrán en cuenta. En general, los bienes de la hacienda no se valorarán como si ésta hubiese de ser liquidada, sino considerándola como destinada a continuar funcionando.

168. El inventario ha de renovarse cada año, y el año se calcula desde la fecha del inventario precedente, no según el calendario. El comerciante que quiere cambiar el período de sus inventarios prorrogando su fecha, debe, para ajustarse a la ley que prescribe un inventario y un balance *cada año*, hacer un inventario y un balance supletorios, por todo el tiempo que corre entre el final del último ejercicio y el principio del nuevo; de lo contrario tendría que dejar pasar más de un año sin cumplir con el precepto legal (1). La necesidad de recoger los elementos del inventario obligará al comerciante a retrasar su formación definitiva; de aquí que, como el año administrativo no puede prolongarse más allá de un año, debe referirse a los datos recogidos en el último día.

169. El inventario se llevará por el comerciante o por uno de sus empleados (art. 48), y firmado por aquél, en un libro a ello destinado que podría ser el diario, en el que a veces, tratándose de pequeños establecimientos, figura antes de toda otra partida la descripción del estado patrimonial. En efecto, la ley no exige un libro dedicado *exclusivamente* a los inventarios, y si regula de distinto modo la forma de llevar este libro (art. 23) la razón es que, dado el gran número de asientos a realizar, se hace por lo general necesario. La prueba de que el legislador no exige un libro autónomo para los inventarios se halla en que, al sancionar penalmente la infracción del deber de llevar libros, el art. 847, núm. 1.º castiga la compilación irregular de los inventarios, no del libro de inventarios; refiriéndose al diario y al copiador de cartas usa la palabra libro y ahora usa la de inventario como antítesis de los libros; señal segura de que el inventario no se ha presentado ante la mente del legislador con el carácter de

(1) Así expresamente el nuevo Código alemán, § 49: «Todo comerciante debe compilar el balance y el inventario al cerrar cada ejercicio. Ningún ejercicio puede superar a doce meses». Pero en igual sentido se pronunciaba también la jurisprudencia formada bajo el Código precedente: GAREIS UND FUCHSBERGER, *Romm.*, sobre los libros de comercio, núm. 42; VEIT SIMON, pág. 116, nota 130.

un libro autónomo (1). La firma del comerciante significa que él garantiza la veracidad del inventario y que se ha enterado del resultado del ejercicio para su conducta venidera. Pero la firma no puede considerarse como un elemento esencial del libro; su falta o el haberla puesto tardíamente, hará dicho libro irregular, ya que no es necesaria para comenzarle ni para usarle, sino sólo para cerrarle: si el libro existía antes de la firma no puede quedar anulado por su omisión posterior (2).

170. La formación del inventario es una operación que precede necesariamente al balance, puesto que las diferentes partidas del primero son resumidas sistemáticamente en el segundo (3). El balance, al igual que el inventario, está dividido en dos partes, activo y pasivo; la ley no da ninguna norma sobre el número o sobre la especificación de las partidas, así que, en rigor, podrían bastar dos cifras comprensivas una de las cuentas activas y otra de las pasivas. Si las dos sumas del activo y del pasivo son desiguales, como ordinariamente ocurre, se igualan ficticiamente añadiendo a la suma menor la diferencia formada por el saldo y cuando éste aparece en el pasivo indica cuál es el patrimonio neto del comerciante. Confrontándole con el saldo del ejercicio anterior, se sabrá cuáles son las utilidades del último ejercicio, que consistirán precisamente en la diferencia entre el saldo de los dos ejercicios.

Hay que unir asimismo al balance la cuenta de pérdidas y ganancias consistente en una cuenta donde los negocios están clasificados sumariamente desde el punto de vista de los beneficios o de las pérdidas que han producido deducidos de los libros especiales del establecimiento. La falta de la cuenta de pérdidas y ganancias que debe acompañar al balance (art. 22), hace irregular el inventario y por tanto sujeta al comerciante a las sanciones menores establecidas para la irregularidad de los libros de comercio (art. 857, núm. 1.º, 861).

171. *El copiadore de cartas.*—Casi todos los negocios de los comerciantes son verificados y regulados por carta, aun cuando

(1) Conf. Apelación Venecia, 24 de Octubre de 1895; *Temi ven.*, 1896, 119. Contra, MARGHERI, 3.ª ed., I, núm. 170.

(2) Sobre la distinción entre libros inexistentes y libros irregulares, véase núm. 158. En el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Imperio alemán en materia penal: GAREIS UND FUCHSBERGER, *Komm.*, sobre los libros de comercio núm. 51. El Código alemán § 41 (art. 30, Código de 1861) ordena, como el nuestro, que el inventario sea suscrito por el comerciante.

(3) Conf. A. DE GREGORIO, *El significado de las palabras inventario y balance en el Cód. de com.*, en la *Revista de der. com.*, 1911, I, 144 y sig.

los contratantes vivan en la misma plaza; de aquí la importancia de este libro para la prueba de los contratos que realizan. Debe contener, por orden de fecha, la correspondencia, lo mismo epistolar que telegráfica, la cual puede ser reproducida mediante copia manual o mecánica; no respondería a la finalidad de la ley la reproducción de un resumen o de una traducción. Las cartas han de copiarse, una inmediatamente después de la otra, sin espacios en blanco, o bien una por página, cualquiera que sea su extensión, o con un número progresivo para excluir la sospecha de que alguna de ellas ha sido insertada tardíamente (1). Se cierra generalmente este libro con un índice alfabético de los nombres de los destinatarios, al lado del cual se indican los números de las páginas donde se encuentran las cartas a ellos dirigidas; por último, en la cubierta del libro suele indicarse la fecha de la primera y de la última carta. No está prescrita la autorización de cada folio porque no es posible escribir en el papel de seda que suele emplearse para estos libros (art. 23) (2).

Los comerciantes deben también conservar en fascículos las cartas, los telegramas y las postales que reciben, ordenándoles de modo que resulte fácil encontrar lo que se desea.

172. Los libros auxiliares.—Los libros obligatorios, que son verdaderamente excesivos para los pequeños comerciantes, resultan insuficientes para las grandes empresas. Por eso estas emplean otros libros, variables en número, de nombre y de cometido, según la rama del comercio, según el método de contabilidad, los cuales sirven de complemento y de confrontación para los obligatorios. Un libro que jamás falta en un sistema ordenado de contabilidad es el *libro mayor* (3). Las anotaciones indicadas cronológicamente en el diario son trasladadas sistemáticamente al mayor. Se abre en éste una cuenta especial a cada corresponsal, dedicándole generalmente dos páginas; a la izquierda, bajo la rúbrica *debe* se registran las partidas a cargo del corresponsal; a la derecha bajo el epígrafe *haber* las que significan créditos suyos, como envíos de dinero, de títulos, de mercancías. Sumando cada columna del *debe* y del *haber* se reconoce al primer golpe de vista el estado de cada cuenta; la diferencia constituye el saldo, que puede ser activo o pasivo (4). Si el comerciante no tuviese el libro mayor, que sirve como de repertorio al diario, debería

(1) Conf. Apelación Trani, 23 de Abril de 1911; *Foro Puglie*, 318.

(2) Conf. Cas. Palermo, 25 de Mayo de 1909, *Revista de der. com.*, 1909, 423.

(3) El libro mayor esta descrito y prescrito en el Código español, arts. 33, 39; Código portugués, arts. 31 y 35; Código chileno, art. 35.

(4) Valiéndose del libro mayor y de sus extractos, los empleados de la casa,

recorrer por completo este último cada vez que quisiese saber en qué situación de debe o haber se encuentra con alguno de sus clientes; así, pues, el libro mayor sirve para utilizar el diario.

Otros libros están destinados a llevar cuenta de los vencimientos cambiarios, activos y pasivos, del movimiento de las mercancías (libro de almacén), de los pagos y de los cobros (libro de caja). Estos libros, aunque de uso general, no son obligatorios, pues la ley les niega expresamente toda fuerza probatoria (artículo 21) (1).

Los comerciantes que quieran utilizar eventualmente los libros auxiliares mencionados para aducirles en juicio, deberán hacerlos numerar y firmar por el Juez (art. 24), pero, a diferencia de lo que sucede con los libros obligatorios, el Secretario judicial podrá exigir el pago por el trabajo prestado.

173. En los Tribunales se debe llevar un registro en donde se anotan los nombres de los comerciantes que presentan los libros, la naturaleza de estos y el número de folios firmados (art. 34); los Jueces municipales y los Notarios habrán de transmitir al Tribunal la nota de los libros firmados y legalizados a fin de que el registro quede completo. Con ello se busca impedir o descubrir la maliciosa supresión de los libros, y constatar la posibilidad de presentarles en juicio (art. 51). Si todos los comerciantes llevasen regularmente sus libros, este registro sería al propio tiempo el registro de los comerciantes; pero ¡qué lejos estamos de esto! Respecto de los libros que son obligatorios para algunas clases de comerciantes, como los mediadores, las Sociedades mercantiles y los agentes de negocios, hablaremos en los lugares correspondientes a dichas materias.

174. Conservación de los libros.—Los comerciantes y sus herederos deben conservar los libros obligatorios, las cartas y los telegramas recibidos durante diez años (2), pero esta obligación

sean residentes o viajeros, pueden calcular sus ofertas teniendo en cuenta la confianza ya concedida al cliente.

(1) Por tanto, no admita, como BOLAFFIO, *Com.*, pág. 244, que en esta materia el uso complete la ley. Conf. con el texto PAGANI, *Com.*, núm. 125.

(2) No se ha formado sobre este punto una regla uniforme o al menos dominante en las legislaciones, y esto es ciertamente digno de atención dada la gran frecuencia de las relaciones internacionales. En efecto, la obligación de conservar los libros dura diez años en la ley belga, 15 de Diciembre de 1862, art. 19; en el Código alemán, § 44 (art. 33 del Código de 1861); francés, art. 11; griego, art. 11; húngaro, art. 30; de Bosnia, art. 32; suizo, art. 878; rumano, art. 30; dura treinta años en Holanda, art. 9; por toda la duración de la hacienda hasta la liquidación: Código Bolivia, art. 54; Chile, art. 44; Colombia, art. 45; Guatemala, art. 54;

no se extiende a las facturas, a las circulares, a las letras de cambio y a los demás documentos que no forman parte de la correspondencia. Los diez años comenzarán a contarse a partir del día del último asiento, puesto que el libro empieza a conservarse cuando se ha acabado de usarle; si, a falta del libro, no puede conocerse aquella fecha ni se puede deducir del libro sucesivo, los diez años se contarán desde el día en que debía hacerse el registro (1).

La ley ha tenido que fijar un límite para librar al comerciante de una obligación ilimitada y ha elegido el que es común a la prescripción, considerando que, extinguidas las obligaciones se puede permitir sin grave perjuicio que se extingan también las pruebas de ellas. Pero si el comerciante ha conservado los libros más allá del plazo, tanto él como sus acreedores y deudores y el Juez, pueden utilizarlos como medio de prueba (2); el tiempo habrá hecho que el libro sea más digno de fe, porque el tiempo es el mejor aliado de la verdad.

El comerciante que no presenta los libros en el último decenio, afirmando o probando haberlos destruido, debe equipararse a quien no les ha tenido, puesto que su falta impide al Juez constatar si poseían los requisitos esenciales a un libro de comercio (3).

Núm. 2.—*Exhibición y comunicación de los libros*

Sumario.—175. Carácter procesal de estas disposiciones.—176. Fundamento jurídico común a estas dos formas de utilizar los libros.—177. *Exhibición*. Fundamento jurídico.—178. Límites de la exhibición.—179. La exhibición puede pe-

Perú, art. 47; durante toda la duración del establecimiento y los cinco años sucesivos; Código español, art. 49; por toda la duración de la hacienda y veinte años después de su liquidación: Código portugués, art. 80; Código argentino, art. 68; durante todo el tiempo de la prescripción: Código brasileño, art. 10, núm. 3.

(1) Véase von HAHN, I, pág. 160, § 4; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Komm.*, art. 32, núm. 26.

(2) Cassación Nápoles, 18 de Noviembre de 1884; *Ley*, 1845, 555; *Relac. MANCINI*, pág. 79; *BOLAFFIO*, núm. 161; *LYON-CAEN ET RENAULT*, *Traité*, núm. 286 y todos los autores.

(3) Equivocadamente el Tribunal de Lecce, 28 de Noviembre de 1889, *Filangieri*, 189, 188, ha considerado la falta de conservación de los libros, como una simple irregularidad punible con el art. 857, núm. 1.º, Código de comercio, mientras que habría debido castigarla con el art. 856, núm. 5. Si esta interpretación prevaleciese, le tendría cuenta al comerciante suprimir sus libros antes que presentarles faltos de requisitos legales: véase nota 2, pág. 170.

dirse también para los negocios civiles.—180. Cómo se ejerce este derecho.—181. Extractos notariales.—182. *Comunicación de los libros*.—183. Es un proveimiento excepcional.—184. Cuándo se puede pedir.—185. El asociado, el empleado, el asegurado sobre la vida no tienen derecho a la comunicación.—186. Ejecución forzosa.

175. Ante el silencio del Código de procedimiento civil, el Código de comercio ha tenido que regular el modo de verificar la prueba mediante los libros de comercio, aunque se trate de normas procesales. Son normas comunes a las controversias tanto civiles como comerciales, pues están determinadas no por la naturaleza del litigio sino por la de los libros, es decir, por el medio de prueba que se debe usar en juicio; lo demuestran las disposiciones del Código de comercio que se refieren a las contendas sobre sucesión, materia esencialmente ajena al comercio (art. 27).

176. Los libros pueden usarse en juicio con la exhibición o con la comunicación. Son dos medios de prueba diferentes en la forma y en los límites, pero de la misma naturaleza; diferentes en la forma, porque la exhibición se hace al Juez, mientras que la comunicación se hace al litigante contrario; diversos en los límites, porque esta última se refiere a la contabilidad toda del comerciante, al paso que aquélla se refiere a algunos asientos o a algunos libros; son, sin embargo, de igual naturaleza puesto que tienen un solo fundamento jurídico en el hecho de que las anotaciones deben considerarse comunes a los contendientes (1).

177. *La exhibición*.—La exhibición es un instituto procesal mediante el que se utilizan provechosamente los libros de comercio como medio de prueba. Los libros de un comerciante constituyen indudablemente su propiedad; pero éste está obligado a presentarles en juicio a requerimiento del que ha contratado en él, porque contienen asientos que son comunes a ambos, representan la proyección gráfica y contabilizada de la relación jurídica en que las dos partes han colaborado. Entre todas las tentativas para dar un fundamento único y racional a las soluciones acogidas por la ley, ésta es la que lo explica más completa-

(1) Frecuentemente, los autores dan a estos dos institutos un fundamento jurídico diverso, sin que respecto del particular se haya formado una opinión prevaiente. Esta tentativa mía de dar a ambos el mismo fundamento jurídico sirve no sólo para simplificar la oposición sistemática en esta materia, sino también para fijar un principio capaz de resolver muchas controversias.

mente (1). Así se comprende cómo quien tiene el cargo de la prueba pueda cumplirle pidiendo la exhibición de los libros del adversario; y no se diga que de este modo se invierte la mencionada obligación haciéndola recaer sobre la parte contraria, puesto que los asientos de donde la prueba debe deducirse pertenecen también al que está obligado a presentarla. Así se explica por qué el Juez puede ordenar igualmente la exhibición de los libros no obligatorios según la ley: también los asientos contenidos en los libros facultativos son comunes y en consecuencia puede ordenarse su exhibición. Así se explica por qué puede ser ésta decretada aunque los libros hayan pasado a propiedad de otro, por ejemplo, de un cesionario de la hacienda; si es verdad que éste se ha hecho propietario de los libros, no puede decirse que sea igualmente propietario exclusivo de las anotaciones que interesan a las personas distintas del vendedor a las que la venta haya podido perjudicar en su defensa (2). Así se explica por último, cómo la parte interesada en la utilización probatoria del libro pueda, ante la negativa del propietario, pedir su depósito judicial limitando el derecho de éste a lo necesario para aprovecharse de los asientos comunes (núm. 186).

Inoportunamente se pretendería justificar este derecho con el solo texto de la ley; la mera referencia a la ley no proporciona ningún fundamento racional capaz de guiar en las controversias que el legislador no ha resuelto.

(1) Conf. Rocco, *Revista de Derecho comercial*, 1903, II, 177; PAGANI, *Com.*, 134. En la jurisprudencia nacional parece prevalecer el concepto que reconoce a los contendientes un derecho común sobre las anotaciones parecido al que el remitente y el destinatario de una carta tienen sobre ella. Véase Casación Florencia, 30 de Diciembre de 1886; *Foro italiano*, 1887, 77; y el mismo concepto ha sido formulado en Alemania en el Ordenamiento del procedimiento civil, 30 de Enero de 1877, § 387: «Un asiento se considera como común especialmente entre aquellas personas en cuyo interés ha sido extendido y cuyas mutuas relaciones son por ellas probadas». La doctrina francesa que explica la obligación de la exhibición como un mandato recíproco. Véase MASSE IV, núms. 25, 37; DELAMARRE ET LEPOTVIN, I, pág. 286, coincide mediante esta ficción con la doctrina sostenida en el texto, puesto que los asientos incluidos por cuenta del demandante pertenecen a este último, y si los mandatos son recíprocos la consecuencia es que el contenido de las anotaciones pertenece a ambos interesados. Equivocadamente, LESSONA, núm. 633, supone en mí la afirmación de que los libros se hacen comunes, cuando lo que yo digo es que lo común consiste solamente en el contenido de los asientos. Y es mediante este concepto de la comunidad de los registros como la doctrina alemana explica principalmente la obligación de exhibir los libros. Véase GOLDSCHMIDT en su *Zeitschrift*, XXIX (1884), pág. 372 y sig.; y en su *System*, 3.^a ed., pág. 107 y siguientes; BEHREND, § 42, nota 57 y sig.; DURINGER UND HACHENBURG, página 162, núm. 3.

(2) Apelación Génova, 10 de Diciembre de 1879; *Jurisp. com.* III, 2, 151; Casación Torino, 24 de Noviembre de 1880; *Jurisp. tor.*, 1888, 210.

Es también insuficiente y como consecuencia inexacta la doctrina que deduce la obligación de exhibir y de comunicar los libros de la obligación legal de llevarles en regla (1). Es inexacta la doctrina porque no explica las restricciones puestas por la ley al derecho de usar los libros en juicio y especialmente porque no explica cómo es posible que, desde el momento en que estos existen, el que no trató con el comerciante no pueda exigir su presentación a fin de esclarecer sus propios derechos e iluminar la justicia; y es insuficiente porque no justifica cómo el interesado pueda solicitar la exhibición y la comunicación de los libros facultativos tenidos sin obligación legal.

178. La exhibición es la forma más restringida de utilización, porque no se incorporan al juicio como medio de prueba los libros cuya exhibición ha sido ordenada, sino sólo aquellas partidas de ellos que se refieren al litigio (art. 28). La parte que se vale de este medio de prueba no puede presentar en juicio sus libros o pedir la exhibición de los libros del contrario sin determinar lo más precisamente posible las partidas que se deben sacar. Limitándose a reclamar genéricamente el libro, no cumpliría su obligación de dar la prueba que le incumbe, sino que haría recaer la carga sobre la otra parte o sobre el Juez, los cuales deberían buscar entre los innumerables asientos del libro aquellos que pudiesen favorecer al esclarecimiento de la verdad. Sin embargo, cuando la prueba es ordenada de oficio la determinación preventiva de las partidas a separar resulta por lo general imposible, porque es precisamente el examen del libro lo que debe determinarles. En tal caso el libro completo tendrá que ser sometido a las indagaciones del Tribunal o del Perito delegado para ello, pero sólo las anotaciones que sean extraídas pertenecerán al juicio (2).

(1) BOLAFFIO, *Com.*, núm. 160; y en la *Temi*, 1903, 346.

(2) No hay duda de que las partes en litigio deben determinar las partidas a extraerse, pues de lo contrario no satisfarían la obligación de la prueba; Casación Florencia, 5 de Abril de 1880; *Ley*, 580; Apelación Brescia, 9 de Diciembre de 1886; *Reseña de der. com.*, 1887, 11, 13; Apelación Venecia, 28 de Diciembre de 1897; *Temi ven.*, 1898, 99; Casación Florencia, 15 de Febrero de 1901; *Temi ven.*, 1901; Apelación Bolonia, 20 de Abril de 1903; *Revista de der. com.*, 1903, 11, 291; Apelación Milán, 11 de Enero de 1903; *Foro*, Rep., 1913, voz *Libros de comercio*, número 13; Apelación Milán, 15 de Septiembre de 1916; *Monit.*, 1917, 53; Apelación Milán, 1.º de Marzo de 1918; *Revista de der. com.*, 1918, 427; PAGANI, *Com.*, núm. 143; BOLAFFIO, *Com.*, pág. 240. Dice bien THALLER, núm. 139: *Ce qui donne-rati a ce mode de production son trait propre, ce serait la specialisation des recherches dans le livre a produire*; pero cuando se trate de exhibición ordenada de oficio no hay razón para añadir dicha restricción a la fórmula de la ley, que au-

La exhibición puede ser ofrecida por el actor en apoyo de su demanda o pedida por el demandado como prueba de su excepción, o también ordenada por el Juez. Se puede pedir al propio tiempo la exhibición de los libros auxiliares (1) o la de estos únicamente (2), pues podría ocurrir que las anotaciones necesarias para la instrucción del juicio no constasen en los libros obligatorios. Pero al paso que la existencia de estos debe presumirse en atención a que la ley les prescribe, la de los libros facultativos debe probarse.

Sólo cabe solicitar la exhibición cuando el litigio está pendiente; no se puede iniciar un juicio para obtenerla (art. 28). Los libros cuya exhibición se puede pedir deben pertenecer al adversario, por lo cual sería contra derecho solicitar la intervención de un tercero en el juicio a fin de que fuese obligado a exhibir sus libros, ya que en los asientos de estos no hay aquel vínculo común que constituye el fundamento del derecho de exhibición (número 177) (3).

179. Se puede pedir la exhibición del libro diario y del inventario al menos, aun para asuntos civiles; el comerciante, en efecto, debe anotar, en el primero, todo lo que recibe y paga por cualquier concepto mercantil o civil, y en el segundo especificar todos sus bienes incluso los que entraron en su patrimonio por razones ajenas al comercio. Así, si el comerciante ha registrado el ingreso de un legado o la adquisición de un coche para uso de la familia, puede pedirse la exhibición del libro con objeto de obtener la prueba del pago o de la venta.

toriza al Juez a ordenar la exhibición de los libros para extraer de ellos lo que se refiera a la controversia.

(1) Casación Torino, 23 de Enero de 1879; *Monit.*, 206; Casación Florencia, 6 de Junio de 1881; *Jurisp. ital.*, 550; Casación Torino, 30 de Agosto de 1887; *Reseña*, IV, 218; Casación Torino, 20 de Marzo de 1889; *Jurisp. torin.*, 402; Apelación Génova, 19 de Marzo de 1880; 30 de Enero de 1886; *Eco*, 1880. 285; 1886, 111; Apelación Florencia, 7 de Diciembre de 1907; *Tem.*, 1908, 356; Apelación Roma, 27 de Marzo de 1909; *Jurisp., ital.*, 397; Apelación Milán, 22 de Enero de 1914; *Foro*, 1914, 514; Apelación Génova, 5 de Junio de 1916; *Monit.*, 1916, 830; Apelación Milán, 3 de Julio de 1918; *Monit.*, 1918, 539. Conf. la *Jurisp. francesa*: Casación, 4 de Marzo de 1873; *Dalloz*, 1873, 1, 302; *Id.*, 14 de Abril, 1875; *Id.*, 1876, 1, 36; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, 1, núm. 299.

(2) Contra BOLAFFIO, *Com.*, núm. 160.

(3) Casación Torino, 1.º de Febrero de 1886; *Monit.*, 279; Apelación Milán, 28 de Diciembre de 1889; *Monit.*, 1890, 325; BOLAFFIO, *Com.*, núm. 156; Conf. Código alemán, § 45 (art. 37, Código 1861); Código húngaro, § 34; Código español, art. 47; Código portugués, art. 43; Código brasileño, art. 10; Código chileno, art. 43. Contra PAGANI, *Com.*, núm. 139.

Tal derecho ha sido negado basándose en el viejo principio: *nemo tenetur edere contra se*.

A este aforismo latino responderemos ante todo con un razonamiento sencillo pero eficaz: ¿para qué serviría la ley que atribuye fuerza probatoria contra los comerciantes a los libros de estos si les fuese negado a los interesados el derecho de hacer constar en juicio lo que dichos libro contienen? La ley no tendría sanción; condenaría a la impotencia al derecho por ella consagrado; cuando más, podría aplicarse en el caso bien raro en que el comerciante hubiese utilizado espontáneamente sus libros creyendo por error que obtendría así algún argumento en favor de su pretensión.

Aun siendo la anterior razón decisiva, no es la única que puede oponerse. La opinión que combatimos está, en efecto, en oposición con el Código civil, puesto que si la regla que atribuye fuerza probatoria a los libros de los comerciantes contra estos consta en el Código civil (art. 1.329), es justo referirla a los negocios civiles que allí aparecen regulados; si el citado artículo hubiere de referirse sólo a los asuntos comerciales no reportaría utilidad alguna ya que la misma norma se halla repetida en el art. 50 del Código de comercio. La doctrina impugnada nos conduciría además a consecuencias que el buen sentido condena. Mientras cualquier acreedor del comerciante quebrado puede invocar el testimonio de sus libros para probar su crédito (art. 761), el acreedor civil que encontraría allí igualmente la confesión explícita y completa de su crédito, quedaría obligado a asistir cual un espectador a la distribución del activo entre los acreedores comerciales, violándose así del modo más estridente la ley de igualdad que es la suprema ley del procedimiento de la quiebra. Si se reflexiona en que la vida febril del comerciante y la tutela de su crédito, perjudicados a la menor desconfianza, hacen difícil al que contrata con él, aunque sea por causas civiles, exigir las pruebas escritas que se piden fácilmente a quien no es comerciante, se comprenderá sin esfuerzo la conveniencia y la utilidad de facilitar a sus contratantes la prueba de sus derechos mediante los libros de comercio.

Inoportunamente se argumenta, en contra de nuestra tesis, aduciendo la doctrina que niega al litigante el derecho de pedir la presentación de los registros domésticos de la parte contraria. Ante todo, esta doctrina es muy discutida (1). Además, las razones en que se apoya no son de tal naturaleza que puedan extenderse

(1) LAURENT, XIX, núm. 355; TOULLIER, IV, núm. 404; MARCADE, vol. V, art. 1.331, núm. 6.

a los libros de comercio. En efecto, no se concede la exhibición coactiva de los libros domésticos, puesto que su uso es facultativo y resultaría inicu volver contra una persona esta diligencia suya espontánea y particular. En segundo lugar, se considera peligroso obligar al adversario a presentar en juicio sus propios libros y sus cartas domésticas donde al lado de las cuentas puede haber anotado secretos familiares. Pero el uso de los libros es obligatorio y obligando al comerciante a presentarlos se utiliza solamente una prueba preestablecida por fuerza de ley. No es de temer que los libros de comercio encierren secretos de familia porque sus rúbricas sólo contienen las notas del debe y el haber; y el comerciante conoce la obligación que le incumbe de exhibirles en juicio a cada requerimiento del Juez, y de llevarles todos los años al Tribunal para que sean legalizados debajo del último asiento (arts. 23 y 24, Código de comercio).

Se ha objetado que falta una disposición legal que ordene la exhibición de los libros de comercio en los asuntos civiles. Mas obsérvese que las reglas que el Código de comercio dicta sobre el modo de usar estos libros en juicio son reglas procesales, como ya se dijo en el Informe Mancini (pág. 81), y si aparecen en dicho Código fué para llenar una laguna en el Código de procedimientos que es en el que verdaderamente deberían figurar. Son reglas objetivas referentes a la materia de los libros de comercio, por cuya razón deben regir siempre que de libros de comercio se trate, sean las cuestiones civiles, comerciales o penales, a fin de aplicar las disposiciones contenidas en los tres Códigos; el art. 27 demuestra que ésta fué la intención del legislador, puesto que regula el uso de los libros de comercio aun en el caso de sucesión, materia esencialmente civil.

También se ha objetado que la orden de exhibir los libros sería inútil cuando un comerciante se niegue a verificarla, pues no se le podría aplicar la sanción establecida en el art. 51 del Código de comercio, o sea la amenaza de juzgar la controversia según el juramento de la parte opuesta. Es cierto que la aplicación de este artículo se limita a las obligaciones mercantiles; pero afortunadamente la ley Procesal está provista de otras sanciones. Prescindiendo de la autoridad moral de una sentencia que puede inducir al comerciante refractario, a exhibir los libros cuya presentación había rehusado, es lo cierto que la jurisprudencia nacional se muestra unánime en aplicar al comerciante que se niega a la exhibición de los libros, las medidas establecidas por el Código de procedimiento civil sobre el depósito o el secuestro judicial (núm. 186), y esta sanción bastaría para dar fuerza coactiva al mandato del Magistrado. Pero aún hay más. La negativa a

exhibir los libros, en los que puede constar la deuda del comerciante, encuentra otra sanción en la presunción que el Juez podría deducir para admitir la existencia de los asientos. Por último, en el mayor número de los casos, no faltaría al Juez que quisiese hacer eficaz su mandato la facultad de ordenar el resarcimiento de daños por cada día de retraso (1).

180. La exhibición de los libros se hace ante el Juez delegado en el día y en el lugar indicados por la orden o la sentencia que la decreta, sacando dicho Juez de aquellos con asistencia del Secretario judicial las partidas relacionadas con la controversia (art. 43, del Reglamento 31 de Agosto de 1901 sobre el procedimiento sumario). A la compulsión del libro y al examen de su uso regular no puede participar el que ha solicitado la exhibición; de otro modo se aprovecharía quizás de los secretos ajenos (2). La supresión de los Tribunales de comercio, donde los comerciantes, como jueces que eran, podían examinar libremente los libros de sus colegas, disminuirá sin duda la repugnancia de la clase mercantil a presentarles en juicio para defensa de sus derechos (3).

181. Los extractos de las partidas controvertidas pueden hacerse también por el Secretario judicial o por el Notario sin el concurso del Juez, así como presentarse en el juicio en apoyo de la demanda o de la excepción y tomarse sin más como funda-

(1) Conf. Apelación Génova, 19 de Marzo de 1880; *Eco*, 285; Apelación Milán, 21 de Mayo de 1881; *Eco*, 307; Casación Florencia, 6 de Junio de 1881; *Jurisp. Ital.*, 550; Casación Nápoles, 18 de Noviembre de 1884; *Anales*, 1884, 234; Apelación Bolonia, 23 de Diciembre de 1895; *Monit. bal.*, 1896, 38; Apelación Milán, 30 de Enero de 1903; *Revista de Derecho comercial*, 1903, 11, 172; Apelación Messina, 13 de Febrero de 1902; *Foro Ital.*, Repert. voz *Libros de comercio*, núm. 2.º; Apelación Roma, 27 de Marzo de 1909; *Jurisp. ital.*, 397; LESSONA, *De las pruebas*, 11, núm. 632 y las sentencias y los autores allí citados; BOLAFFIO, núm. 156, página 233; Rocco *Revista de Derecho comercial*, 1903, 11, pág. 172 y sig. Contra Casación Roma, 18 de Abril de 1893; *Foro*, 633; *Id.*, 26 de Octubre de 1908; *Jurisp. Ital.*, 1909; *Id.*, 16 de Diciembre de 1908; *Temi*, 1909, 218; Apelación Bolonia, 15 de Julio de 1892; *Foro*, 1.032; *Id.*, 13 de Septiembre de 1907; *Temi*, 913; MATTINOLO, 5.ª ed., 111, núm. 272; PAGANI, *Los libros cont.*, pág. 139; *Com.*, núm. 144.

(2) Esto no se dice en el Código pero aparece expresamente en los trabajos preparatorios: *Memoria*, MANCINI, pág. 81: «La comunicación se hace a la parte en juicio, la exhibición al Magistrado». Conf. Apelación Brescia, 9 de Diciembre de 1886; *Anales*, 1887, 63; Apelación Palermo, 1.º de Diciembre de 1903; *Monit.*, 1904, 570. Lo dicen explícitamente el Código de comercio alemán, § 46 (art. 38, Código de 1861); Código húngaro, § 35: «La parte en juicio sólo está autorizada para examinar las anotaciones referentes a las partidas controvertidas que son determinadas por el Juez».

(3) No es raro el caso de comerciantes que prefieren abandonar el ejercicio del propio derecho antes que exhibir los libros al examen de los jueces comerciantes.

mento de la condena siempre que no se impugne la regularidad del libro; en tales casos la exhibición de los libros ante el Magistrado produciría una inútil pérdida de tiempo y de dinero (1).

Pero cuando dicha regularidad es impugnada, cuando el Juez estima oportuno tener los libros a la vista para formar un concepto propio de la confianza que merecen examinando conjuntamente el modo en que se llevan, cuando quiera buscar otras partidas relativas al litigio, entonces ordenará la exhibición para que el Secretario judicial, que es el oficial encargado de certificar todas las operaciones judiciales, haga el atestado bajo su presencia; estos son los extractos judiciales de que habla el art. 28, no los extractos notariales. La afirmación del Notario de que los libros están regularmente llevados no tiene autoridad ante el Juez, pues aquél, por su misión, no es competente para hacer esa declaración (2).

182. Comunicación de los libros.—La comunicación de los libros es una medida excepcional que la ley admite sólo en algunos casos especiales en que hace falta averiguar todo el estado patrimonial y el movimiento de los negocios de un comerciante. Si se piensa en que, mediante la comunicación todos los libros de un comerciante, desde los auxiliares hasta los precedentes al último decenio cuando existan (3) y por consiguiente todos

(1) Conf. Apelación Roma, 8 de Marzo de 1902; *Jurisp. ital.*, 1902, 201; Casación Roma, 23 de Octubre de 1901; *Ley*, 1902, 295; *Id.*, 26 de Octubre de 1908; *Temi*, 1909, 11; Apelación Venecia, 3 de Noviembre de 1905; *Temi*, 1906, 133; Casación Florencia, 30 de Marzo de 1908; *Temi*, 385; Casación Florencia, 11 de Abril de 1912; *Foro ven.*, 1912, 320.

(2) Conf. Cas. Florencia, 19 de Diciembre de 1881; *Temi ven.*, 1882, 109; Apelación Milán, 2 de Julio de 1886; *Monitor*, 1887, 128; Cas. Florencia, 14 de Diciembre de 1891; *Foro*, 1892, 270; Apelación Génova, 11 de Junio de 1892; *Temi genov.*, 486; Apelación Venecia, 29 de Diciembre de 1892; *Temi ven.*, 1893, 148; Apelación Génova, 24 de Julio de 1894; *Temi genov.*, 531; Apelación Torino, 28 de Diciembre de 1893; *Jurisp. tor.*, 1894, 223; Apelación Ancona, 12 de Febrero de 1908; *Corte Ancona*, 100; Apelación Venecia, 27 de Abril de 1909; *Temi*, 402; *BOLAFFIO, Com.*, 159; *LESSONA*, núm. 631; *MATTIROLO*, 4.ª ed., vol. 11, 363. Pero exagera el que cree que los Notarios no están autorizados para hacer extractos de los libros de comercio, como dijo la Apelación Milán en la sentencia antes citada, y *MODENA, Los extractos de los libros de comercio, Der. com.*, 1886, 647; o quien considera en todo caso necesaria la presentación de los libros en juicio, como hace *PAGANI, Com.*, núm. 145. Contradicen los arts. 761, 763, Código de comercio que se refieren al uso de los extractos para probar la existencia de un crédito: la *Memoria*, *MANCINI*, pág. 82 que reconoce al Juez la facultad de sacar por medio de Notarios determinadas anotaciones: la ley de 23 de Julio de 1875 sobre los Notarios a los que reconoce explícitamente la facultad de obtener extractos y certificados de actos y documentos que no son hechos por ellos. Véase *MICHELOZZI, El Notario*, 4.ª ed., 1880, *Com. al art.*, 59, § 10, pág. 325.

(3) Apelación Génova, 14 de Diciembre de 1885; *Eco*, 1886, 46; véase también núm. 189.

sus secretos y los de sus clientes, son puestos a merced del adversario para que realice las investigaciones que desee, se comprenderá el carácter taxativo de esta concesión.

183. La comunicación de los libros puede pedirse mientras está pendiente el litigio o bien constituir el objeto de una demanda principal. En ambos casos el Juez es libre de negarse a admitirla puesto que a él solo compete apreciar la conveniencia de proceder a ese medio de prueba (1). El Juez puede también ordenar la comunicación de oficio en los casos permitidos por la ley; siempre está autorizado para valerse de pruebas preestablecidas, y tales son los libros de comercio; la fórmula amplísima del art. 27 no limita de ningún modo el derecho del Juez; y no se argumente en contrario con la observación de que el art. 28 dice a propósito de la exhibición de los libros que puede ser ordenada de oficio, pues si debiésemos ahora aducir el art. 28, habría que concluir que la comunicación no puede ordenarse ni siquiera a instancia de una de las partes ya que dicho artículo calla respecto al particular; lo cierto es que la forma sintética del art. 27 comprende todas las especificaciones del art. 28 (2).

184. La comunicación se concede solamente para resolver las cuestiones que provienen del vínculo de sociedad, de sucesión, del estado de quiebra o de comunión de bienes y que no hayan salido fuera de estas relaciones; así debe entenderse la ambigua fórmula de la ley (*por negocios de...*). El fundamento del derecho de comunicación debe buscarse en el común interés en que las partes se encuentran respecto de los asientos de los libros tras un estado de quiebra, de sociedad, de comunión de bienes o de sucesión (3). Nuestra ley, de acuerdo con casi todas las legislaciones,

(1) Casación Palermo, 16 de Diciembre de 1902; *Circ. jur.*, 1903, 29; Cas. Torino, 26 de Julio de 1903; *Monit.*, 1904, 104; Apelación, Milán, 27 de Diciembre de 1917; *Foro, Rep.*, 1913, voz *Libros de comercio*, núm. 11; Casación Torino, 15 de Febrero de 1916, voz *Libros de comercio*, núm. 4.º; MATTIROLI, 4.ª ed., IV, números 281, 284, 303; BOLAFFIO, *com.*, núm. 163.

(2) Se deduce de la *Memoria MANGINI*, págs. 81, 82; y esto podrá ser útil especialmente cuando el Tribunal confíe el cuidado de resolver una controversia a árbitros conciliadores (art. 402, Código de procedimiento civil). La mayor parte de los Códigos callan respecto al particular. Algún Código resuelve expresamente la duda, bien concediendo la comunicación sólo a petición de una parte como el Código español, art. 46, o bien reconociendo al Juez la facultad de ordenarla de oficio como el Código húngaro, § 36; Código de Bosnia, art. 36; Código turco, artículo 7; Código brasileño, art. 18; Código chileno, art. 42. Conf. VIDARI, *Curso*, núm. 1.998; Apelación Palermo, 1 de Diciembre de 1903; *Monit.*, 1904, 570. Contr: BOLAFFIO, núm. 164; GIORGI, 7.ª edición, vol. VI, núm. 40; LESSONA, núm. 638.

(3) A estos casos, bajo el ejemplo del Código portugués de 1833 (art. 225)

creyó conveniente limitar aquel derecho a dichos cuatro casos únicamente, en los que es menos peligroso, considerando que la homogeneidad de intereses existente entre los contendientes o el estado de liquidación de la hacienda alejan el peligro de que el secreto de los negocios todavía pendientes pueda dañar una actuación futura.

Aplicando la regla expuesta a las relaciones más frecuentes, diremos que la comunicación puede pedirse contra el detentor de libros en el caso de *sucesión*, por los herederos legítimos o testamentarios, por los legatarios o por sus acreedores (art. 822, Código civil), a fin de determinar la cuantía del patrimonio. Podrá pedirse en caso de *quiebra*, sea para negocios civiles o comerciales, cuando se quiera determinar la fecha en que cesaron los pagos, o reivindicar los bienes disimulados en el activo; pero no podrá solicitarse para probar la existencia de un crédito cuya condición jurídica no ha sido modificada por la quiebra; en tal supuesto sólo cabe pedir la exhibición de los libros del quebrado (1). En el caso de *comunidad* de bienes podrá reclamarse a fin de resolver las controversias relativas a la división del patrimonio (2). En el caso de *sociedad* se podrá solicitar por los socios que litigan sobre la cuantía de las utilidades o que quieren probar los abusos de los administradores, pero no pueden pedirla sus acreedores o cesionarios porque se trata de un derecho personal (arg., arts. 85 y 79); en las Sociedades por acciones y en las mutuas el derecho de comunicación está limitado por normas especiales. Si los libros sociales han sido continuados por el sucesor de la hacienda, los socios tendrán derecho a su comunicación hasta el lugar en que cesaron los asientos (3). Si el socio gestor registró los negocios sociales sobre sus propios libros, descuidando de lle-

muchos Códigos añadieron el de una gestión comercial por cuenta ajena: Código holandés, art. 11; Código brasileño, art. 18; Código argentino, art. 71; Código mejicano, art. 43. Pero parecen mejor inspirados los Códigos más recientes, incluidos el español, art. 46 y el portugués, art. 42, que suprimieron aquella ampliación puesto que, o el libro fué llevado por cuenta del principal, en cuyo caso es suyo y puede exigir no sólo la comunicación sino también su consignación (véase Casación Torino, 27 de Febrero de 1881, *Monit.*, 1.087), o contiene también asientos relativos a la hacienda del mandatario y en tal caso es oportuno conceder al mandante solamente el derecho a la exhibición.

(1) Art. 761, Código de comercio. La comunicación de los libros del fallido es concedida solamente a los miembros de la delegación de acreedores y al Juez delegado (art. 737) precisamente porque ejercen su oficio en interés general de los acreedores.

(2) Los libros pueden también llegar a ser comunes por razón de contrato; así, el cedente y el cesionario de un negocio pueden convenir en considerar los libros como documentos comunes.

(3) Casación Torino, 3 de Julio de 1889; *Jurisp. torin.*, 530.

var los libros sociales, aquellos se hacen comunes y se puede pedir su comunicación (1).

185. El que solamente ha sido un asociado en los negocios de otro no tiene derecho a la comunicación de los libros, o sea, a que le sean entregados completamente para su libre examen. En vano invocaría la letra del art. 27, porque la asociación en participación no es una Sociedad, y aquella medida excepcional no admite interpretación extensiva. Pero el asociado puede solicitar la exhibición de los libros, más o menos amplia según los límites de la asociación. Si se asoció sólo para un negocio o para una rama de ellos, su derecho se concretará a hacer extraer por el Juez, o por el perito delegado por el Tribunal, las partidas correspondientes a aquella determinada actividad. Si fué interesado en todas las utilidades de su copartípe tendrá derecho a que la exhibición se extienda a todos los libros de comercio, con objeto de que el Juez o el Perito puedan determinar cuáles fueron los beneficios totales de la hacienda, pero nunca se le otorgará una comunicación personal; la exhibición, más o menos extendida, constituye el solo medio que la ley concede al asociado para constatar la exactitud de la cuenta de los beneficios o de las pérdidas en que está interesado (2).

Ni el empleado (3) ni el promotor de una Sociedad que tienen participación en sus ganancias (4), ni los asegurados sobre la vida que participan de los beneficios de la compañía pueden pedir la comunicación de los libros. Es más, las cláusulas contractuales restringen generalmente el derecho de estos últimos, por bajo de los límites establecidos en la ley (art. 28), reduciéndole

(1) Casación Torino, 3 de Julio de 1889; *Jurisp. torin.* 530.

(2) Véase art. 236, Código de comercio. El interesado en una o más operaciones del comercio ajeno no tiene derecho a la comunicación: Apelación Torino, 13 de Diciembre de 1882; *Der. com.*, 1882, 197. Así el acreedor particular o el cesionario de un socio no tienen derecho a la comunicación de los libros sociales: Apelación Génova, 31 de Octubre de 1890; *Monitore* 1891, 22; Casación Torino 8 de Agosto de 1891; *Temì Genov.*, 612. La distinción hecha en el texto entre el interesado parcial y el general es acogida también por el Código alemán, § 338 (art. 253 y 270 Código de 1861), y seguida asimismo por BOLAFFIO, núms. 167 y por PAGANI, *Com.*, núm. 147, el cual no obstante sostiene que el asociado general tiene derecho a la comunicación de los libros.

(3) Además de las razones aducidas precedentemente para el asociado, se puede deducir claramente del art. 86, del Código de comercio el cual niega al empleado la cualidad de socio. Conf. Apelación Torino, 1.º de Agosto de 1868; *Jurisp. tor.*, 550. En cambio en Francia la jurisprudencia dominante reconoce al empleado interesado el derecho a la comunicación: Casación francesa, 3 de Enero de 1877, I, 112; DALLOZ, 1877, I, 112; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 291 bis.

(4) Casación Florencia, 27 de Abril de 1885; *Temì ven.*, 277.

a la facultad de obtener una copia del balance votado por la asamblea. Se pretende con este pacto subordinar los intereses accesorios de los asegurados a los de la empresa, preservar a la empresa de una ingerencia peligrosa que podría ser aprovechada por empresas rivales, evitar las modificaciones tardías de los balances que sirvieron de base para distribuir los dividendos. Es un pacto legítimo que no deja la ejecución del contrato al mero arbitrio de la compañía (art. 1.162, Código civil), porque ésta no puede dar un beneficio a sus accionistas sin dividirle proporcionalmente con los asegurados (1).

186. Contra el comerciante que rehusa verificar la exhibición o la comunicación de los libros ordenada por el Juez, se puede pedir el depósito judicial aplicando a su ejecución las reglas señaladas en el Código de procedimiento civil para la entrega de los bienes muebles (2), tanto si se encuentran todavía en manos de quien les ha tenido, como si pasaron a otros, por ejemplo, a los cesionarios de la hacienda, pues la cesión no cambia su naturaleza ni su función (3). Según algunos autores (4) la única sanción consistiría en la facultad dada al Juez de relevar del juramento a la parte que ofreció prestar fe a los libros no exhibidos. Pero si dicha parte no estuviese dispuesta a otorgar fe alguna a estos, como generalmente sucede, la sentencia que ordena al comerciante exhibir los libros podría ser violada impunemente.

§ 20.—PUBLICIDAD DE LAS RELACIONES MATRIMONIALES

Núm. I.—*El contrato de matrimonio*

Sumario.—187. Razones de la ley.—188. Obligación del cónyuge y del Notario de hacer publicar el contrato de matrimonio.—

(1) Véase sobre los límites de estos derechos de los asegurados: VIVANTE, *El contrato de seguro*, v. III, núm. 181, y también en el *Foro ital.* 1891, col. 340 y sig.

(2) Al depósito judicial, que es realmente un verdadero embargo judicial (Código civil, art. 1.876), se aplican por disposición del art. 923 del Código de procedimiento civil, los arts. 741 y sig. del mismo Código: Apelación Génova, 4 de Junio de 1880; *Eco*, 1880, 341; Casación Torino, 24 de Noviembre de 1880; *Monit.*, 1881, 108.

(3) Véanse núms. 192 y 193. Apelación Génova, 10 de Diciembre de 1880; Casación Torino, 15 de Septiembre de 1880; *Eco*, 1880, 83 y 363.

(4) BOLAFFIO, núm. 157; LESSONA, núm. 636; MATTEIROL, 4.^a ed., vol. II, núm. 366.

189. Contenido del extracto matrimonial.—190. Sanciones
191. Validez del contrato de matrimonio.

187. Muchas veces el marido emplea en su comercio los capitales de la mujer, el suegro los de la nuera respecto de la que se comprometió a restituir la dote; en estos casos, si sobreviene la quiebra del comerciante, el cónyuge tiene derecho a recobrar lo que constituye su propiedad y a concurrir con sus créditos dotales al pasivo del quebrado, ocurriendo a menudo que así diezma o absorbe las garantías de los demás acreedores. A fin de prevenir estas sorpresas la ley ha introducido un sistema de publicidad que sin poner a merced del público los pactos nupciales, abre a los acreedores el camino para informarse de la situación patrimonial del comerciante.

188. Tanto al marido que era ya comerciante antes de casarse como al que inicia el comercio después de su matrimonio, se les impone la obligación de transmitir extractado el contrato de matrimonio a la Secretaría del Tribunal civil, dentro de un mes de su fecha o del día en que emprendió el ejercicio del comercio, para que sea transcrito en el registro a ello destinado y fijado en los lugares que le dan publicidad legal (1). En el primer caso la obligación del marido puede ser suplida por el Notario, al que la

(1) Varias veces ha sido propuesta la supresión de estas formalidades; se dice que cuestan demasiado, que ahuyentan a los pequeños comerciantes de la práctica del contrato matrimonial, que imponen al Notario una misión a menudo imposible de verificar porque ignoran frecuentemente que los esposos son comerciantes; la crítica fué renovada con poca fortuna en diversos países; véase durante los trabajos preparatorios del Código albertino, OTTOLENGHI, 1, pág. 303; en Francia, véase LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 320; THALLER, *Traité, elem.*, número 214; y más especialmente durante los trabajos legislativos del Código belga Véase NYSSENS Y DE BAETS, *Comm. législat. du Code de Comm. belge*, 1, núm. 52 y sig. Esta oposición condujo a hacer más fácil y eficaz el sistema de publicidad, pero no a suprimirle porque se considera necesario para tutelar la buena fe. Conf. con pequeñas deferencias, Código francés, arts. 67-70; Código belga, arts. 12-14; Código español, art. 21, núm. 9.º; Código portugués, art. 49, núms. 2.º y 3.º; Código rumano, arts. 19-20; Código argentino, art. 47, núm. 1.º; Código chileno, art. 22, núms. 1.º y 2.º; Código mejicano, art. 29, núm. 1.º. El Código holandés no dice nada respecto al particular, y allí, en efecto, esta formalidad es innecesaria porque la comunidad universal de los bienes forma el Derecho común y las derogaciones que se hacen mediante el contrato de matrimonio no tienen efecto frente a terceros si no se transcriben a un registro público llevado en la Secretaría del Tribunal del lugar donde fué contraído el matrimonio. Véase NYSSENS Y DE BAETS, libro citado, núm. 82. Este sistema de publicidad ha perdido en Francia mucha de su utilidad desde que la ley 10 de Julio de 1850 ordenó al oficial del estado civil declarar si fué estipulado un contrato de matrimonio, la fecha y el nombre del Notario: véase AUBRY Y RAU, véase § 502.

ley impone personalmente la obligación de verificar dicha publicación, y es lo cierto que semejante cuidado, en los faustos días de la boda, será mejor atendido por él que por el esposo (1). En el segundo caso la publicidad del contrato ha de realizarse exclusivamente por el marido que emprende el comercio, pues el Notario no tiene participación alguna en esa nueva fase de su vida (2).

Si cada uno de los cónyuges conserva íntegramente sus derechos sobre los bienes que le pertenecían antes del matrimonio y sobre los que tuviese posteriormente (separación de bienes) no habrá que dar publicidad alguna al contrato de matrimonio, si fué estipulado (3). La publicidad sólo es obligatoria cuando existe un contrato de matrimonio que establece un régimen especial: el régimen dotal o el régimen de comunidad en las utilidades, y cuando uno de los esposos es comerciante. Si el Notario ignora estas circunstancias sin culpa suya (4), si el matrimonio no se verifica (5), si el esposo no es comerciante aunque se presente como tal (6), aquél no está obligado a transmitir el acto.

(1) La doctrina italiana—véase VIDARI, 4.^a ed., I, núm. 474; IX, núm. 8.763; BOLAFFIO, *Com.*, núm. 143; Apelación Palermo, 30 de Julio de 1895; *Foro*, Repet. voz *Comerciante*, núm. 9—, repitiendo la enseñanza de los autores franceses, BOISTEL, núm. 143; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 315; THALLER, *Traité elem.*, núm. 216, atribuye sólo al Notario la obligación de estas publicaciones, pero desde el momento que nuestro Código, art. 857, 2, modificando los Códigos precedentes, castiga por bancarrota simple también al comerciante que no se sujetó a las disposiciones del art. 16, es claro que también a él le incumbe aquella obligación; no puede haber un reo sin violación de un deber. Conforme con el texto, PAGANI, *Comentario*, núm. 118.

(2) Sin embargo, la falta de publicidad no impide que el cónyuge llegue a ser comerciante iniciando el comercio: Apelación Florencia, 29 de Diciembre de 1894; *Anales*, 1895, 147.

(3) Si el contrato contuviese únicamente simples liberalidades de un cónyuge para con el otro, el Notario no está en absoluto obligado a hacerle publicar. Véase Apelación Bruselas, 28 de Diciembre, 1856; *Pasier. Belga*, 1857, II, 195; NAMUR, I, núm. 188; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 316.

(4) BOLAFFIO, *Com.*, núm. 143; OTTOLENGHI, *pág.* 304; NAMUR, I, núm. 186 y todos los autores.

(5) No obstante, en este caso el Notario tomará sobre sí la responsabilidad de que el matrimonio se verifique más tarde. Se ha dicho (NAMUR, I, núm. 187; BOLAFFIO, loc. cit.) que el Notario tiene siempre la obligación de transmitir el contrato; pero excluida la posibilidad del matrimonio, también el contrato pierde toda existencia jurídica y por tanto es inútil su transmisión.

(6) Conf. PAGANI, *Com.*, núm. 118; LYON-CAEN ET RENAULT, núm. 117; Tribunal de Valenza, 20 de Diciembre de 1862; DALLOZ, 1863, 3, 32. VIDARI, núm. 476 y BOLAFFIO, núm. 143, son de parecer contrario considerando que el esposo, aunque no sea comerciante, puede tener la intención de serlo. Pero el Notario según el art. 17 está sujeto a la obligación de la transmisión sólo cuando el marido sea comerciante, no cuando dice serlo, y éste no puede, mediante una decla-

En cambio debe transmitirle cuando sabe que el marido es comerciante aunque no lo de a entender, y deberá igualmente sufrir las sanciones de la ley si fiándose de la promesa del marido omitiese cumplir dicha obligación; el Notario desempeña un oficio público y personal para tutela de la buena fe y no puede sustraerse a él con convenciones privadas.

189. El extracto debe indicar la fecha del contrato y el nombre del Notario, debe expresar si hubo constitución de dote o si se estipuló comunidad de bienes. La ley quiere poner a los interesados en camino para conocer las capitulaciones matrimoniales, y lo realiza advirtiéndoles el lugar donde podrán enterarse del contrato matrimonial; pero al propio tiempo pretendió evitar una publicidad que podría disgustar a los esposos y a sus familiares y hacer menos frecuentes o menos sinceros los contratos matrimoniales de los comerciantes (1). No obstante la fórmula poco correcta del Código, es la publicidad del régimen patrimonial, no la del contrato de matrimonio, lo que prescribe.

190. El Notario y el cónyuge que omitieron por mera culpa o con dolo la publicación, serán responsables solidariamente respecto de los acreedores. La fórmula del art. 17 es ambigua; no da a entender bien si el resarcimiento de daños es obligación del Notario aun tratándose de culpa solamente. Pero el cambio introducido en la redacción del Código precedente (2) y las reglas generales de derecho en cuya virtud quien aparezca culpable de un daño debe resarcirle, inducen a afirmar que dicho resarcimiento es también exigible al Notario culpable. Esta sanción con la que acaba el artículo se refiere sin duda a ambas hipótesis de omisión dolosa y culpable; de lo contrario, como la pena pecuniaria va a parar al Fisco, los acreedores no encontrarían ninguna garantía en la obligación que para su defensa impone el legislador a los Notarios. Más aún, la del Notario es la sola responsabilidad pecuniaria que puede ofrecer a los acreedores al-

ración falaz, sustraerse a la obligación que le corresponderá más tarde, de verificar personalmente la transmisión (art. 18.)

(1) VIDARI, núm. 474 cree que se deben indicar en el extracto con encabezamientos las condiciones del contrato; pero esta opinión aislada es rechazada por los trabajos preparatorios del Código francés y por todos los autores. Véase BOLAFFIO, núm. 143; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 315; NAMUR, I, núm. 183; BOISTEL, núm. 143; DEMANGEAT SUR BRAVARD, 2.º ed., II, pág. 5.

(2) Código italiano de 1865, art. 12: «El Notario que ha recibido el contrato de matrimonio debe proceder a la transmisión ordenada en el artículo precedente bajo pena de 25 liras de multa extensible a 100 liras, y además la de destitución y *resarcimiento de daños respecto de los acreedores si la omisión fué dolosa*».

guna nueva defensa, porque la del cónyuge deudor y probablemente quebrado la tienen ya a causa del crédito.

El Notario que faltó por negligencia a la obligación de transmitir el contrato matrimonial, incurre a más de en la pena de resarcimiento de daños, en otra pecuniaria, y en la destitución si la omisión hubiese sido dolosa; el marido comerciante incurre en la pena de bancarrota simple (art. 857, núm. 2). Hay sin embargo una laguna en la ley, porque no se conmina con la misma pena, como sería lo lógico, al ascendiente que durante su comercio se obliga a restituir la dote o los derechos dotales de la mujer de su descendiente.

191. Aunque no hayan sido observadas las reglas de publicidad mencionadas, el contrato de matrimonio produce todos sus efectos incluso frente a tercero, puesto que la ley no establece ninguna razón de nulidad (1). Esto está justificado tanto cuando la mujer es comerciante como cuando no lo es. En el primer caso porque se le haría sufrir una pena por una falta que no ha cometido; y en el segundo, porque está conforme con el orden jurídico vigente, ya que la dote, como patrimonio de la familia, en cuyo interés se instituye, no puede ser perjudicada ni siquiera por los delitos o por los cuasi delitos de la mujer (2). Sólo quedaría sujeta a responsabilidad la dote después de la disolución del matrimonio, cuando el vínculo dotal se haya extinguido; entonces, el acreedor comercial que no fué alcanzado por la prescripción podrá valerse de la vida más larga concedida a los créditos provenientes de delitos o de cuasi delitos para recuperar lo que ha perdido.

(1) Y por consiguiente, los acreedores comerciales que han verificado actos ejecutivos sobre el patrimonio del marido después de pedida la separación de la dote, deberán según el art. 1.420 del Código civil, renunciar a la ejecución respecto de los bienes que son asignados a la mujer en satisfacción a sus derechos dotales. Véase núm. 193.

(2) Apelación Torino, 31 de Octubre de 1890; *Jurisp. torin.*, 766; Apelación Torino, 29 de Abril de 1889; *Jurisp. torin.*, 425; BOLAFFIO, *Com.*, núm. 143; MASSE, II, núm. 1.017; BOISTEL, núm. 144; DEMANGEAT SUR BRAVARD, II, pág. 7, nota 10, y la jurisprudencia allí citada, la cual, sin embargo, llega a conclusiones distintas porque en Francia se considera a la mujer responsable con sus bienes dotales de los delitos y de los cuasi delitos. En el sentido de esta jurisprudencia véase también THALLER, *Traité elem.*, núm. 217.

Núm. 2.—*Separación de bienes*

Sumario.—192. Razones de la ley.—193. Sistema de la ley.—194. Consecuencias de este sistema.—195. Quién puede valerse del derecho de oposición.

192. La petición de separación de los bienes de la mujer de los del marido, sea que vivan los esposos en un régimen dotal, o en el de comunidad de bienes, puede tener gran influencia sobre la suerte de los acreedores. En efecto, significa ante todo un desarreglo económico del marido puesto de manifiesto por la desconfianza de la mujer (1) y por otra parte un inminente peligro de que ambos se concierten para defraudar a los acreedores o que él acceda gustoso a las pretensiones de ella para mejorar la situación de la familia. Por eso el Código civil ha concedido a los acreedores el derecho de intervenir en el juicio de separación de bienes, buscando así prevenir los daños de una sentencia que acója las peticiones falsas o exageradas de la mujer, y el de oponerse a la sentencia ya pronunciada (art. 1.422). Pero como el Código civil no ha dado a dicho juicio la suficiente publicidad, sólo por casualidad se enterarán los acreedores de lo que secretamente se ha tramado contra ellos dentro del domicilio conyugal. El Código de comercio remedia el inconveniente, disponiendo un sistema de publicidad que llama a los acreedores a asistir al juicio en el que podría quedar diezmado el patrimonio de su deudor.

Tal efecto busca la ley ordenando: a) dar publicidad en forma legal a la demanda de separación; b) dejar trascurrir un mes entre ésta y la sentencia que decide; c) dar nueva publicidad a la sentencia que admite la separación. Así, advertidos del litigio pendiente, los acreedores podrán intervenir (2) para prevenir el daño que les amenaza, demostrando que la mujer no corre peligro o que su crédito no existe. Podrán asimismo oponerse a la sentencia pronunciada o ejecutada con menoscabo de sus derechos para reducir los de la mujer a su justo valor (3).

(1) Código civil, arts. 1.448 y 1.442.

(2) Código procedimiento civil, art. 291 y sig.

(3) Se valdrán de los medios procesales establecidos en el art. 510 y sig. Código de procedimiento civil, empleando el plazo máximo de sesenta días a partir de aquel en que descubrieron el fraude, art. 512: Apelación Torino, 1.º de Agosto de 1866; *Jurispr. torin.*, 1866, 445.

193. Los recursos que el Código de comercio concede a los acreedores comerciales son los mismos que los otorgados por el Código de procedimiento civil, o sea un derecho de intervención en el juicio pendiente, donde su defensa no tiene otro límite que el de su interés (1), y un derecho de oposición contra la sentencia que pronunció la separación en fraude de sus derechos, la cual produce todos sus efectos jurídicos mientras no sea impugnada (2). Pero como consecuencia del sistema de publicidad introducido por el Código de comercio y como lógica sanción, se concede en cualquier tiempo (3) a los acreedores respecto de los que no se observaron aquellas formalidades, la facultad de hacer abrir de nuevo el juicio ya terminado con la sentencia, oponiéndose a ésta. El legislador ha considerado que si se hubiese seguido la publicidad antes indicada, los acreedores habrían intervenido en el juicio, y por consiguiente les pone nuevamente en el íntegro ejercicio de los derechos que por culpa de la mujer no pudieron ejercitar; de ese modo podrán asistir desde sus comienzos el insidioso juicio de separación y vigilarle. Se verificará éste desde el principio con su intervención, basándose en la demanda de separación originariamente presentada, la que tendrá todos sus efectos legales dentro de los límites que le sean asignados por la sentencia definitiva.

194. Desarrollado así el sistema de la ley, resultará que el derecho de oposición de los acreedores se detiene ante las garantías especiales que el Código civil concede a la mujer, dando fuerza retroactiva a la sentencia de separación hasta el día de la demanda (art. 1.420). Esta regla sustrae el patrimonio del marido a todas las peripecias que le afectan desde aquel día en la medida necesaria para salvar la dote; como si él, por su sagrado oficio de administrador de la familia, estuviese obligado, apenas recibida la petición, a separar de su patrimonio en el que va incluida la dote, cuanto sea necesario para restituirla, trátase de dinero o de

(1) Por eso fué justamente suprimida la cláusula «por estos motivos» a que parecía subordinado el derecho de oposición de los acreedores en el proyecto MANCINI.

(2) Por ello la mujer puede valerse de la sentencia obtenida y no impugnada a fin de situarse, por lo que se refiere a los intereses de su dote, en el lugar del marido y de sus acreedores aunque no hayan sido observadas las reglas de publicidad prescritas en el Código de comercio: Casación Torino, 18 de Junio de 1883; *Monit.*, 922. Conformes: Casación Torino, 23 de Febrero de 1881; *Eco*, 209; Apelación Cattania, 23 de Septiembre de 1881; *Foro ital.*, 979; Apelación Venecia, 26 de Mayo de 1891; *Temi ven.*, 569.

(3) Y por tanto también más allá del plazo indicado en la nota 3 de la página anterior.

otros bienes. De aquí una serie de peligrosas consecuencias para los acreedores: la reducción de las pignoraciones por ellos verificadas, de las hipotecas por ellos inscritas sobre el patrimonio del marido después de la demanda de separación en los límites precisos para satisfacer a la mujer, a tenor de la sentencia definitiva (1); la imposibilidad para dichos acreedores de valerse de las formidables presunciones que pueden deducirse contra la mujer del comerciante quebrado, si la declaración de la quiebra fué pronunciada después de la demanda de separación de bienes (2). Estas rigurosas consecuencias están justificadas siempre que el comerciante haya cumplido el deber que le incumbe de publicar el régimen matrimonial (arts. 16-18), porque entonces los acreedores deben suponer que la mujer tomará sus bienes la víspera de la quiebra del marido. Pero constituyen una inicua defraudación para los acreedores cuando se ven privados improvisadamente, en virtud de un contrato matrimonial que nunca se hizo público, de las garantías sobre las que contaban.

195. Todo acreedor y también la masa de acreedores representada por el curador (3), pueden ejercitar el derecho de oposición (núm. 193), con tal de que su crédito tenga origen en un acto de comercio, objetivo o subjetivo (4), cualquiera que haya sido el modo en que fueron violadas las formalidades de publicidad prescritas por el Código (5).

(1) Este criterio prevaleció después de numerosas controversias en la *jurispr. ital.* Véase Casación Roma (secciones reunidas) 15 de Junio de 1889; *Foro*, 843; *Id.*, 13 de Junio de 1887; *Foro*, 1888, 1.079 en la nota; PAOLI, *El Matrimonio*, pág. 103, nota 4; AUBRY ET RAU, véase § 516, nota 47 y sig.; LAURENT, XXIII, núms. 345-347 y sig. Véase entre otras en sentido opuesto: Apelación Génova, 10 de Diciembre de 1879; *Eco*, 1880, 52; Apelación Venecia, 26 de Mayo de 1891; *Temi ven.*, 569.

(2) Apelación Milán, 30 de Noviembre de 1876; *Foro*, 1877, 182.

(3) Casación Torino, 23 de Febrero de 1881; *Eco*, 209.

(4) Equivocadamente la Apelación Milán, 26 de Noviembre de 1890, *Montt.*, 1891, 428, restringió este derecho a los acreedores que son tales por un acto objetivo de comercio. No es esta la interpretación que puede darse en nuestro sistema legislativo a la frase empleada en el art. 19: «Acreedores por causa de comercio». Conf. art. 3, núm. 23; art. 4, art. 6^o; art. 687 y los comentarios sobre ellos.

(5) Apelación Venecia, 26 de Mayo de 1891; *Temi ven.*, 569.